

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 16. April 2018 über**

**Antrag der Abgeordneten Ulla Jelpke u.a. und der Fraktion DIE LINKE: Für
eine offene, menschenrechtsbasierte und solidarische Asylpolitik der
Europäischen Union, [BT-Drs. 19/577](#) v. 30.1.2018.**

**Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zu dem Vorschlag für eine
Verordnung des Europäischen Rates zur Einführung eines gemeinsamen
Verfahrens zur Gewährung internationalen Schutzes in der Union ... – KOM
(2016) 467 endg. – und hier zu den diesbezüglichen Kompromissvorschlägen
der Präsidentschaft vom 15. November 2017 betreffend die Artikel 44 bis 50
des Vorschlages (Ratsdok. 14098/17), hier: Stellungnahme zur
Berücksichtigung durch die Bundesregierung nach Artikel 23 Absatz 3 Satz 2
des Grundgesetzes, [BT-Drs. 19/224](#) v. 12.12.2017.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. Nach einer Vorbemerkung werde ich auf **vier Einzelpunkte** eingehen, die zentrale Erwägungen der Anträge von Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen aufgreifen.

I. Vorbemerkung	2
II. Dublin-Reform	3
III. Aufnahmebedingungen.....	6
IV. Inhaftierung und Transitzonen an den Außengrenzen	8
V. Sichere Drittstaaten und erste Asylstaaten	11
1. Übereinstimmung mit der Genfer Flüchtlingskonvention.....	11
2. Formale Ratifikation – faktische Beachtung	12
3. Grundsatz des wirksamen Schutzes	14
4. Verbindungskriterium.....	16
5. Sichere Regionen oder Personengruppen	17
6. Rechtsschutz	18
VI. Ausblick	19

I. Vorbemerkung

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die Migration ihrem Wesen nach ein grenzüberschreitendes Phänomen ist und daher eine **kluge Migrationspolitik überstaatlich vernetzt** vorgeht. Das gilt für die staatliche Steuerung ebenso wie für wirksame Schutzmechanismen. Beides kann angesichts von Massenfluchtbewegungen nachhaltig von den Staaten alleine nicht gewährleistet werden – wie die Flüchtlingskrise zeigte. Wer auf nationale Alleingänge nach dem Modell der „Erklärung 2018“ setzt, wird eine nachhaltige Steuerung nach dem Vorbild der EU-Türkei-Kooperation nicht erreichen können. Umgekehrt müssen die Befürworter des Flüchtlingsschutzes der Gefahr vorbeugen, einzelne Staaten zu überfordern, wenn sie etwa innereuropäische Verteilungsmechanismen ablehnen.

Das **Grundgesetz** unterstützt die Suche nach einer europäischen Lösung. So ermöglichte der Asylkompromiss des Jahres 1993 zugleich die Ratifikation der Übereinkommen von Schengen und Dublin, die seither die deutsche Drittstaatsregelung überlagern.¹ So heißt es schon in der BVerfG-Entscheidung von 1996, dass die Neuregelung sich „von dem bisherigen Konzept ab[wendet], die Probleme, die mit der Aufnahme von politischen Flüchtlingen verbunden sind, allein durch Regelungen des innerstaatlichen Rechts zu lösen.“² Die jüngsten Vorschläge der Kommission zur dritten Harmonisierungsrunde auf EU-Ebene setzen

¹ Siehe Art. 16a Abs. 5 GG, der für Sekundärrecht, wie die Dublin III-VO, durch Art. 23 Abs. 1 GG überlagert wird, weshalb die EU-Regeln heute in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG dem deutschen Recht vorgehen; siehe auch BVerfGE 94, 49, Rn. 164 f. – [Sichere Drittstaaten](#); und BVerwGE 139, 272 = Urt. v. 31.3.2011, [10 C 2.10](#), Rn. 50-53; hierbei ist das Asylrecht – anders als das Refoulementverbot – ausweislich BVerfGE 94, 49, Rn. 209-212 nicht von Art. 1 GG umfasst ist und daher EU-Recht anderweitige Vorgaben treffen darf.

² BVerfGE 94, 49, Rn. 162 – [Sichere Drittstaaten](#).

diese Entwicklung konsequent fort und kombinieren hierbei erneut staatliche Steuerungsanliegen mit dem flüchtlingsrechtlichen Schutzbedarf. Hierbei sollte man sich **vor falschen Alternativen hüten**. Es geht nicht um eine binäre Entscheidung zwischen Schutz oder Kontrolle, sondern um die Kombination von rechtlichen und moralischen Schutzanliegen mit legitimen Steuerungsinteressen.³ Hierfür stellen die Grundrechte und die GFK nur den Rahmen, der, wie immer, politisch zu füllen ist.

Es wurde während der Krise offenbar, dass das europäische Asylsystem dringend reformiert werden muss, denn es bestehen strukturelle Defizite. Diese umfassen **legislative Designfehler** wie die Zuständigkeitsregeln des Dublin-Systems oder detaillierte gesetzliche Bestimmungen, die zu Zeiten geringerer Antragszahlen nach der Jahrtausendwende angemessen gewesen sein mögen, für die die heutigen Massenfluchtbewegungen jedoch nicht mehr passen. Auch das Problem der **irregulären Sekundärmigration** wurde bislang nur unzureichend angegangen.⁴ Hinzu kommt, dass die europäischen Organe bislang vorrangig auf die Gesetzgebung setzten, ohne hinreichende Mechanismen zu entwickeln, die sicherstellen, dass die Regeln auch umgesetzt werden.⁵ Aus diesem Grund ist die **Reform der Agenturen** EASO und Frontex zentral, die ich nur am Rande tangieren werde. Der Bundestag sollte sie nachhaltig unterstützen.

II. Dublin-Reform

Allgemein ist die vorgeschlagene Dublin IV-Verordnung das Herzstück der Reform, weil sie die nationalen Asylsysteme miteinander verknüpft und die asymmetrischen Zuständigkeitsregeln ein Strukturdefizit des GEAS sind. Ohne ein funktionsfähiges Dublin-System dürfte das EU-Asylsystem früher oder später kollabieren – und der Schengen-Raum mit ihm, weil die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen politisch jedenfalls schon immer mit der Asylkoordinierung verbunden war.⁶ Hierbei ist die strukturelle Überlastung der Grenzstaaten im Süden und Osten nur eine Seite der Medaille, denn zugleich kam es zu einem „**kalten Boykott**“⁷ **der Dublin-Regeln durch die Ersteinreiseländer**, sodass die meisten Asylanträge andernorts gestellt bzw. entschieden wurden.⁸

³ Hierzu *Daniel Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, Zeitschrift für Ausländerrecht 2018, im Erscheinen.

⁴ Ausweislich der jüngsten Statistiken wurden im Jahr 2017 nur rund 11 % aller Dublin-Überstellungen in der Praxis durchgeführt; vgl. die Antwort der Bundesregierung, [BT-Drs. 19/921](#) v. 26.2.2018, S. 2, 14; auch früher funktionierte das Dublin-System nur unvollständig; siehe *Philippe de Bruycker* u.a., Setting up a Common European Asylum System, Study for the European Parliament, doc. PE 425.622, [August 2010](#), S. 157-162.

⁵ Ausführlich *Daniel Thym*, The 'Refugee Crisis' as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy, [Common Market Law Review 53 \(2016\), 1545-1574](#).

⁶ Dublin ersetzte Artikel 28-38 Schengener Durchführungsübereinkommen; zur Verknüpfung das Weißbuch der Kommission, KOM(85) 310 v. 14.6.1985, Rn. 55; und EuGH, *Wijsenbeek*, C-378/97, [EU:C:1999:439](#), Rn. 40.

⁷ Sachverständigenrat für Integration und Migration, Chancen in der Krise, [Jahresgutachten 2017](#), S. 14.

⁸ Die Statistik zu *Asylanträgen* pro Land umfasst auch diejenigen Personen, die vor einer Entscheidung irregulär weiterwandern, sodass man besser die Zahl der *Asylentscheide* vergleicht: so gab es in Italien 2016/17 insg. 250 Tausend Anträge, aber nur knapp 170 Tausend Entscheidungen, was freilich ebenso an langen Bearbeitungszeiten liegt (allerdings wandern auch anerkannte Flüchtlinge nach Deutschland weiter).

Bei der Umverteilung entschied sich die Kommission gegen eine Radikalkur, etwa in Form eines Quotensystems, das politisch nicht durchzusetzen wäre.⁹ Stattdessen will sie das Solidaritätsdefizit durch einen **Korrekturmechanismus zur quotenbasierten Umverteilung** abmildern, der automatisch aktiviert wird, wenn die Asylantragszahlen in einem Mitgliedstaat eine Schwelle von 150 % des EU-Durchschnitts überschreiten.¹⁰ Diese begrenzte Solidarität reagiert auf legitime Forderungen der Grenzstaaten und dürfte die Bereitschaft erhöhen, die vereinbarten Regeln anzuwenden. Ob dies politisch durchsetzbar ist und wie mögliche Kompromisslinien aussehen könnten, ist eine hochpolitische Frage, die mit sachverständigen Argumenten nicht zu lösen ist. Wenig überzeugend wäre es jedoch, **Personen mit einer geringen statistischen Schutzwahrscheinlichkeit** umzuverteilen, anstatt diese nach einem schnellen Verfahren in die Heimatländer zurückzuführen, wobei über die genauen Kriterien für eine Umverteilung derzeit verhandelt wird.¹¹

Für die praktische Funktionsweise des Dublin-Systems überaus wichtig ist, dass die Kommission das komplexe Überstellungsverfahren entschlacken und vor allem die **materiellen Zuständigkeitsregeln perpetuieren** möchte. Eine gescheiterte Überstellung soll – anders als bisher – keine prozedurale Auffangverantwortung des Aufenthaltsstaats mehr begründen, die bislang dazu führt, dass etwa Deutschland regelmäßig alle Verfahren übernehmen muss, die nicht binnen drei Monaten zu einer Rückführungsentscheidung führen bzw. wenn die Überstellung binnen sechs Monaten scheitert.¹² Dies will die Kommission ändern und erwartet von den Flüchtlingen, dass sie in den zuständigen Mitgliedstaat zurückkehren; nur dort bekommen sie ein Asylverfahren.¹³ Nach dem derzeitigen Verhandlungsstand soll dies auf eine **5- oder 10-Jahres-Frist** abgemildert werden,¹⁴ gegen das auch das Europäische Parlament keine Einwände erheben dürfte, weil es sich in seinem Report gleichfalls gegen doppelte Asylanträge in der EU aussprach.¹⁵

Dies ist überaus wichtig, weil damit ein wichtiger Schritt in Richtung eines „gemeinsamen“ Asylsystems geschaffen wird. Es soll künftig nur noch einen Asylantrag innerhalb des GEAS geben. **Menschenrechtliche Bedenken bestehen nicht**, weil weiterhin eine Ausnahme bestehen soll, wenn im zuständigen Mitgliedstaat menschenunwürdige Lebensbedingungen

⁹ Die Mitteilung der Kommission, [COM\(2016\) 197](#) vom 6.4.2016, S. 7-9 hatte eine Quote in Betracht gezogen.

¹⁰ Siehe Artikel 34-44 des Vorschlags der Kommission, [COM\(2016\) 270](#) vom 4.5.2016.

¹¹ Die Relokationsbeschlüsse aus dem Jahr 2016 betrafen nur Personen mit einer statistischen Schutzwahrscheinlichkeit von mind. 75 %, während Art. 36 Abs. 2 f. des Kommissionsvorschlags, ebd., vorrangig unzulässige Anträge und solche im beschleunigten Verfahren ausnehmen möchte, was im Ergebnis dazu führen könnte, dass im größeren Umfang auch Personen mit geringer Schutzwahrscheinlichkeit verteilt würden.

¹² So Art. 21 Abs. 1 sowie Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO (EU) Nr. 604/2013, vom EuGH in EuGH, *Mengesteab*, C-670/16, [EU:C:2017:587](#); und EuGH, *Shiri*, C-201/16, [EU:C:2017:805](#) als Ausschlussfristen interpretiert.

¹³ Siehe insbes. Art. 19, 30 Abs. 1 des Vorschlags, ebd.; zugleich soll eine irreguläre Sekundärmigration sanktioniert werden, etwa durch Sozialleistungskürzungen; hierzu Abschnitt III.

¹⁴ Vgl. Art. 9a des Entwurfs der Ratspräsidentschaft gem. Rats-Dok. 8715/1/16 REV 1 v. 9.1.2018, der auf die zehnjährige Speicherfrist nach der Eurodac-Verordnung verweist, wobei der Umfang der Speicherfrist umstritten ist, weil konkret das Parlament eine Absenkung auf 5 Jahre vorschlägt.

¹⁵ Allerdings will das Europäische Parlament den fakultativen Selbsteintritt durch den Zielstaat einer irregulären Sekundärmigration weiterhin ermöglichen und lehnt eine Sanktionierung mittels geringerer Sozialleistungen ab; einen automatischen Zuständigkeitsübergang sieht jedoch auch der Bericht (Rapporteur: Cecilia Wikström), EP doc. [A8-0345/2017](#) v. 6.11.2017 nicht vor.

herrschen, wie dies vor einigen Jahren in Griechenland der Fall war (inzwischen aber nicht mehr der Fall zu sein scheint¹⁶).¹⁷ Mittelbar bekräftigte der EuGH, dass die Genfer Flüchtlingskonvention und das Asylgrundrecht nach Artikel 18 der Grundrechtecharta kein anderes Ergebnis vorgeben, weil diese Normen ein Refoulement in gefährliche Drittstaaten verbieten, nicht jedoch ein individuelles Recht gewähren, im Zielland der Wahl zu bleiben. Es muss ein Asylantrag in der Europäischen Union gewährleistet sein, der jedoch nicht in einem bestimmten Land realisiert werden muss.¹⁸ Mittelbar ist damit zugleich gesagt, dass **keine „Refugee in Orbit“-Situation droht**, weil die neuen Regeln ein Asylverfahren zusichern – und nicht, wie in den 1980er Jahren teils praktiziert, die Staaten sich wechselseitig für unzuständig erklären, ohne dass irgendwo geprüft würde.¹⁹

Zu einer ehrlichen Analyse gehört, dass eine politische Verständigung auf eine Dublin IV-Verordnung nicht bedeuten muss, dass diese in der Praxis vollumfassend funktionieren würde. Dies gilt für reaktive Überstellungsverfahren, die aktuell weitgehend dysfunktional sind und nur in rund 10 % in einer Überstellung münden, ebenso wie für quotenbasierte Verteilungsmechanismen nach dem Modell des Kommissionsvorschlags bzw. der Relokationsbeschlüsse, die in den letzten beiden Jahren überaus schleppend umgesetzt wurden und häufig (aber nicht immer) in einer irregulären Sekundärmigration mündeten. Es bestehen offenbar **administrative Grenzen, wenn (zehn-)tausende Asylbewerber teils gegen deren Willen in andere Länder verteilt** werden.²⁰ Von daher ist es richtig, wenn die Kommission nicht nur auf zwischenstaatliche Verfahren setzt, sondern individuenbasierte Anreize einbaut, indem zweite Asylverfahren verweigert und Sozialleistungen gekürzt werden. Dies kann helfen, die Sekundärmigration zu vermeiden.

Nun besteht durchaus die Möglichkeit, die praktische Wirksamkeit des Gesamtsystems dadurch zu stärken, dass punktuell **neben sanktionierenden auch positive Anreize** gesetzt werden, die die Rechtsbeachtung durch die Antragsteller erhöhen helfen. In diese Richtung geht der Vorschlag des Europäischen Parlaments, der bei der Bestimmung desjenigen Lands, in das verteilt werden soll, gewisse Präferenzen der Antragsteller berücksichtigen möchte (ohne ein Recht auf freie Ziellandwahl einzuführen oder zweite Asylanträge zu ermöglichen).²¹ Auch könnte man erwägen, anerkannten Flüchtlingen die Möglichkeit einer kontrollierten Weiterwanderung zu ermöglichen, die – entgegen dem Vorschlag der Flücht-

¹⁶ Der EGMR bekräftigte jüngst, dass nicht jede unbefriedigende Unterbringung – konkret im Hotspot auf Chios – menschenrechtswidrig ist; vgl. EGMR, Urte. v. 25.1.2018, Nr. 22696/16, *J.R. et al. gegen Griechenland*, wo eine Verletzung von Art. 3 EMRK wegen der Unterbringung ebenso zurückgewiesen wurde wie von Art. 5 Abs. 1 für die Inhaftierung, über die freilich nach Abs. 2 unzureichend informiert worden war.

¹⁷ Siehe den Ausschlussgrund nach Art. 3 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags (Fn. 10).

¹⁸ Vgl. EuGH, *Slowakei & Ungarn/Rat*, C-643/15 & C-647/15, [EU:C:2017:631](#), Rn. 340-343.

¹⁹ Erwägung Nr. 4 des ursprl. Dubliner Übereinkommen v. 15.6.1990 (ABl. 1997 C 254/1) erklärte, eben dies vermeiden zu wollen; siehe auch EuGH, *Kastrati*, C-620/10, [EU:C:2012:265](#), Rn. 42.

²⁰ Siehe auch, wenn auch mit rechtlichen Schlussfolgerungen, die ich nicht teile, *Francesco Maiani*, *The Reform of the Dublin System and the Dystopia of 'Sharing People'*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24 (2017), 622 (632 f., 640-644).

²¹ Vgl. den Bericht (Fn. 16).

lingsorganisationen – kein Free Choice mit einer Einwanderung in die Sozialsysteme darstellen muss,²² sondern etwa an einen Arbeitsplatz mit Lebensunterhaltssicherung gebunden werden könnte.²³ Dies zeigt, dass es durchaus möglich ist, bei der Gesetzgebung sanktionierende und positive Anreizstrukturen zu verbinden.

Der Antrag von Die Linke behauptet in Übereinstimmung mit der Position von Flüchtlingsverbänden und Kirchen, dass der **begrenzte Rechtsschutz nach dem Kommissionsvorschlag** mit der EuGH-Rechtsprechung unvereinbar sei.²⁴ Dies ist ein Missverständnis, weil die zitierte EuGH-Judikatur ihrerseits auf dem Inhalt der Dublin III-Verordnung gründete, der – anders als die Vorgänger-Verordnung – den Rechtsschutz ausgeweitet hatte.²⁵ Es geht, anders formuliert, um eine gesetzliche Ausweitung individueller Rechte (nicht: Grundrechte), die der Gesetzgeber ebenso zurücknehmen kann. Wenn der europäische Gesetzgeber dies vorschlägt,²⁶ so kann er dies unproblematisch tun.²⁷

III. Aufnahmebedingungen

Neben den Designfehlern und Implementationsdefiziten der Dublin-Verordnung sind die ungleichen Aufnahmebedingungen ein zentrales Strukturproblem des GEAS, wenn Asylbewerber (und anerkannte Flüchtlinge) in Deutschland deutlich bessere Standards vorfinden als in einigen anderen Ländern. Diese **ungleichen Aufnahmebedingungen** sind – ebenso wie ethnische Netzwerke sowie wirtschaftliche und gesellschaftliche Attraktivitätsdivergenzen – ein Faktor, der die irreguläre Sekundärmigration von Asylbewerbern und anerkannten Flüchtlingen fördert.²⁸ Sie bewirken, dass die meisten Asylbewerber einen Schutz nicht abstrakt in „Europa“ wünschen, sondern ein bestimmtes Ziel vor Augen haben, etwa Deutschland, Österreich oder Schweden.

Hier führen die aktuellen Vorschläge zu einigen Verbesserungen, gerade im Dublin-Kontext, können aber die Probleme des GEAS nicht vollumfänglich beheben. So fordert die neue Aufnahme-Richtlinie weiterhin abstrakt einen „**angemessenen Lebensstandard**“,²⁹ wobei

²² In diesem Sinn der Antrag von Die Linke, [BT-Drs. 19/577](#) v. 30.1.2018, Nr. d, wobei der genannte Ausgleich auf finanzieller Ebene wohl kaum so aussehen würde, dass etwa Bulgarien an Deutschland die Kosten für alle Sozialleistungen, die Beschulung und die Unterbringungen von Flüchtlingen überweist, für die an sich Bulgarien zuständig ist, wenn diese Kosten ein mehrfaches der Leistungshöhe in Bulgarien ausmachen.

²³ Zu diesbezüglichen Optionen der Sachverständigenrat (Fn. 7), S. 41-45.

²⁴ Vgl. den Antrag von Die Linke, [BT-Drs. 19/577](#) v. 30.1.2018, S. 5 und Amnesty International u.a., Für den Fortbestand des Zugangs zum individuellen Asylrecht in Europa, [Januar 2017](#), S. 9.

²⁵ In diesem Sinn der Präsident des EuGH *Koen Lenaerts*, *Europarecht und Zuwanderung*, in: Julia Iliopoulos-Strangas u.a. (Hrsg.): *Migration – Migration – Migrations* (Nomos/Stämpfli, 2017), S. 233 (236 f.).

²⁶ Vgl. 28 Abs. 3 f. des Kommissionsvorschlags (Fn. 10).

²⁷ Siehe auch *Daniel Thym*, *Die Flüchtlingskrise vor Gericht. Zum Umgang des EuGH mit der Dublin III-Verordnung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2018, 276 (282-284).

²⁸ Näher Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, *Steuern, was zu steuern ist: Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?*, [Jahresgutachten 2018](#), Kap. B.1 (erscheint am 24.4.2018); und *Eric Neumayer*, *Asylum Destination Choice*, *European Union Politics* 5 (2004), 155-180; allerdings sind die Aufnahmebedingungen ein Faktor, den die Politik vergleichsweise einfach beeinflussen kann.

²⁹ Artikel 16 Abs. 2, 6 des Vorschlags für eine Asyl-Aufnahme-Richtlinie, [COM\(2016\) 465](#) v. 13.7.2016 entsprechen weitgehend Artikel 17 Abs. 2, 5 Richtlinie 2013/33/EU und orientieren sich erneut am Leistungsniveau für eigene Staatsangehörige.

die Kommission die Begriffsdefinitionen nur etwas klarer wollte, wenn auch „Toilettenartikel“ dazu gehören sollen,³⁰ während der Rat jedenfalls etwas mehr Klarheit vorgeben möchte und das Asylbüro EASO zukünftig unverbindliche Leitlinien entwickeln können soll.³¹ Es wird auch künftig **kein Level-Playing-Field** bestehen und dennoch ist es schwer, anders vorzugehen, denn die EU-Organe befinden sich in einem regulatorischen Dilemma, weil sie schwerlich einen Geldbetrag vorschreiben können, wenn dies dazu führte, dass Asylbewerber in Bulgarien deutlich mehr erhielten als eigene Staatsangehörige. Dasselbe gilt, noch ausgeprägter, nach der Anerkennung.³² Im Asylsystem spiegeln sich die teils erheblichen Unterschiede zwischen den staatlichen Sozialsystemen.

In einem Punkt ist eine wichtige Reform angedacht, wenn künftig die **vollen Sozialleistungen nur noch im zuständigen Staat** nach der Dublin-Verordnung gezahlt werden sollen.³³ Es ist dies im Schengen-Raum konsequent. Man kann nicht die Grenzkontrollen dauerhaft abschaffen, ein gemeinsames Asylsystem bauen und zugleich faktisch Asylbewerber den Zielstaat frei wählen lassen. Doch selbst mit der Dublin IV-Verordnung wären nicht alle Probleme behoben: Einige Länder würden die Leistungen intensiv kürzen und eventuell auf Null herabfahren, während **speziell in Deutschland die abgesenkten Leistungen höher sein könnten als reguläre Leistungen in anderen Mitgliedstaaten**. Das liegt nicht nur daran, dass Deutschland allgemein ein höheres Leistungsniveau hat. Zugleich tendiert die deutsche Politik dazu, alle Personen, die sich – legal oder illegal – faktisch im Inland aufhalten, ebenso zu behandeln wie deutsche Staatsangehörige.

Europarechtlich zwingend ist das nicht, weil Art. 17a der Aufnahme-Richtlinie nach dem derzeitigen Verhandlungsstand vergleichsweise allgemeine Formulierungen umfasst, wonach bei einer Sekundärmigration ein „Mindestlebensstandard in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht und internationalen Verpflichtungen“ gewährleistet werden muss,³⁴ wobei erschwerend hinzu kommt, dass die Kürzung eventuell im Einzelfall angeordnet und begründet werden muss und nicht etwa automatisch eintritt.³⁵ Speziell aus der **EuGH-Judikatur** folgt hierbei keineswegs, dass man die Sozialleistungen am Wahlort genießen kann, weil von Flüchtlingen wohl ebenso wie von Unionsbürgern im Zweifel erwartet werden kann, dass sie in den zuständigen Mitgliedstaat zurückreisen.³⁶

³⁰ Siehe die nur leicht konkretisierte Begriffsdefinition in Artikel 2 Nr. 7 Aufnahme-Richtlinie-Vorschlag (Fn. 29).

³¹ Vgl. den Beratungsstand gem. Rats-Dok. 15204/17 v. 30.11.2017; sowie, für EASO, Artikel 12 des Kommissionsvorschlags, KOM(2016) 271 vom 4.5.2016.

³² Hierzu ausführlicher *Daniel Thym*, Rücküberstellung von anerkannten Schutzberechtigten innerhalb der EU, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, 609-614 (erscheint Anfang Mai).

³³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags für die Dublin IV-VO (Fn. 10).

³⁴ Vgl. Rats-Dok. 15204/17 v. 30.11.2017; welches dieser Mindeststandard ist, wird nicht gesagt.

³⁵ Unklar ist das Verhältnis des vermeintlich automatischen Ausschlusses nach Art. 17a und der notwendigen Einzelfallentscheidung nach Art. 19 des Verhandlungsstandes gemäß Rats-Dok. 15204/17 v. 30.11.2017; greifen soll der Ausschluss nicht sofort nach der Einreise, sondern erst nach der Notifikation der Dublin-Entscheidung, allerdings unabhängig von hiergegen eventuell eingelegten Rechtsmitteln.

³⁶ So für Unionsbürger mittelbar EuGH, *Dano*, C-333/13, [EU:C:2014:2358](#); etwas anderes folgt nicht etwa aus EuGH, *Cimade & GISTI*, C-179/11, [EU:C:2012:594](#), Rn. 51 ff., weil dieses Urteil das geltende Sekundärrecht betraf, das geändert werden kann.

Auf dieser Grundlage bestünde eine Option etwa darin, in Deutschland die Regeln anzuwenden, die schon bisher für Personen gelten, die **irregulär nach Deutschland weiterwandern**, obwohl sie nach einer Relokation andernorts geschützt werden.³⁷ Hier wird seit dem Asylpaket I nur der sog. notwendige Bedarf (u.a. Ernährung, Unterkunft, Körperpflege) gewährt, nicht jedoch Zuschüsse für Haushaltsgüter, etc. Dies bedeutet im Ergebnis eine **ersatzlose Streichung des persönlichen Bedarfs („Taschengeld“)** i.H.v. derzeit 135 EUR bei Alleinstehenden sowie eine **Kürzung des notwendigen Bedarfs** i.H.v. derzeit 216 EUR **um rund 15 %**.³⁸ Dies ist mehr als manch Asylbewerber andernorts ohne Leistungskürzung erhält, zumal die kostenlose medizinische Notversorgung hinzukommt. Würde dies auf Dublin-Fälle erstreckt, begründete das deutsche Sozialsystem innerhalb der EU weiterhin einen Pull-Faktor unter mehreren für die Sekundärmigration.

Nun wird häufig gesagt, dass eine Streichung verfassungswidrig sei,³⁹ weil das Bundesverfassungsgericht in seinem **Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz** ein anderes Ergebnis vorgegeben habe. Dies überzeugt in dieser Pauschalität nicht, denn das Urteil betraf eine andere Personengruppe und befasste sich zudem nicht mit den Besonderheiten der Reisefreiheit im Schengen-Raum. Es gibt gute Argumente, wonach für Personen mit einer geringen Bindung an die deutsche Gesellschaft allgemein niedrigere Sätze zulässig sind und man speziell im Schengen-Raum die Sozialleistungen unter Umständen sogar ganz streichen kann (mit Ausnahme einer Reisebeihilfe zur Rückkehr in den zuständigen Staat). Letzteres gilt derzeit bereits für Unionsbürger. Ende 2016 entschied der Bundesgesetzgeber, **Unionsbürger für fünf Jahre vom SGB II/XII-Zugang auszuschließen**, wenn sie über kein Freizügigkeitsrecht verfügen.⁴⁰ Diesen Gedanken könnte man auf die irreguläre Sekundärmigration von Asylbewerbern im Dublin-System übertragen, ohne dass darin notwendig ein Verfassungsverstoß liegen müsste.⁴¹ Die Reisefreiheit im Schengen-Raum ist keine Einbahnstraße in das gewünschte Zielland.

IV. Inhaftierung und Transitzonen an den Außengrenzen

Für die praktische Funktionsweise eines jeden Asylsystems ist entscheidend, dass möglichst schnell und zuverlässig über die Schutzbedürftigkeit entschieden wird. Dies kann unter anderem durch beschleunigte und qualitätsvolle Asylverfahren an den Schengener Außengrenzen nach dem **Modell der bisherigen Hotspots** realisiert werden,⁴² für die sich auch der **Koalitionsvertrag** ausspricht. Die Bundesregierung unterstützt „eine gemeinsame

³⁷ Vgl. § 1a Abs. 4 AsylbLG.

³⁸ Zur Berechnung im Kontext des Asylpakets I bereits *Daniel Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren, [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, 1625 \(1629 f.\)](#).

³⁹ Exemplarisch Antrag von Die Linke, [BT-Drs. 19/577](#) v. 30.1.2018, Nr. B.

⁴⁰ Vgl. Gesetz v. 21.12.2016 ([BGBl. 2016 I 3155](#)); die Position der Gerichte ist unschlüssig, aber es besteht durchaus die Bereitschaft, die rechtlichen Unterschiede anzuerkennen; vgl. exemplarisch Landessozialgericht NRW, Beschl. v. 16.3.2017. L 19 AS 190/17 B ER; siehe auch Bayer. Landessozialgericht, Beschl. v. 13.10.2015, [L 16 AS 612/15 ER](#), Rn. 38-47.

⁴¹ Näher *Daniel Thym*, Migrationsfolgenrecht, [Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 76 \(2017\), 169 \(186-195\)](#).

⁴² Siehe auch SVR (Fn. 7), S. 34 ff.

Durchführung von Asylverfahren überwiegend an den Außengrenzen sowie gemeinsame Rückführungen von dort. Dabei werden europäische Menschenrechtsstandards eingehalten.⁴³ Ein solches Vorgehen setzt freilich voraus, dass man die Außengrenzstaaten davon überzeugt, dass man nicht nur Verantwortung auf sie abwälzen will und am Ende vor allem abgelehnte Asylbewerber etwa in Italien verbleiben, weil die Rückführung von dort ebenso scheitert wie häufig aus Deutschland.

So dies gelingt, hinge die Umsetzung eines derartigen Politikansatzes gerade in Massenflichtsituationen davon ab, einen schnellen Zugriff auf die betroffenen Personen sicherzustellen. Dass hierzu eine Freiheitsbeschränkung ein geeignetes Instrument sein kann, erkannte jüngst auch der **Europäische Gerichtshof**, als er explizit ausführte, dass eine **Inhaftierung die zügige und zuverlässige Unterscheidung zwischen (nicht) schutzberechtigten Personen erleichtert** und daher vom Primärrecht gestützt wird.⁴⁴ Eine vorausschauende Gesetzgebung würde diese Option mitdenken, selbstverständlich unter Beachtung der Grund- und Menschenrechte, die auch der Koalitionsvertrag einfordert. Allerdings gehen die Entwürfe für eine neue Aufnahme-Richtlinie sowie die künftige Verfahrens-Verordnung über die internationalen Menschenrechte hinaus.

So möchte die Kommission die Bestimmungen zum Grenzverfahren nicht wesentlich ändern, sodass das **Grenzverfahren einschl. eventueller Transitzentren nicht etwa alle Asylbewerber umfasst**, sondern nur solche, für die etwa ein beschleunigtes Asylverfahren gilt oder eine Unzulässigkeitsentscheidung zu erwarten steht, etwa wegen der Einreise aus einem sicheren Drittstaat.⁴⁵ Zudem soll nach dem aktuellen Verhandlungsstand das Dublin-Zuständigkeitsverfahren in Grenzzentren durchgeführt werden können, sodass wohl auch eine Verteilung nach dem Dublin-Ausgleichsmechanismus in Massenflichtsituationen dort stattfinden könnte. Hierbei möchte der Rat klarstellen, dass **Transitzonen nur an den Schengener Außengrenzen** eingerichtet werden können.⁴⁶

Vor allem ist jedoch bei einer genauen Lektüre der Vorschläge unklar, ob beim Grenzverfahren, das nach der Begründung der Kommission „üblicherweise eine Inhaftierung während des gesamten Verfahrens erforder[t],“⁴⁷ eine Freiheitsbeschränkung nur aufgrund einer behördlichen Einzelfallentscheidung nebst einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die mildere Mittel prüft, erfolgen darf. Für diese Annahme sprechen die Vorgaben der Aufnahme-Richtlinie,⁴⁸ während die Verfahrens-Richtlinie so gelesen werden kann, dass ein **Grenzverfahren**

⁴³ Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 7.2.2018, S. 104.

⁴⁴ So mit Blick auf Art. 78 AEUV ausdrücklich EuGH, K, C-18/16, [EU:C:2017:680](#), Rn. 36, 39, 48.

⁴⁵ Art. 41 des Vorschlags für eine Asyl-Verfahrens-Verordnung, [COM\(2016\) 467](#) vom 13.7.2016.

⁴⁶ Vgl. Art. 41 Abs. 1, 2a gemäß Rats-Dok. 5296/18 v. 16.1.2018, wobei auch Antragsteller umfasst sein dürfen, die außerhalb der regulären Grenzübertrittstellen einreisen und im erweiterten Hinterland aufgegriffen werden; „Grenzkontrollen“ i.S.d. Schengener Grenzkodex umfassen nämlich nach der Begriffsdefinition des Art. 2 Nr. 8-10, Art. 13 VO (EU) 2016/399 die sog. „Grenzüberwachung“.

⁴⁷ So der Vorschlag (Fn. 45), S. 17.

⁴⁸ Zwar ist das Grenzverfahren nach Art. 8 Abs. 3 Buchst. c RL 2013/33/EU bzw. Art. 8 Abs. 3 Buchst. d Aufnahme-RL-E (Fn. 29) ein Haftgrund, dessen Aktivierung jedoch nach Art. 8 Abs. 2, 4, Art. 9 der genannten

notwendig mit einer Inhaftierung einhergeht, wenn ein Antragsteller für bis zu vier Wochen „festgehalten“ wird, weil zuvor eine Einreise in das Hoheitsgebiet mit einer einhergehenden Bewegungsfreiheit noch gar nicht stattgefunden hatte.⁴⁹ Diese Situation ist misslich; der Gesetzgeber sollte klarstellen, was er meint.

Die Grundrechte erlaubten beim Grenzverfahren großzügigere Regeln, weil nach der EGMR-Judikatur bei einer Inhaftierung im Kontext einer Einreisekontrolle andere Maßstäbe gelten als in sonstigen Fällen unter Einschluss der Abschiebehaft. Nach der Großen Kammer gelten die **großzügigeren Maßstäbe für eine Einreisekontrolle nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. f Var. 1 EMRK** auch, wenn ein Asylantrag an der Grenze gestellt wird.⁵⁰ Hiernach normiert der EGMR, anders als nach der Einreise, **keine Verhältnismäßigkeitskontrolle**, sondern eine Willkürschränke nebst gerichtlicher Kontrolle,⁵¹ die weniger streng sind als die Vorgaben der EU-Aufnahme-Richtlinie. Allerdings ist nicht abschließend geklärt, ob die **EU-Grundrechtecharta evtl. großzügigere Standards** vorgibt, wenn es um eine Inhaftierung im Rahmen einer Einreiseverweigerung geht.⁵²

Nach Maßgabe der Willkürkontrolle kann eine Entlassung aus der Transitzone und damit ein **Ende der Inhaftierung im Einzelfall** angezeigt sein, nicht zuletzt bei Familien mit (kleinen) Kindern oder unbegleiteten Minderjährigen.⁵³ Darüber hinaus darf eine **freiheitsbeschränkende Inhaftierung keine Dauerlösung** sein,⁵⁴ was beim europäischen Grenzverfahren in Transitzonen aber auch gar nicht vorgesehen ist, weil dieses nach maximal vier Wochen endet.⁵⁵ Großzügiger sind die (jüngeren) Empfehlungen des Exekutivausschusses sowie von

Rechtsakte eine einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung vorschreibt; sinngemäß die Begründung des Vorschlags der Kommission (Fn. 29), S. 11 f., 17.

⁴⁹ Art. 41 Abs. 3 Verfahrens-VO-E (Fn. 45) spricht für das Ende des Grenzverfahrens von „nicht länger ... festhalten“ (*shall no longer be kept*) im Vorfeld einer Einreisegenehmigung, während Art. 43 Abs. 2 RL 2013/32/EU sich einzig auf eine fehlende Einreiseautorisierung bezog; freilich ist im Lichte von Art. 26 Abs. 1 RL 2013/32/EU zweifelhaft, ob hier eine *lex specialis* gegenüber Art. 8 f. RL 2013/33/EU normiert wird.

⁵⁰ EGMR, Urteil vom 29.1.2008, [Nr. 13229/03](#), *Saadi gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 64-67 unter Verweis auf ExCom [Conclusion No. 44 \(XXXVII\)](#): Detention of Refugees and Asylum-Seekers (1986); zusammengefasst in EGMR, Urteil vom 22.9.2015, [Nr. 62116/12](#), *Nabil et al. gegen Ungarn*, Rn. 26-35.

⁵¹ Siehe EGMR, *Saadi* (Fn. 50), Rn. 67-74, insb. Rn. 71-75; weiterführend *Marc Bossuyt*, Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant (Bruylant, 2010), S. 153-158; und, kritisch, *Galina Cornelisse*, Immigration Detention and Human Rights (Martinus Nijhoff, 2010), S. 275-310; sowie *Cathryn Costello*, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law (OUP, 2015), S. 285-293.

⁵² Darauf deuten hin EuGH, *K*, C-18/16, [EU:C:2017:680](#), Rn. 35 ff.; und EuGH, *N*, C-601/15 PPU, [EU:C:2016:84](#), Rn. 44 ff., wobei diese u.U. auch auf den sekundärrechtlichen Vorgaben beruhen, sodass der EuGH in Folgeverfahren die von Art. 52 Abs. 3 geforderte EMRK-konforme Auslegung nachholen und die grundrechtlichen Vorgaben relativieren könnte; siehe auch *Jean-Yves Carlier/Luc Lebœuf*, Droit européen des migrations, *Journal de droit européen* 2018, 98 (99-101).

⁵³ Deren Inhaftierung ist nach EGMR-Judikatur zwar möglich, unterliegt jedoch einer strengeren Prüfung, die auch die Unterbringungsmodalitäten berücksichtigt; vgl. EGMR, Urteil vom 19.1.2010, [Nr. 41442/07](#), *Muskhadzhieva u.a. gegen Belgien*, Rn. 55-63.

⁵⁴ So EGMR, Urteil vom 25.6.1996, [Nr. 19776/92](#), *Amuur gegen Frankreich*, Rn. 43; sowie EGMR, Urteil vom 24.6.2008, [Nr. 29787/03](#) & 29810/03, *Riad & Idiab gegen Belgien*, Rn. 68; sinngemäß UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, [2012](#), Rn. 44-46; siehe auch *Maarten den Heijer*, Europe and Extraterritorial Asylum (Hart, 2012), S. 274-279.

⁵⁵ Die Ablehnung eines Asylantrags als unzulässig nach der Einreise aus sicheren Drittstaaten nach Art. 33 Abs. 2 RL 2013/32/EU kann ausweislich Art. 6 Abs. 6 RL 2008/115/EG mit einer Rückkehrentscheidung verbunden werden, wobei der Gesamtzeitraum der Inhaftierung während Grenzverfahren *und* Rückführung nicht lang sein muss, wenn letztere schnell vollzogen wird; die Mitgliedstaaten können die Rückführungs-RL 2008/115/EG mit ihren einzelfallbezogenen Haftvorgaben gemäß Art. 2 Abs. 2 auf Einreiseverweigerungen nicht anwenden.

UNHCR,⁵⁶ die sich freilich auf die Menschenrechte stützen und mithin keine Rechtspflichten begründen können, die über die aufgeführte Judikatur hinausgehen,⁵⁷ unabhängig hiervon jedoch als rechtspolitische Empfehlungen bekräftigen, dass man Asylbewerber nicht dauerhaft inhaftieren sollte.⁵⁸

Hiernach könnte der EU-Gesetzgeber die Bestimmungen zum Grenzverfahren großzügiger gestalten. Doch selbst wenn dies im laufenden Gesetzgebungsverfahren illusorisch sein sollte, hält das Beispiel eine allgemeine Lehre bereit. Generell ist das **europäische Asylrecht in vielen Punkten deutlich großzügiger als die Menschenrechte**. Die häufig wiederholte Behauptung einer Grundrechtswidrigkeit verkennt, dass das EU-Sekundärrecht teils deutlich über die globalen Mindeststandards hinausgeht.

V. Sichere Drittstaaten und erste Asylstaaten

Im Zentrum des Antrags der Grünen steht das Vorhaben des Europäischen Rats, die Anforderungen an sichere Drittstaaten (und erste Asylstaaten) „an die tatsächlichen Anforderungen [anzugleichen], die sich aus der Genfer Konvention und dem EU-Primärrecht ergeben.“⁵⁹ Sprich: Es sollen überobligatorische Bestimmungen zurückgenommen werden, die über die Menschenrechte und das Flüchtlingsvölkerrecht hinausgehen. Die aktuellen Kompromissvorschläge der Ratspräsidentschaft zeigen,⁶⁰ dass dies teilweise realisiert wird, während in anderen Punkten das Sekundärrecht aus politischen Gründen weiterhin über die völkerrechtlichen Mindeststandards hinausgehen soll.

1. Übereinstimmung mit der Genfer Flüchtlingskonvention

Es ist heute allgemein anerkannt, dass Klauseln über sichere Herkunfts- und Drittstaaten, erste Asylstaaten sowie extraterritoriale Asylverfahren, die man unter dem Oberbegriff des anderweitigen Schutzes (*protection elsewhere*) zusammenfassen kann,⁶¹ ein **fester Bestandteil des Flüchtlingsvölkerrechts** sind. Hierfür gibt es mannigfaltige Belege in der Staatenpraxis,⁶² in den Äußerungen von UNHCR sowie des Exekutivausschusses⁶³ sowie in der wissenschaftlichen Literatur.⁶⁴ Verbleibende Unsicherheiten betreffen nicht die Frage, ob

⁵⁶ Vgl. ExCom Conclusion No. 44 (Fn. 50), Nr. b, die eine Haft etwa zur Identitätsprüfung sowie im Kontext irregulärer Einreisen befürworten; sowie die großzügige Deutung durch UNHCR, Guidelines (Fn. 54), Rn. 22-28, 34 ff.; siehe auch den (teilweisen) Rückzug aus den griechischen Hotspots als Kritik an der dortigen, vermeintlichen Haftstruktur gemäß UNHCR, Briefing Note, 22.3.2016.

⁵⁷ Exemplarisch UNHCR, Guidelines (Fn. 54), Rn. 12 f.

⁵⁸ In Reaktion auf die britische Initiative von 2003 für extraterritoriale Asylverfahren, schlug UNHCR „EU Reception Centres“ vor, die jdf. für bestimmte Herkunftsländer (nicht jedoch Transitländer) bei schnellen Verfahren und einer zügigen Rückführung als geschlossene Zentren hätten betrieben werden sollen; vgl. UNHCR Working Paper: A Revised ‘EU Prong’ Proposal, [22 December 2003](#), Rn. 16.

⁵⁹ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen, [EUCO 8/17](#) v. 23.6.2017, Rn. 23.

⁶⁰ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf Rats-Dok. 14098/17 v. 15.11.2017.

⁶¹ Vgl. *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. (OUP, 2007), S. 390-414.

⁶² Siehe *Stephen Legomsky*, *Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: the Meaning of Effective Protection*, *International Journal of Refugee Law* 15 (2003), 567 (626 ff.).

⁶³ Hierzu u.a. UNHCR ExCom [Conclusion No. 85 \(XLIX\)](#) on International Protection (1998), Buchst. z.

⁶⁴ Etwa *James Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law* (CUP, 2005), S. 323 f.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 61), S. 390-414; und *Rainer Hofmann/Tillmann Löhr*, Introduction to Chapter V, in: Andreas

das Konzept eines anderweitigen Schutzes existiert, sondern *wie* dieses auszugestalten ist, etwa mit Blick auf das Mindestschutzniveau im Drittstaat.

Ein Grund für die verbleibenden Unklarheiten liegt darin, dass die **GFK keine geschriebenen Regeln zum Asylverfahren** unter Einschluss anderweitiger Schutzoptionen enthält. Dies liegt daran, dass die Staaten damals wie heute kein völkerrechtliches Individualrecht auf Asyl gewähren, sondern „nur“ die Rechte *im* Asyl ausgestalten wollten.⁶⁵ Es gibt bis heute kein Individualrecht auf Zugang zum Staatsgebiet für Asylbewerber, allerdings ist das völkerrechtliche Refoulementverbot bereits an der Grenze bzw. bei vorgelagerten Grenzkontrollen zu beachten, sobald die Staaten eine effektive Kontrolle ausüben.⁶⁶

Dass die Mitgliedstaaten ihre völkerrechtlichen Pflichten gemeinsam ausüben können, dürfte außer Zweifel stehen. Das EU-Sekundärrecht lagert sich insofern zwischen die GFK und das nationale Recht. Wenn **Reinhard Marx in einem Gutachten** eine nationale Entscheidungsfreiheit behauptet, die sich wegen eines transnationalen „Verantwortungszusammenhangs“ gegen das EU-Recht richtet,⁶⁷ verkennt dies, dass das nationale Recht in seinem Verhältnis zur GFK heute materiell weitgehend durch das vorrangig anwendbare Unionsrecht mediatisiert ist.⁶⁸ Auch aus Artikel 18 GRCh dürfte nichts Weitergehendes folgen, zumal der Wortlaut auf die GFK verweist.⁶⁹

2. Formale Ratifikation – faktische Beachtung

Eine Kritik am Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft besteht darin,⁷⁰ dass dieser auf eine förmliche Ratifikation der GFK verzichtet und stattdessen eine tatsächliche Beachtung des Refoulement-Verbots für ausreichend hält.⁷¹ Außer Frage steht hierbei, dass das **Refoulement-Verbot das Herzstück des internationalen Flüchtlingsrechts** darstellt, das

Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary* (OUP, 2011), Rn. 73; zu den vereinzelt kritischen Stimmen *Violetta Moreno-Lax*, *The Legality of the 'Safe Third Country' Notion Contested*, in: Goodwin-Gill/Philippe Weckel (Hrsg.), *Migration and Refugee Protection in the 21st Century* (Martinus Nijhoff, 2015), S. 665 (688-707).

⁶⁵ Hierzu *Otto Kimminich*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, 49. EL (C.F. Müller, 1984), Art. 16 GG Rn. 275 ff.

⁶⁶ Näher *James C. Hathaway/Michelle Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. (CUP, 2014), S. 17-23; und *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 61), S. 355-365, wobei die Einzelheiten umstritten sind.

⁶⁷ So offenbar *Reinhard Marx*, *Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht*, 8.3.2017, S. 5-19; nach Art. 45 Abs. 7 des Kommissionsvorschlags (Fn. 45) greifen Drittstaatsklauseln nur, wenn ein Drittstaat zur Aufnahme bereit ist, sodass der postulierte „Verantwortungszusammenhang“ in concreto beachtet wird.

⁶⁸ Näher *Kay Hailbronner/Daniel Thym*, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in: dies. (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2. Aufl. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016), Rn. 47-49; siehe auch *Jürgen Bast*, *Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff*, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2018, 41 (42).

⁶⁹ Siehe EuGH (Fn. 18), Rn. 340-343; allerdings könnte die Norm einen Verfahrenszugang gewähren, der so dann in einer Unzulässigkeit aufgrund der Einreise aus einem sicheren Land münden kann.

⁷⁰ So insb. der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen, [BT-Drs. 19/224](#) v. 12.12.2017, S. 3 f. unter Verweis auf die BVerfG-Judikatur, die nach den Ausführungen in Fn. 1 freilich kein Maßstab für EU-Gesetzgebungsakte darstellt; hinzu kommt, dass der Wortlaut von Art. 16a Abs. 2 f. GG für sichere Herkunfts- und Drittstaaten eine formale Ratifikation nicht vorschreibt, sprich die BVerfG-Judikatur sich ändern könnte.

⁷¹ Hierzu Art. 44 Abs. 1a Buchst. b für erste Asylstaaten, Art. 45 Abs. 1 Buchst. c f. i.V.m. ebd. für sichere Drittstaaten und Art. 47 Abs. 3 für sichere Herkunftsstaaten gemäß dem Verhandlungsstand im Rat (Fn. 60).

zu beachten Art. 78 Abs. 1 AEUV zwingend vorgibt. Es schützt vor Rückführungen in Verfolgerstaaten ebenso wie vor indirekten Kettenrückführungen. Aus dieser Feststellung folgt freilich nicht, dass sichere Drittstaaten formal bestimmte Verträge ratifiziert haben müssen.⁷² Speziell eine GFK-Ratifikation mit oder ohne territoriale Beschränkung ist nicht zwingend erforderlich; dies zeigt die Staatenpraxis⁷³ – unter Einschluss einer Entscheidung des griechischen Staatsrats zur EU-Türkei-Kooperation.⁷⁴

Wichtiger als die formale Ratifikation ist die **Praxis der staatlichen Behörden**, die sicherstellen muss, dass das Refoulement-Verbot unter Einschluss von Kettenrückführungen tatsächlich beachtet wird – eine Prüfung, die besonders sorgsam ausfallen muss, wenn ein Land die GFK oder einschlägige Menschenrechtspakte nicht ratifiziert hat. Eine derartige Ausrichtung an der staatlichen Praxis gilt für die Genfer Flüchtlingskonvention⁷⁵ ebenso wie für die Europäische Menschenrechtskonvention.⁷⁶ Grundlage des Refoulement-Verbots bleibt die **Sicherheit im Einzelfall**. Insofern überzeugt es, dass der EU-Gesetzgeber vor der Anwendung von Klauseln über den anderweitigen Schutz immer eine Einzelfallbetrachtung einfordert.⁷⁷ Hieraus folgt zugleich, dass Regeln über sichere Drittstaaten nicht notwendig gesetzlich festgelegt, sondern einzelfallbasiert angewandt werden können⁷⁸ – gemäß der Einzelfallorientierung des Flüchtlingsrechts.

Nach der GFK muss ein anderweitiger Schutz nur eine Sicherheit vor Verfolgung im Sinn der Flüchtlingskonvention bieten, deren Reichweite umstritten ist.⁷⁹ Allerdings ist dies für die EU-Gesetzgebung nicht entscheidend, weil die EU unstreitig an das großzügigere Refoulementverbot der EMRK gebunden ist, das allgemeine Gefährdungslagen umfasst. Insofern ist es richtig, dass der Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft sich nicht auf Verfol-

⁷² Soweit Marx (Fn. 67), S. 23 f. pauschal auf EuGH, *N.S. u.a.*, C-411/10 & C-493/10, EU:C:2011:865, Rn. 102 ff. verweist, übersieht er, dass das EuGH-Zitat auf das geltende Sekundärrecht verweist (und damit keine Aussage zum Primärrecht trifft); Andreas Zimmermann, *Das neue Grundrecht auf Asyl* (Springer, 1994), S. 170-175 änderte seine Meinung zwischenzeitlich; vgl. *ders.*, Anmerkungen zu Mindestnormen für Verfahren zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2003, 354 (357 f.).

⁷³ Siehe den australischen High Court, Urt. v. 28.1.2015, *CPCF v Minister for Immigration and Border Protection* [2015] HCA 1, Rn. 469; UNHCR, Summary Conclusions on the Concept of “Effective Protection”, Lisbon Expert Roundtable, [February 2003](#), Rn. 15 Buchst. e; James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (CUP, 2005), S. 328 f.; und Hathaway/Foster (Fn. 66), S. 35 in Fn. 102.

⁷⁴ Vgl. mit Blick auf den türkischen territorialen Vorbehalt, der die Anwendung der GFK etwa aus Syrer oder Afghanen ausschließt, Rainer Hofmann/Adela Schmidt, *Ist die Türkei für Asylantragsteller ein sicherer Drittstaat?*, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2018, 1 (3-6).

⁷⁵ So etwa UNHCR, *Legal Considerations Regarding Access to Protection and a Connection between the Refugee and the Third Country in the Context of Return or Transfer to Safe Third Countries*, [April 2018](#), Rn. 7, 10: „crucial indicator“, aber keine strenge Pflicht; und Legomsky (Fn. 62), S. 658-661.

⁷⁶ Vgl. die Große Kammer in EGMR, Urteil vom 21.1.2011, [Nr. 30696/09](#), *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Rn. 353; und EGMR, Urteil vom 28.2.2008, [Nr. 37201/06](#), *Saadi gegen Italien*, Rn. 147.

⁷⁷ Hierzu Art. 44 Abs. 2a für erste Asylstaaten, Art. 45 Abs. 2a Buchst. a für sichere Drittstaaten und Art. 47 Abs. 4 Buchst. b für sichere Herkunftsstaaten gemäß dem Verhandlungsstand im Rat (Fn. 60).

⁷⁸ Art. 45 Abs. 2 gemäß dem Verhandlungsstand im Rat (Fn. 60).

⁷⁹ Dies gilt etwa für die Frage, ob nichtstaatliche Verfolgung der GFK unterfällt; der EU-Gesetzgeber nimmt dies seit 2005 an, aber andere Länder könnten dies unter Umständen anders sehen; hierzu Michelle Foster, *Protection Elsewhere. The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, *Michigan Journal of International Law* 28 (2007), 223 (245-249).

gung im Sinn der GFK beschränkt, sondern eine weitergehende **Sicherheit vor den Voraussetzungen eines subsidiären Schutzes** verlangt.⁸⁰ Beim Refoulement-Verbot sind keine Kompromisse zulässig und werden auch nicht vorgeschlagen, wobei es nicht auf die formale Ratifikation ankommt, sondern auf die staatliche Praxis.

3. Grundsatz des wirksamen Schutzes

In der Diskussion um sichere Drittstaaten wird zumeist nicht klar zwischen dem Refoulement-Verbot und sonstigen Garantien unterschieden, die nach der GFK nicht automatisch greifen. International wird dieses **Mindestschutzniveau jenseits des Refoulements als wirksamer Schutz (effective protection)** bezeichnet,⁸¹ auch wenn die Konturen des Begriffs bis heute unscharf bleiben.⁸² Daher darf man aus der Position eines einzelnen Akteurs nicht vorschnell auf eindeutige Rechtslagen schließen, die völkerrechtlich nicht bestehen, weil das Völkerrecht bisweilen keine abschließende Klarheit bietet.⁸³ Es ist legitim, wenn die EU-Organe sich eine eigene Meinung bilden, über die höchstgerichtlich am Ende der EuGH und der EGMR zu befinden haben werden.

Für das Verständnis der Anforderungen an sichere Drittstaaten ist besonders wichtig, dass ein **wirksamer Schutz nach der Flüchtlingskonvention keinen Zugang zu allen GFK-Statusrechten beinhaltet**. Grundlage hierfür ist der Umstand, dass die Statusrechte abgestuft gewährleistet sind, was bereits dem Wortlaut nach mit der Formulierung „present“, „lawfully present“ sowie „lawfully staying“ im personalen Anwendungsbereich der Normen angelegt ist. Es besteht eine Kaskade abgestufter Gewährleistungen; deklaratorisch ist nur die Flüchtlingsanerkennung als solche, nicht die aufenthaltsrechtliche Stellung.⁸⁴ Das klingt abstrakt und ist kompliziert, hat jedoch greifbare Auswirkungen auf das Mindestschutzniveau bei einem anderweitigen Schutz, weil die aufgezeigten **Statusrechte speziell der dritten Stufe (lawfully staying)** nur für diejenigen Flüchtlinge gelten, die einen förmlichen Asylstatus im Aufnahmeland erhielten, der – anders als das Refoulementverbot als Herzstück der GFK – völkerrechtlich nicht zwingend vorgegeben ist. Es gibt zahlreiche Belege, dass ein effektiver Schutz andernorts nicht alle Statusrechte umfassen muss, darunter nationale

⁸⁰ Hierzu Art. 44 Abs. 1 Buchst. b, ba für erste Asylstaaten, Art. 45 Abs. 1 Buchst. b, c für sichere Drittstaaten und Art. 47 Abs. 3 für sichere Herkunftsstaaten gemäß dem Verhandlungsstand im Rat (Fn. 60).

⁸¹ Früh die London Resolution of (EEC) Ministers on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries, [30.11.1992](#), Rn. 2(d); sinngemäß UNHCR, Position on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries, [December 1992](#), Rn. 3.

⁸² Anlässlich der sog. „Convention plus“-Initiative in den frühen 2000er Jahren wurden Meinungsverschiedenheiten offenbar, weil die Vertragsstaaten sich damals trotz UNHCR-Plädoyers nicht über einen Rahmen für die Sekundärmigration einigten; vgl. High Commissioner's Forum, Progress Report: Convention Plus, [FO-RUM/2005/6](#) vom 8.11.2005, Nr. 11 i.V.m. den divergierenden Standpunkten, die in High Commissioner's Forum, Core Group on Addressing Irregular Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers, Joint Statement of the Co-chairs, [FORUM/2005/7](#) vom 8.11.2005 niedergelegt sind.

⁸³ Speziell UNHCR legt die GFK nicht autoritativ aus; vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.12.2014, [2 BvR 450/11](#), Rn. 45 f.

⁸⁴ Grundlegend *Hathaway* (Fn. 64), Kap. 3; und für den anderweitigen Schutz *Legomsky* (Fn. 62), S. 639-645.

Gerichtsurteile⁸⁵ sowie eine Studie von *Legomsky*, die in Abstimmung mit UNHCR angefertigt wurde.⁸⁶ Aus dem Vorstehenden folgt ganz konkret, dass die GFK wohl nicht verlangt, dass ein sicherer Drittstaat vollen **Arbeitsmarktzugang** oder **Inländergleichbehandlung bei Sozialleistungen** gewährt, während die **Freizügigkeit** schon in der zweiten Stufe greift, hierbei aber „nur“ vergleichbaren Ausländern entsprechen muss. **Bildung** nach Artikel 22 GFK muss von Anfang an gewährleistet sein.

Hinzu kommt aufgrund des Zusammenspiels von GFK und internationalen Menschenrechten, dass ein Mindestniveau an Unterbringung und Lebensunterhalt gesichert sein muss, das vom Exekutivausschuss in Anlehnung an Art. 11 IPwskR im Jahr 2003 als „**access to means of subsistence sufficient to maintain an adequate standard of living**“⁸⁷ definiert wurde, der ggfls. mit Unterstützung der internationalen Gemeinschaft bereitgestellt wird. An vergleichbar offenen Formulierungen hält UNHCR bis heute fest, wenn es um den effektiven Schutz außerhalb des Hoheitsgebiets geht.⁸⁸

Für die EU-Gesetzgebung folgt hieraus, dass die bisherige Asyl-Verfahrens-Richtlinie über das Flüchtlingsvölkerrecht und die internationalen Menschenrechte hinausgeht, soweit für sichere Drittstaaten verlangt wird, einen Asylantrag stellen zu können und Schutz im Einklang mit der GFK zu erhalten,⁸⁹ was gemeinhin so interpretiert wird, dass alle Statusrechte auch der dritten Stufe zu gewähren sind.⁹⁰ Insofern befolgt der Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft die Vorgaben des Europäischen Rats weitgehend, wenn **Art. 44 Abs. 1a Buchst. b für erste Asylstaaten** zusätzlich zu den zuvor normierten Refoulement-Verboten teils die Begrifflichkeit des UNHCR-Exekutivausschusses aufgreift, zugleich aber über die Mindestanforderungen hinauszugehen scheint, wenn ein Arbeitsmarktzugang nach den lokalen Regeln für Ausländer erwartet wird.⁹¹ Angepasst wurde nunmehr jedoch die

⁸⁵ So der kanadische Federal Court, Urt. v. 5.11.2008, *Wangden v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2009] 4 FCR 46, Rn. 72; das britische House of Lords, Urt. v. 17.12.2002, *ex parte Thangarasa & Yogathas* [2002] UKHL 36, per Bingham of Cornhill, Rn. 9; der australische High Court, Urt. v. 31.8.2011, *Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship* [2011] HCA 32, Rn. 117 f.; und mittelbar auch [BVerfGE 94, 49](#) (91-93), Rn. 176 ff., das sozioökonomische Statusrechte nicht behandelte.

⁸⁶ Ausführlich *Legomsky* (Fn. 62), insb. S. 639-645; vergleichbar UNHCR, Reception of Asylum-seekers, Global Consultations on International Protection (3rd Meeting), [EC/GC/01/17](#) vom 4.9.2001, Nr. 3; und ExCom [Conclusion No. 93 \(LIII\)](#), Nr. b(ii), (v); anders offenbar UNHCR, Legal Considerations (Fn. 75), Rn. 8 f.

⁸⁷ ExCom, Note on International Protection, 54th session, UN [doc A/AC.96/975](#) of 2.7.2003, Rn. 14 unter Verweis auf UNHCR, Summary Conclusions (Fn. 73), Rn. 15 Buchst. g.

⁸⁸ Etwa UNHCR, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements, Division of International Protection, [May 2013](#), Nr. 3(vi); UNHCR, Maritime Interception Operations, [November 2010](#), Rn. 23; und UNHCR, Legal Considerations on the Return of Asylum-Seekers and Refugees from Greece to Turkey, [23 March 2016](#), Abschn. 2 für das Völkerrecht allgemeiner als zum EU-Sekundärrecht (das geändert werden kann).

⁸⁹ Vgl. Art. 38 Abs. 1 Buchst. e RL 2013/32/EU und Art. 45 Abs. 1 Buchst. e des ursprl. Vorschlags (Fn. 45).

⁹⁰ Dies ergibt sich nicht eindeutig aus dem Wortlaut, allerdings spricht hierfür im Wege des systematischen Abgleichs mit Art. 35 Buchst. a, b die Terminologie „Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft“, die im Lichte der Begriffsdefinition in Art. 2 Buchst. g bzw. j wohl (aber nicht eindeutig) volle Statusrechte i.S.d. Konvention meint; siehe auch *Steve Peers/Violeta Moreno-Lax/Madeline Garlick/Elspeth Guild*, EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary), Vol. 3: EU Asylum Law, 2. Aufl. (Brill Nijhoff, 2015), S. 264 f.

⁹¹ Rats-Dok. 6238/18 v. 19.2.2018 nähert sich den Vorgaben des Europäischen Rats an, wenn der Arbeitsmarktzugang in einen Erwägungsgrund verschoben wird; anders noch der Vorschlag aus dem November 2017 (Fn. 60); im neuen Dokument wird auch die vage Formulierung in Art. 44 Abs. 2a, Art. 45 Abs. 2b Buchst. a zum Familienleben klargestellt, wonach diese nicht etwa im Drittstaat eine Zusammenführung mit Personen verlangt,

Vorgabe in **Art. 45 Abs. 1 Buchst. e für sichere Drittstaaten**, wonach im Ausland anstelle einer Statusanerkennung „als Flüchtlinge“ ein Zugang zu wirksamen Schutz beantragt und erhalten werden können muss.⁹² Hiernach nähern sich die Beratungsergebnisse im Rat an die Vorgaben des Europäischen Rats an.

4. Verbindungskriterium

Überobligatorisch bleibt die, wenn auch abgeschwächte, Vorgabe, wonach die sichere Drittstaatsklausel nur angewandt werden können soll, wenn jemand eine „Verbindung“ zum betreffenden Land besitzt, aufgrund derer man vernünftigerweise erwarten kann, dass er dort hin zurückkehrt, etwa wegen eines früheren Transits.⁹³ Zwar waren solche Vorgaben in der Anfangszeit des Konzepts eines anderweitigen Schutzes verbreitet, die immer auch Teil von – gescheiterten – Versuchen waren, eine zwischenstaatliche Verantwortungsteilung zu erreichen, damit die Staaten sich nicht wechselseitig die Verantwortung zuwiesen, ohne dass sich jemand für verantwortlich erklärt.⁹⁴ Demgemäß will das Verbindungskriterium „**Refugees in Orbit**“ vermeiden und ist **keine völkerrechtliche Notwendigkeit**, soweit die Aufnahme durch den Drittstaat gesichert ist.

Exemplarisch formulierte **UNHCR** in einer Replik auf einen Vorschlag der britischen Delegation, beim Konzept sicherer Drittstaaten auf das Verbindungskriterium zu verzichten, die schutzorientierte Zielrichtung⁹⁵ – und konkretisierte in einer **Stellungnahme vom April 2018**: „Requiring a connection between the refugee or asylum-seeker and the third state is not mandatory under international law“⁹⁶ Bekräftigt wird die fehlende völkerrechtliche Verbindlichkeit durch die **Staatenpraxis in Europa, Nordamerika und Australien**,⁹⁷ deren (Völker-)Rechtmäßigkeit gerichtlich bestätigt wurde.⁹⁸ Gleiches gilt für die Studie von *Legomsky*, die das Verbindungskriterium für wünschenswert erachtet, aber ausdrücklich nicht als

die dort noch leben, sondern eine Nichtwendung der Klausel wegen Familiengesichtspunkten betrifft, wenn etwa jemand wegen Verwandten in der EU nicht rücküberstellt wird.

⁹² In einem neueren Dokument wurde die unklare Formulierung aus dem November 2017 (Fn. 60) durch die überzeugendere Formulierung ersetzt, dass wirksamer Schutz i.S.d. Art. 44 Abs. 1a Buchst. b beantragt und erhalten werden können soll, vgl. Rats-Dok. 6238/18 v. 19.2.2018.

⁹³ Vgl. Art. 45 Abs. 2a Buchst. b nach dem Rat (Fn. 60); bei ersten Asylstaaten und sicheren Herkunftsstaaten begründet der frühere Schutz bzw. die Staatsangehörigkeit eine Verbindung; Art. 45 Abs. 3 Buchst. a des Kommissionsvorschlags (Fn. 45) hatte den Transit neu eingeführt und zugleich eine geographische Nähe zum Herkunftsstaat gefordert, wonach etwa Afghanen wohl nicht in die Türkei hätten zurückgeführt werden dürfen.

⁹⁴ Vgl. Vgl. UNHCR ExCom [Conclusion No. 15 \(XXX\)](#): Refugees without an Asylum Country (1979), Nr. h(i), (ii); und London Resolution of (EEC) Ministers (Fn. 81), Rn. 2(c); näher *Agnes Hurwitz*, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (OUP, 2009), S. 17-30.

⁹⁵ UNHCR, *The Concept of 'Protection Elsewhere'*, *International Journal of Refugee Law* 7 (1995), 123 (125) eigene Hervorhebung; in Reaktion auf UK Delegation, ebd., S. 119 (120); sinngemäß UNHCR, *Position* (Fn. 81), Rn. 5; und Ministerrat (des Europarats), [Recommendation No. R \(97\) 22](#) v. 22.11.1997, Nr. 1d.

⁹⁶ UNHCR, *Legal Considerations* (Fn. 75), Rn. 6 mit dem ergänzenden Hinweis, dass eine Verbindung im Interesse eines nachhaltigen Schutzes dennoch wünschenswert sei.

⁹⁷ Siehe die innereuropäische Dublin-Regelung, Art. 4 Abs. 2 Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America regarding Asylum Claims made at Land Borders vom [15.11.2002](#) und die australische Einstufung als „Regional Processing Country“.

⁹⁸ So der kanadische Federal Court of Appeal, Urt. v. 27.6.2008, *Canada v. Canadian Council for Refugees*, [2008 FCA 229](#), insb. Rn. 64 ff.; sowie der australische High Court (Fn. 85).

Rechtspflicht tituliert,⁹⁹ während *Lübbe* nicht begründet, warum ihr Meta-Prinzip der Verbindung völker- oder verfassungsrechtlich zwingend sein soll.¹⁰⁰ Ebenso kann (nicht: muss) man Interessen der Asylbewerber berücksichtigen.¹⁰¹

Hiernach **könnte der EU-Gesetzgeber auf das Verbindungskriterium verzichten**, soweit ein sicherer Drittstaat zur Aufnahme bereit ist. Letzteres wiederum ist nach der Konzeption des EU-Gesetzgebers immer gewährleistet, weil nach Art. 45 Abs. 7 die sichere Drittstaatsklausel im Einzelfall keine Anwendung finden darf, wenn ein sicherer Drittstaat nicht zur Aufnahme einer Person bereit ist. Eben dies ist keineswegs immer gewährleistet. Die Europäer sollten nicht in neo-kolonialer Manier unterstellen, dass Nachbarländer immer zur Aufnahme bereit wären; dies muss in komplexen Verhandlungen gesichert werden, die Interessen der Drittstaaten berücksichtigen. Wenn hiernach kein sicherer Drittstaat zur Übernahme bereit ist, läuft die Drittstaatsklausel ins Leere.

5. Sichere Regionen oder Personengruppen

Gemäß den Vorgaben des Europäischen Rats schlägt die Ratspräsidentschaft vor, das Konzept des anderweitigen Schutzes auch dann eingreifen zu lassen, wenn nur einige Regionen eines Drittlandes sicher sind oder dasselbe nur für bestimmte, klar abgrenzbare Personengruppen gilt.¹⁰² Es ist dies eine **Innovation im Einklang mit dem Konzept des anderweitigen Schutzes und den Strukturprinzipien des Flüchtlingsvölkerrechts**.¹⁰³ So ist allgemein anerkannt, dass der Flüchtlingsstatus verweigert werden kann, wenn eine inländische Fluchtalternative besteht, und dass vor einer Rückführung in einen sicheren Drittstaat eine Einzelfallbetrachtung notwendig ist – und auch der EGMR unternimmt bei Abschiebungen eine regionenspezifische Bewertung, wonach etwa eine Rückführung nach Kabul, ins irakische Kurdistan oder in somalische Provinzen möglich sein kann, nicht aber in andere Landesteile (wobei ggfls. gruppenspezifische bzw. individuelle Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind).¹⁰⁴ Gleiches gilt für deutsche Gerichte.¹⁰⁵

⁹⁹ Ausführlich *Legomsky* (Fn. 62), S. 664-669, 675 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; der Verweis von *Marx* (Fn. 67), S. 36-38 deckt insoweit die behauptete Aussage nicht; siehe auch *Zimmermann* (Fn. 72), S. 357, der seine frühere Auffassung nach *ders.* (Fn. 72), S. 199 f. offenbar aufgab.

¹⁰⁰ Missverständlich *Anna Lübbe*, Das Verbindungsprinzip im fragmentierten europäischen Asyllum, *Europarecht* 2015, 351-366, die unter Rückgriff vor allem auf das EU-Sekundärrecht ein im Untergang befindliches Verbindungsprinzip konstruiert, das als (rechtliches) Meta-Prinzip mit unklarer dogmatischer Grundlage und Prägekraft konzipiert ist, das sodann jedoch politische Reformüberlegungen anleiten soll.

¹⁰¹ In diesem Sinn ExCom [Conclusion No. 15 \(XXX\)](#): Refugees without an Asylum Country (1979), Nr. h(iii); und *Hathaway/Foster* (Fn. 66), S. 30-49.

¹⁰² Hierzu Art. 44 Abs. 1b für erste Asylstaaten (nur für Regionen, weil für Personen ohnehin eine einzelfallbezogene Analyse erfolgt), Art. 45 Abs. 1a für sichere Drittstaaten und Art. 47 Abs. 1a für sichere Herkunftsstaaten gemäß dem Verhandlungsstand im Rat (Fn. 60).

¹⁰³ Bei den sicheren Herkunftsstaaten praktizieren einige Mitgliedstaaten schon heute gruppenspezifische Ausnahmen für Personen mit besonderem Schutzbedarf.

¹⁰⁴ Vgl. zu Somalia EGMR, Urte. v. 28.6.2011, Nr. 8319/07 & 11449/07, *Sufi & Elmi gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 287-291; zum Irak EGMR, Urte. v. 27.6.2013, Nr. 50859/10, *M.Y.H. u.a. gegen Schweden*; eine individuelle Sicherheitsprognose jdfls. in (früheren) Zeiten erhöhten IS-Terrors verlangte EGMR, Urte. v. 23.8.2016, Nr. 59166/12, *J.K. gegen Schweden*, Rn. 108-111; zu Afghanistan zuletzt EGMR, Urte. v. 5.7.2016, Nr. 29094/09, *A.M. gegen die Niederlande*, Rn. 76.

¹⁰⁵ Anschaulich *Uwe Berlit*, Aktuelle Rechtsprechung zum Flüchtlingsrecht 2016/17, NVwZ-Extra 6/2018, 1 (14).

Wenn Marx behauptet, dass dies unzulässig sei, weil etwa Länder wie Syrien oder Irak mangels effektiver Kontrolle über das gesamte Hoheitsgebiet keine Staatsqualität besäßen, widerspricht dies der IGH-Rechtsprechung.¹⁰⁶ Damit ist freilich nicht gesagt, dass **zerfallende Staaten oder Bürgerkriegsländer** sicher wären, weil diese die **Anforderungen an sichere Drittstaaten regelmäßig klar verfehlen** dürften – in der Hauptstadt ebenso wie in der Provinz.¹⁰⁷ Vielmehr geht es darum, auch Länder als sicher betrachten zu können, wenn in einzelnen, geographisch häufig peripheren Regionen eine andere Situation besteht als in den städtischen Zentren. Hierbei gibt es keinerlei inhaltlichen Abstriche an das Konzept des wirksamen Schutzes, dieses wird nur regional realisiert. Hierdurch entwickelte der EU-Gesetzgeber die Einzelfallorientierung des Flüchtlingsrechts konsequent weiter – und nutzte dabei, dass die Menschenrechte und das Völkerrecht sich dynamisch fortentwickeln können. Auch der BVerfG-Rechtsprechung steht nicht entgegen, denn diese betrifft das Grundgesetz, nicht jedoch die völkerrechtlichen Vorgaben.¹⁰⁸

6. Rechtsschutz

Das Ziel beschleunigter Asylverfahren würde verfehlt, wenn lange Gerichtsverfahren die Durchsetzung des Europarechts verzögern. Aus diesem Grund schlägt die Kommission für diese Konstellation eine europaweit einheitliche **Klagefrist von zwei Wochen** vor,¹⁰⁹ will Asylbewerbern aus *sicheren Drittstaaten* aber weiterhin gestatten, bis zur gerichtlichen Entscheidung in den Mitgliedstaaten zu verbleiben,¹¹⁰ während die Gerichte bei Personen aus *ersten Asylstaaten* oder *sicheren Herkunftsstaaten* nur die Option besitzen sollen, im einstweiligen Rechtsschutz über einen Gebietsverbleib zu entscheiden, sodass ein Asylbewerber zurückgeführt werden kann, wenn der einstweilige Rechtsschutz keinen Erfolg hat.¹¹¹ Auch dies ist nicht zwingend. Es wäre **mit den Menschenrechten vereinbar, den Rechtsschutz auch bei sicheren Drittstaaten zu verkürzen.**

¹⁰⁶ Anders als von Marx (Fn. 67), S. 27 f. behauptet, akzeptiert das Völkerrecht bestehende Regierungen auch dann, wenn diese nicht das ganze Staatsgebiet kontrollieren, wie IGH-Urteile zu Nicaragua und Kongo während Bürgerkriegen belegen; vgl. IGH, Ur. v. 27.6.1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [ICJ Reports 1986, 14](#); und IGH, Ur. v. 19.12.2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, [ICJ Reports 2005, 168](#).

¹⁰⁷ An die Einstufung als sicherer Drittstaat sind insoweit höhere Anforderungen zu stellen, als an die einzelfallbezogene Beurteilung von Abschiebungshindernissen; gemeinsam ist beiden Ansätze nur, dass es letzten Endes immer auf den Umstand eines jeden Einzelfalls ankommt.

¹⁰⁸ Anders offenbar der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, [BT-Drs. 19/224](#) v. 12.12.2017, S. 4; ein Grundgesetzverstoß könnte nach den Darlegungen in Fn. 1 nur vorliegen, wenn der Schutz des gesamten Staatsgebietes von der Menschenwürde umfasst wäre, was fernliegt, weil Art. 1 GG nicht einmal das Asylgrundrecht umfasst (wohl aber das Refoulement-Verbot).

¹⁰⁹ Siehe Art. 53 Abs. 6 Buchst. b i.V.m. Art. 36 Abs. 1 des Kommissionsvorschlags (Fn. 45), während der Rat eine abgestufte Frist von 8 bis 20 Werktagen vorsieht; vgl. Rats-Dok. 6238/18 v. 19.2.2018.

¹¹⁰ Dies ergibt sich im Einklang mit Art. 46 Abs. 5 RL 2013/32/EU aus Art. 54 Abs. 1 des Vorschlags (Fn. 45), weil die Ausnahme für beschleunigte Prüfungs- und Grenzverfahren nach Art. 54 Abs. 2 Buchst. a sachlich keine Unzulässigkeitsentscheidungen umfasst.

¹¹¹ Vgl. Art. 54 Abs. 2 Buchst. b i.V.m. Art. 36 Abs. 1 des Vorschlags (Fn. 45) im Einklang mit Art. 46 Abs. 6 Buchst. b i.V.m. Art. 33 Abs. 2 Buchst. b RL 2013/32/EU; der Rat (Fn. 109) scheint dies nicht ändern zu wollen.

Dies folgt neben Art. 13 EMRK, der eine „wirksame Beschwerde“ zusichert, vor allem aus Art. 47 GRCh, dessen genauer Anwendungsbereich nicht feststeht, aber sachlich weiterreicht als die EMRK.¹¹² Hierbei gilt die häufig zitierte Forderung nach einem „**automatischen Suspensiv-effekt**“ (*automatic suspensive effect*) nur dann, wenn im Einzelfall ein Grundrechtsverstoß droht¹¹³ – ohne dass es hierbei um eine aufschiebende Wirkung nach deutschem Verwaltungsprozessrecht ginge, weil „nur“ ein nationales Gericht eine Aussetzung anordnen können muss¹¹⁴ (was in Deutschland einer einstweiligen Anordnung oder der wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung entspricht¹¹⁵).

Dem folgte der EuGH und stellte klar, dass Art. 47 GRCh keine automatische aufschiebende Wirkung vorschreibt, wenn der EGMR dies nicht verlangt: Es besteht **kein generelles Bleiberecht während des Gerichtsverfahrens**.¹¹⁶ Hiernach könnte der EU-Gesetzgeber problemlos das Modell für erste Asylstaaten auf sichere Drittstaaten übertragen. Wenn UNHCR oder NGOs weitergehende Forderungen erheben, sind diese von den Grundrechten nicht gedeckt.¹¹⁷ Unter Umständen könnte der EU-Gesetzgeber sogar erwägen, einen **Rechtsschutz vollumfänglich aus dem Ausland zu betreiben**. Möglich wäre dies freilich nur, wenn im Einzelfall feststünde, dass keine Verletzung von Art. 3 EMRK droht.¹¹⁸ Andernfalls muss ein Gericht jedenfalls intervenieren können. Es ist dies ein weiterer Beleg dafür, dass die EU-Gesetzgebung nicht nur mit den Grundrechten und dem Flüchtlingsvölkerrecht übereinstimmt, sondern teilweise über dieses hinausgeht.

VI. Ausblick

Ihre Überzeugungskraft erlangt die EU-Gesetzgebung nicht allein aus der formalen Vereinbarkeit mit den menschen- und flüchtlingsrechtlichen Mindeststandards. Gesetzgebung lebt auch davon, dass die zuständigen Organe eine eigenständige politische Positionierung vornehmen. Hierbei sollte ein **Politikansatz, der den Flüchtlingsschutz ernstnimmt und mit legitimen Steuerungsanliegen verbindet**, nicht allein auf eine externalisierende Auslagerung die Verantwortung auf dritte Länder setzen, sondern einen aktiven europäischen Beitrag vorsehen¹¹⁹ – ganz im Sinn der Präambel der GFK, wonach „sich aus der Gewährung des Asylrechts nicht zumutbare schwere Belastungen für einzelne Länder ergeben können

¹¹² Instruktiv die Schlussanträge von GA Bobek v. 7.9.2017, *El Hassani*, C-403/16, [EU:C:2017:659](#), Rn. 74 ff.; siehe auch Thym (Fn. 27), S. 284; sowie *Marcelle Reneman*, An EU Right to Interim Protection during Appeal Proceedings in Asylum Cases?, *European Journal of Migration and Law* 12 (2010), 407 (423 f.).

¹¹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 21.1.2011, [Nr. 30696/09](#), *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Rn. 289-293.

¹¹⁴ Etwa EGMR, Urteil vom 23.2.2012, [Nr. 27765/09](#), *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*, Rn. 198.

¹¹⁵ Ein Beispiel ist § 34a Abs. 1 AsylG; bekräftigend BVerwG, Urt. v. 26.5.2016, [1 C 15.15](#).

¹¹⁶ EuGH, *Abdida*, C-562/13, [EU:C:2014:2453](#), Rn. 44 ff.; und EuGH, *Tall*, C-239/14, [EU:C:2015:824](#), Rn. 56-58.

¹¹⁷ Vgl. die frühere Forderung hinsichtlich sicherer Drittstaaten von UNHCR, *Summary of Provisional Observations on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures*, [March 2005](#), S. 3; oder ECRE, *Comments on the Commission Proposal*, November 2016, Rn. 67-69.

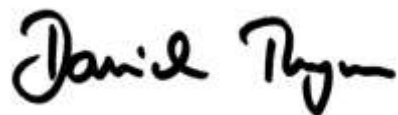
¹¹⁸ Diese Möglichkeit bekräftigte die Große Kammer im Dezember 2016; vgl. EGMR, *Khlaifia u.a.* (Fn. 50), Rn. 276 f. unter Klarstellung früherer Urteile.

¹¹⁹ Siehe auch Thym (Fn. 3), Abschn. 8.

und dass eine befriedigende Lösung des Problems ... ohne internationale Zusammenarbeit ... nicht erreicht werden kann.“¹²⁰

Ein europäischer Beitrag sollte die finanzielle und logistische Unterstützung von Drittstaaten umfassen, zugleich aber immer auch die Aufnahme von Flüchtlingen in allen EU-Mitgliedstaaten gewährleisten. Letzteres kann freilich nicht nur über spontane Asylanträge erfolgen. Ebenso möglich ist die geförderte **Einreise mittels legaler Zugangswege, insbesondere über das Resettlement**, das die Auswahl der Flüchtlinge nicht dem Zufall und dem Geldbeutel überlässt, sondern besonders schutzbedürftige Teilgruppen bevorzugen kann. Hier sollte die Bundesregierung gemeinsam mit anderen europäischen Ländern die Rhetorik mit großzügigen Kontingenten untermauern.

Konstanz, den 12. April 2018

The image shows a handwritten signature in black ink that reads "Daniel Thym". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

¹²⁰ Erwägungsgrund 4 der Präambel der GFK v. 19.11.1951 (BGBl. 1953 II 539).