

- Entwicklung der Beziehung zu den Eltern in der Zukunft: Besteht Aussicht auf eine nachvollziehbare Intensivierung der Eltern-Kind-Beziehung (die nicht nur »verfahrenstaktisch« motiviert ist)?
- Bei Straftätern: Umgang während der Haftzeit/kein Besuchsrecht für Kinder in der JVA, aber möglicherweise Urlaubstage oder Ausgang mit dem Kind.
- Spezifischer und tatsächlich wahrgenommener Erziehungsbeitrag des Vaters.<sup>31</sup>
- Kind in Pflegefamilie: Berücksichtigung und Würdigung nicht änderbarer rechtlicher Einschränkungen in der Elternfunktion durch familiengerichtliche Beschlüsse. Dabei ist entscheidend, ob es Umgangsbemühungen des (ausländischen) Elternteils gibt.

Eine gelebte familiäre Beziehung kann für die Dauer des Hauptsacheverfahrens Vorrang vor dem abstrakten Anliegen eines Sofortvollzugs der Ausreisepflicht haben. Entscheidend ist die jeweils besondere Situation im Einzelfall, die umfassend gewürdigt werden muss.<sup>32</sup>

### IV. Abschließende Anmerkung

Die oben dargestellte Auswertung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen und die »Leitlinien« hinsichtlich der Darlegungsobliegenheiten der Eltern und der Aufklärungspflichten von Behörden und Gerichten sollten deutlich gemacht haben: Es kommt entscheidend auf den konkreten Vortrag im Einzelfall an. Dabei ist die Rolle des ausländischen Elternteils im Hinblick auf mögliche rechtliche Einschränkungen bei der Wahrnehmung von Elternrechten zu beachten ebenso wie tatsächliche Bemühungen, Umgangs- und Sorgerechte wahrzunehmen. Zu beachten sind auch die jeweiligen hindernden Umstände, wie beispielsweise Ablehnungen von Umgang durch den anderen Elternteil, Säuglings- oder Kleinkindalter, regionale Entfernungen o. Ä. Jedenfalls verbietet sich die schematische Betrachtung, ob eine gelebte »Beistands«- oder »Begegnungsgemeinschaft« besteht. Die Rechtsprechung des BVerfG bietet zahlreiche Anhaltspunkte für konkrete einzelfallbezogene Abwägungen. Für Berater/innen, Anwälte/innen kommt es entscheidend darauf an, anstatt an juristischen oder pädagogischen abstrakten Begrifflichkeiten zu »kleben«, die konkreten Umstände der jeweiligen Gestaltung individueller Beziehungen anschaulich darzulegen.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.1.2006, a. a. O., S. 682 f.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.3.2007 - 2 BvR 1977/06 - NVwZ 2007, S. 949 f. (17 S., M10785).

## EuGH-Rechtsprechung zur Überstellungsfrist in Dublin-Verfahren

Dr. Constantin Hruschka, Nürnberg\*

Der Europäische Gerichtshof hat am 29. Januar 2009 erstmals in einem Vorlageverfahren zur sog. Dublin-II-Verordnung<sup>1</sup> eine Entscheidung getroffen.<sup>2</sup> Der Entscheidung lag ein Fall des schwedischen höchsten Migrationsgerichts zu Grunde, in der das Gericht dem EuGH die Frage vorlegte, auf welchen Zeitpunkt für den Beginn der Überstellungsfrist abzustellen ist, wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen eine Überstellung angeordnet wurde. Die Vorlagefrage bezog sich auf die Überstellungsfrist in einem Wiederaufnahmeverfahren (Art. 20 Abs. 1 Bst. e) Dublin-II-VO), die Ergebnisse sind aber auf Grund der Wortlautgleichheit der Normen auch auf Aufnahmeverfahren (hier Art. 19 Abs. 4 Dublin-II-VO) übertragbar.

In der Konstellation des schwedischen Rechts, in dem – anders als im deutschen Asylverfahrensgesetz<sup>3</sup> – in Dublin-Verfahren die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen eine Überstellung gem. § 28 förvaltningsprocesslag (schwedische Verwaltungsprozessordnung) angeordnet werden darf, hat der EuGH entschieden, dass es unbillig wäre, für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Anordnungsentscheidung abzustellen. Vielmehr sei auf den Entscheidungszeitpunkt im Hauptsacheverfahren (»decision on the merits«) abzustellen. Es soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Auswirkungen diese Entscheidung auf den Lauf der Überstellungsfrist für Dublin-Verfahren hat, in denen ein anderer Mitgliedstaat auf Ersuchen der Bundesrepublik Deutschland die Zuständigkeit übernommen hat.<sup>4</sup>

### 1. Die Entscheidung des Gerichts

Die Vorlagefrage lautete:

»Sind Art. 20 Abs. 1 Buchst. d und Art. 20 Abs. 2 der Verordnung Nr. 343/2003 dahin auszulegen, dass die Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags auf den Mitgliedstaat übergeht, in dem dieser Antrag eingereicht wurde, wenn die Über-

\* Dr. Constantin Hruschka ist Mitarbeiter (Beigeordneter Rechtsberater) in der UNHCR Zweigstelle in Nürnberg. Die hier geäußerten Ansichten sind die des Verfassers und werden nicht unbedingt von den Vereinten Nationen oder von UNHCR geteilt.

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 29. Januar 2009, Rs. C-19/08 (Petrosian), ASYLMAGAZIN 3/2009, S. 29 in diesem Heft.

<sup>3</sup> Für Dublin-Verfahren regelt § 34 a Abs. 2 AsylVfG: »Die Abschiebung nach Absatz 1 darf nicht nach § 80 oder § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung ausgesetzt werden.«

<sup>4</sup> Im Folgenden wird der Begriff »Zuständigkeitsübernahme« sowohl für die ausdrückliche als auch für die bei Fristablauf ohne Antwort (vgl. Art. 18 Abs. 7 und Art. 20 Abs. 1 Bst. c) Dublin-II-VO) fingierte Zustimmung zur Übernahme der Zuständigkeit verwendet.

**Art. 20 Abs. 1 Bst. d) und e), Abs. 2 Dublin-II-VO:** (1) [...] Gemäß Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben c), d) und e) wird ein Asylbewerber nach folgenden Modalitäten wieder aufgenommen: [...]

d) ein Mitgliedstaat, der die Wiederaufnahme akzeptiert, muss den Asylbewerber in seinem Hoheitsgebiet wieder aufnehmen. Die Überstellung erfolgt gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats nach Abstimmung zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten, sobald dies materiell möglich ist und spätestens innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Annahme des Antrags auf Wiederaufnahme durch einen anderen Mitgliedstaat oder der Entscheidung über den Rechtsbehelf, wenn dieser aufschiebende Wirkung hat;

e) der ersuchende Mitgliedstaat teilt dem Asylbewerber die Entscheidung des zuständigen Mitgliedstaats über seine Wiederaufnahme mit. Diese Entscheidung ist zu begründen. Die Frist für die Durchführung der Überstellung ist anzugeben und gegebenenfalls

der Ort und der Zeitpunkt zu nennen, an dem bzw. zu dem sich der Asylbewerber zu melden hat, wenn er sich auf eigene Initiative in den zuständigen Mitgliedstaat begibt. Gegen die Entscheidung kann ein Rechtsbehelf eingelegt werden. Ein gegen diese Entscheidung eingelegter Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen entscheiden im Einzelfall nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders, wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist. [...]

(2) Wird die Überstellung nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten durchgeführt, so geht die Zuständigkeit auf den Mitgliedstaat über, in dem der Asylantrag eingereicht wurde. Diese Frist kann höchstens auf ein Jahr verlängert werden, wenn die Überstellung oder die Prüfung des Antrags aufgrund der Inhaftierung des Asylbewerbers nicht erfolgen konnte, oder höchstens auf achtzehn Monate, wenn der Asylbewerber flüchtig ist.

stellung nicht innerhalb von sechs Monaten ab der vorläufigen Entscheidung über die Aussetzung der Durchführung der Überstellung erfolgt ist, unabhängig davon, wann die endgültige Entscheidung über die Überstellung ergeht?»

Die Entscheidung lautete:

»Art. 20 Abs. 1 Buchst. d und Art. 20 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, sind dahin auszulegen, dass die Frist für die Durchführung der Überstellung, wenn die Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats vorsehen, dass ein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat, nicht bereits ab der vorläufigen gerichtlichen Entscheidung läuft, mit der die Durchführung des Überstellungsverfahrens ausgesetzt wird, sondern erst ab der gerichtlichen Entscheidung, mit der über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens entschieden wird und die dieser Durchführung nicht mehr entgegenstehen kann.«

## 2. Auswirkung des Ausschlusses des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 34 a Abs. 2 AsylVfG

Für die Frage, welche Auswirkungen diese Entscheidung auf den Fristbeginn (und damit auch den potentiellen Rückübergang der Zuständigkeit nach Fristablauf<sup>5</sup>) in »deutschen Dublinverfahren« hat, ist die Passage »wenn die Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats vorsehen, dass ein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat« von besonderer Bedeutung. Anders als im schwedischen Recht ist die Anordnung der aufschiebenden Wirkung im deutschen Recht gem. § 34 a Abs. 2 AsylVfG ausgeschlossen.

Für die Frage, welche Auswirkung eine – gegen den Wortlaut des § 34 a Abs. 2 AsylVfG ergehende – gerichtliche Aussetzungsentscheidung auf die Überstellungsfrist in Dublin-Verfahren hat, müssen daher die tragenden Gründe des Gerichtshofs, für seine Entscheidung auf den Zeitpunkt »der gerichtlichen Entscheidung, mit der über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens entschieden wird und die dieser

Durchführung nicht mehr entgegenstehen kann«, abzustellen, analysiert werden.

Aus dem Zusammenspiel der Vorlagefrage und der Antwort des Gerichts ergibt sich, dass der EuGH explizit die Frage ansprechen wollte, welche Auswirkungen gerichtliche Entscheidungen in Ländern haben, die eine Möglichkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung in Dublin-Verfahren nicht vorsehen. In der Begründung stellt das Gericht in einem ersten Schritt fest, dass zwei Konstellationen zu unterscheiden sind, nämlich »ob es in den Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats einen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung gibt oder nicht«.<sup>6</sup> Für eine Antwort allein auf die Vorlagefrage wäre diese Differenzierung zwischen den Fallkonstellationen nicht erforderlich gewesen, wenn alle Rechtsbehelfe (oder alle Rechtsbehelfe mit aufschiebender Wirkung), unabhängig davon, ob sie »in den Rechtsvorschriften des ersuchenden Staates vorgesehen sind«, eine Fristverlängerung zur Folge hätten.

In diesem Kontext ist insbesondere Rdnr. 38 der Entscheidung von Bedeutung:

»Wie aus dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 343/2003 hervorgeht, läuft in der ersten Konstellation, wenn kein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung vorgesehen ist, die Frist zur Durchführung der Überstellung ab der ausdrücklichen oder vermuteten Entscheidung, durch die der ersuchte Mitgliedstaat die Wiederaufnahme des Betroffenen akzeptiert, unabhängig von den Unwägbarkeiten, denen der Rechtsbehelf unterliegt, den der Asylbewerber gegebenenfalls gegen die seine Überstellung anordnende Entscheidung vor den Gerichten des ersuchenden Mitgliedstaats erhoben hat.«

Der EuGH spricht eindeutig davon, dass der Rechtsbehelf »vorgesehen« sein muss und dass der Fristlauf »unabhängig von den Unwägbarkeiten« (also auch z. B. einer faktischen Aussetzungsmöglichkeit in »verfassungskonformer Auslegung«<sup>7</sup>) eines eingelegten Rechtsbehelfs ist. Der

<sup>5</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 4 und 20 Abs. 2 Dublin-II-VO.

<sup>6</sup> Rdnr. 36.

<sup>7</sup> Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die Rechtsprechung des BVerfG

Fristbeginn ändert sich folglich durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs, der nach den nationalen Rechtsvorschriften keine aufschiebende Wirkung hat, nicht. Da im deutschen Recht kein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung vorgesehen ist, beginnt die Überstellungsfrist in Dublin-Verfahren, in denen die Bundesrepublik Deutschland der ersuchende Staat ist, immer schon mit der Entscheidung des ersuchten Mitgliedstaates zur Zuständigkeitsübernahme zu laufen und läuft sechs Monate nach diesem Zeitpunkt ab.<sup>8</sup>

Fraglich könnte nunmehr sein, ob dieses – vom Wortlaut der Entscheidung her eindeutige – Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Staaten führt, die trotz Fehlens einer Aussetzungsmöglichkeit im nationalen Recht faktisch mit gerichtlichen Aussetzungsentscheidungen »konfrontiert« sind. Diese Konstellation lässt sich vor allem in Verfahren beobachten, in denen Gerichte Überstellungen beispielsweise nach Griechenland entgegen dem Wortlaut der Bestimmung in »verfassungskonformer Auslegung« des § 34 a Abs. 2 AsylVfG aussetzen.<sup>9</sup>

Hierbei sind in der Praxis zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: In den – in der Praxis häufigeren – Fällen, in denen der Bescheid noch nicht zugestellt wurde, wird die Überstellung in der Regel gem. § 123 VwGO ausgesetzt.<sup>10</sup> Ist der Bescheid, mit dem die Unzulässigkeit des Asylantrags gem. § 27 a AsylVfG festgestellt und die Abschiebung gem. § 34 a Abs. 1 AsylVfG angeordnet wird, bereits dem Antragsteller zugestellt worden, so kann von den Gerichten die aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO angeordnet werden.<sup>11</sup> Daher werden hier zunächst die Auswirkungen einer einstweiligen Anordnungen gem. § 123 VwGO und anschließend die Auswirkungen einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf die Überstellungsfrist analysiert.

### 3. Keine Veränderung des Fristbeginns durch Anordnungen gem. § 123 VwGO

Eine Verlagerung des Fristbeginns der in Art. 19 Abs. 4 bzw. 20 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung geregelten sechsmonatigen Überstellungsfrist auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Rechtsbehelf ist gem. Art. 19 Abs. 3 bzw. Art. 20 Abs. 1 Bst. d Dublin-II-Verordnung (nur) dann gegeben, wenn im nationalen Recht vorgesehen ist, dass der Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat oder diese Wirkung angeordnet werden kann.

#### a) Keine Zustellung der Entscheidung vor Ablauf der Überstellungsfrist

Unabhängig von der Frage der einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO erfordert ein solcher Rechtsbehelf schon dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e) Dublin-II-Verordnung eine »Entscheidung« im Sinne dieser Vorschriften. Grundlage für den Rechtsbehelf und damit für den geänderten Beginn der Überstellungsfrist ist also die der betroffenen Person »mitgeteilte« Entscheidung, »den Asyl-

antrag nicht zu prüfen« (Art. 19 Abs. 1 Dublin-II-VO) bzw. die »Entscheidung des zuständigen Mitgliedstaats über seine Wiederaufnahme« (Art. 20 Abs. 1 Bst. e) Dublin-II-VO). In den Fällen, in denen die Entscheidung noch nicht »mitgeteilt« ist, ist daher europarechtlich auch noch kein Rechtsbehelf möglich. Ein solcher Rechtsbehelf müsste, wenn er eine Auswirkung auf den Fristbeginn haben soll, als Rechtsbehelf »gegen die Entscheidung« gerichtet sein. In diesen Fällen hat daher eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO keine Auswirkung auf den Fristbeginn, so dass die Überstellungsfrist sechs Monate nach Zuständigkeitsübernahme durch den ersuchten Staat endet.

Dies wird auch noch durch zwei weitere Überlegungen gestützt. Zum einen sind die Entscheidungen nach § 123 VwGO lediglich ein Hilfsmittel, um präventiv die durch die Zustellungs- und Überstellungspraxis der beteiligten Behörden in Dublin-Verfahren hervorgerufene Gefährdung der Rechtsschutzmöglichkeiten<sup>12</sup> auszugleichen.<sup>13</sup> Die Ent-

(BVerfGE, 94, 49) zur Drittstaatenregelung des § 26 a AsylVfG ohne weiteres auf die rechtlich doch sehr unterschiedliche Situation des Dublin-Verfahrens (§ 27 a AsylVfG) übertragbar ist. Jedenfalls müssen aber die verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG als Mindeststandard auch in Dublin-Verfahren eingehalten werden (vgl. dazu Hruschka, Beilage zum ASYLMAGAZIN 1/2008, S. 13). Zusätzlich müssen jedenfalls auch die europarechtlichen Standards und Gewährleistungen im Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz und das gemeinsame Europäische Asylsystem in den Blick genommen werden.

<sup>8</sup> Dies gilt nur dann nicht, wenn ein Grund für eine Fristverlängerung auf zwölf Monate (Inhaftierung) oder 18 Monate (»wenn der Asylsuchende flüchtig ist«) gem. Art. 19 Abs. 4 S. 2 bzw. Art. 20 Abs. 2 S. 2 Dublin-II-VO vorliegt.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die zahlreichen Entscheidungen, die seit April 2008 im Anschluss an VG Gießen, Beschluss vom 25.4.2008 - 2 L 201/08.G.IA - ASYLMAGAZIN 5/2008, S. 11 ergangen sind.

<sup>10</sup> In der Regel setzen die Gerichte bislang entweder für sechs Monate oder bis zu einem datumsmäßig bestimmten Zeitpunkt aus, vgl. z. B. (sechs Monate) VG Gießen, a. a. O.; VG Sigmaringen, Beschluss vom 25.11.2008 - A 2 K 2032/08 - ASYLMAGAZIN 1-2/2009, S. 43; (Datum) VG Würzburg, Beschluss vom 7.11.2008 - W 4 E 08.30121 (9 S., M14693) (bis zum 30. April 2009). In einigen Entscheidungen wird auch bis zur Entscheidung über die Hauptsache ausgesetzt, vgl. VG Magdeburg, Beschlüsse vom 5.2.2009 - 5 B 23/09 MD (4 S., M14875) und 5 B 39/09 MD (4 S., M14953); VG Oldenburg, Beschluss vom 23.7.2009 - 7 B 2119/08 - ASYLMAGAZIN 9/2008, S. 17.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. VG Ansbach, Beschlüsse vom 22.7.2008 - AN 3 E 08.30292 ASYLMAGAZIN 9/2008, S. 18, und vom 15.1.2009 - AN 3 S 09.30011 (5 S., M14784); VG Neustadt a. d. W., Beschluss vom 24.11.2008 - 5 L 1167/08.NW. In der Praxis erlassen die Gerichte vereinzelt trotzdem einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO.

<sup>12</sup> Z. B. VG Schleswig, Beschluss vom 9.1.2009 - 6 B 1/09 -: »Diese Verwaltungspraxis hält die Kammer für unzulässig, sodass zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die betroffenen Ausländer jedenfalls ein Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO statthaft ist, wenn die Ausländer eine bevorstehende Abschiebung glaubhaft machen können.« Ähnlich z. B. VG Karlsruhe, Beschluss vom 9.12.2008 - A 4 K 3916/08 - ASYLMAGAZIN 1-2/2009, S. 42; VG Saarland, Beschluss vom 21.10.2008 - 2 L 1558/08 - ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 36.

<sup>13</sup> Zur Sicherung des Rechtsschutzes gegen Dublin-Entscheidungen erkennen verschiedene Gerichte sogar eine Klagemöglichkeit gegen den sich regelmäßig über einen längeren Zeitraum bereits in der Bundesamtsakte befindenden »Bescheid« (der vor Zustellung ein »Bescheidsentwurf« sein soll) an, auch wenn dieser noch nicht zugestellt ist; vgl. z. B. VG Wiesbaden, Beschluss vom 10.11.2004 - 5 G 2329/04.A -; VG Gießen, Beschluss vom 3.2.2006 - 4 G 227/06.A - ASYLMAGAZIN 5/2006, S. 23.

scheidung über die Zustellung oder Nichtzustellung des Bescheides liegt ausschließlich im Verantwortungsbereich der Behörden. Eine Nichtzustellung innerhalb der Sechsmonats-Frist führt daher unabhängig vom Vorliegen einer Anordnung nach § 123 VwGO zu dem gem. Art. 19 Abs. 4 bzw. Art. 20 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung vorgesehenen Zuständigkeitswechsel, da die Behörden es in der Hand gehabt hätten, die Entscheidung rechtzeitig zuzustellen und somit den Zugang zum Rechtsbehelf im Sinne der Verordnung – also im deutschen Recht zur Anfechtungsklage – zu ermöglichen. Zum anderen müssen die jeweiligen Antragsteller (unabhängig von der Kenntnis eines laufenden Dublin-Verfahrens) zumindest so gestellt werden, wie es die Verordnung vorsieht. Ist ihnen also bis zum Ablauf der Überstellungsfrist keine Entscheidung zugegangen, ist es den Antragstellern nicht zumutbar, dass auf Grund einer Entscheidung nach § 123 VwGO faktisch die Überstellungsfrist unkalkulierbar wird, da das Schicksal dieses außerordentlichen Rechtsbehelfs von vielen unterschiedlichen Faktoren wie der Zustellung der Entscheidung, dem Ablauf der Aussetzungsfrist, der möglichen Wiederanordnung einer weiteren Frist, der Änderung der Auskunftslage, der Entscheidung in der Hauptsache etc. abhängig ist, die nicht im Einflussbereich des Antragstellers liegen.

#### **b) Zustellung des Bescheides innerhalb der Überstellungsfrist**

Dieser Befund ändert sich auch nicht, wenn die Überstellung auf Grund einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ausgesetzt und eine Bescheidszustellung erfolgt ist. Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ersetzt nicht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des »Rechtsbehelfes gegen die Entscheidung«, die aber europarechtlich Voraussetzung für eine eventuelle Fristverlängerung ist. Der Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen ist hierbei eindeutig (Art. 20 Abs. 1 Bst. d) bzw. 19 Abs. 3 Dublin-II-VO): »Die Überstellung erfolgt [...] spätestens innerhalb von einer Frist von sechs Monaten nach [...] der Entscheidung über den Rechtsbehelf, wenn dieser aufschiebende Wirkung hat.« Mit einer Anordnung nach § 123 VwGO wird gerade keine aufschiebende Wirkung angeordnet und die Maßnahme gilt auch nicht bis zum Ende des Hauptsacheverfahrens, so dass eine Gleichsetzung mit einem Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung nicht in Frage kommt. Auch europarechtlich besteht ein Unterschied zwischen einstweiligen Anordnungen und Aussetzungen mit aufschiebender Wirkung (vgl. Art. 242 und 243 EG-Vertrag (EG)).

Unabhängig vom – möglicherweise darauf gerichteten – Willen der befassen Gerichte kann eine gerichtliche Aussetzung nach § 123 VwGO den Übergang der Zuständigkeit auf die Bundesrepublik Deutschland nach regulärem Fristablauf gem. Art. 19 Abs. 4 bzw. Art. 20 Abs. 2 Dublin-II-VO nicht verhindern. Eine Verlagerung des Zeitpunktes des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung kommt nicht in Betracht, da kein Rechtsbehelf mit

aufschiebender Wirkung vorliegt. Es läuft damit die Überstellungsfrist sechs Monate nach der Zuständigkeitsübernahme durch den ersuchten Mitgliedstaat ab. Jedes andere Ergebnis würde auch dem europarechtlichen Wirksamkeitsgebot (Art. 10 Abs. 2 EG) widersprechen, da nur auf diese Weise die Ziele der Dublin-II-Verordnung, eine rasche, durch klare Fristen begrenzte Zuständigkeitsbestimmung und eine zügige Bearbeitung der Asylanträge zu ermöglichen, sichergestellt ist.

#### **c) Ergebnis**

Die faktische Wirkung dieser rechtlich eindeutigen Konstellation ist, dass für die Asylverfahren, in denen die Überstellung nach § 123 VwGO ausgesetzt wurde und die Zuständigkeitsübernahme durch den ersuchten Staat mehr als sechs Monate zurückliegt, die Bundesrepublik Deutschland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. Es ist ein Asylverfahren nach den normalen nationalen Bestimmungen durchzuführen. In den Fällen, in denen ein Bescheid zugestellt wurde, ist dieser aufzuheben und das Asylverfahren in Deutschland fortzuführen.

#### **4. Hemmung der Frist durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung?**

Fraglich könnte sein, ob dasselbe auch für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gilt, wenn sie – wie im deutschen Recht – nicht in den Rechtsvorschriften vorgesehen ist. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO (entgegen dem Wortlaut des § 34 a Abs. 2 AsylVfG) erfüllt jedenfalls einen Teil der Voraussetzungen des Wortlauts, da es sich um einen Rechtsbehelf handelt, mit dem ein Gericht eines Mitgliedstaates »im Einzelfall nach Maßgabe [seines] innerstaatlichen Rechts« die aufschiebende Wirkung angeordnet hat. Allerdings ist dieser Rechtsbehelf nicht »nach dem innerstaatlichen Recht zulässig«, da nach der Auslegung des EuGH ein solcher Rechtsbehelf »in den Rechtsvorschriften vorgesehen« sein muss. Somit liegt eine mit der Konstellation der Entscheidung identische Situation gerade nicht vor. Wenn also entgegen dem Wortlaut der nationalen Bestimmung die aufschiebende Wirkung angeordnet wird, führt dies die für die Vollziehung der Verordnung zuständige Exekutive (hier: BAMF und Ausländerbehörden) in eine in Rdnr. 50 der Entscheidung als »misslich« bezeichnete Lage: Es steht ein Zuständigkeitsübergang nach Art. 20 Abs. 2 (oder 19 Abs. 4) Dublin-II-Verordnung im Raum, eine Überstellung ist aber auf Grund der angeordneten aufschiebenden Wirkung nicht möglich. Dies könnte den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, der vom EuGH ebenfalls als tragende Erwägung für seine Entscheidung angeführt wird, unterlaufen, da eine Überstellung möglicherweise nicht mehr schnell genug oder nur erfolgen könnte, wenn sich der Mitgliedstaat »über die aufschiebende Wirkung der vorläufigen gerichtlichen Entschei-

dung hinwegsetzen« würde.<sup>14</sup> Bei dieser Konstellation betont der EuGH aber ausdrücklich, dass die »missliche Lage« durch den Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung eintritt, den »dieser Staat in seinem innerstaatlichen Recht doch vorsehen wollte«.<sup>15</sup> Dies gilt aber gerade für die Bundesrepublik Deutschland ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>16</sup> und der Verwaltungspraxis<sup>17</sup> nicht.

Aus den oben unter 2 genannten Erwägungen heraus ist es auch konsequent, die Länder besser zu stellen, die die Vorgaben der Verordnung durch Einfügung einer Eilrechtsschutzmöglichkeit mit aufschiebender Wirkung umsetzen. Dies ist auch eine der tragenden Erwägungen des Gerichtshofs (Rdnr. 49): »Die Mitgliedstaaten, die Rechtsbehelfe schaffen wollten, die zu Entscheidungen mit aufschiebender Wirkung im Rahmen des Überstellungsverfahrens führen können, dürfen nämlich nicht im Namen der Einhaltung des Erfordernisses einer zügigen Sachbehandlung in eine weniger günstige Lage versetzt werden als diejenigen Mitgliedstaaten, die dies nicht für notwendig erachtet haben.« Es geht dem EuGH also gerade darum, die Mitgliedstaaten mit einer Fristverlängerung zu privilegieren, die »Rechtsbehelfe schaffen wollten«, und von den Mitgliedstaaten zu unterscheiden, »die dies nicht für notwendig erachten.«

Es spricht also nichts dafür, dass der EuGH den Staaten, die diese Wirkung ausdrücklich nicht vorsehen, ebenfalls die geschilderte »missliche Lage« ersparen wollte. Das legen auch zwei weitere Überlegungen nahe: Zum einen weist der EuGH darauf hin, dass die »Unwägbarkeiten, denen der Rechtsbehelf unterliegt«, zu Lasten des Staates gehen, der eine solche Bestimmung nicht vorsieht, »wenn kein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung vorgesehen ist«. Aus dem Gesamtkontext heraus ergibt sich, dass mit solchen »Unwägbarkeiten« gerade auch das rechtlich ungewisse Schicksal einer faktischen Aussetzung einer Überstellung »contra lege lata« gemeint ist, da ja gerade dieser Aspekt für die Differenzierung in der Beantwortung der Vorlagefrage von Bedeutung ist. Zum anderen würden Antragsteller in den Staaten, in denen einstweiliger Rechtsschutz nicht vorgesehen ist, schlechter gestellt als in den Staaten, in denen eine solche Möglichkeit per Gesetz vorgesehen ist. Damit würden sich diese Staaten quasi einen doppelten »Vorteil« sichern: Der Rechtsbehelf ist bereits per Gesetz ausgeschlossen (und der Rechtsschutz für den Einzelnen damit wesentlich schwerer zugänglich) und zugleich profitieren diese Staaten trotzdem für die Durchführung der Überstellung von der Fristhemmung, die es den Rechtsschutz gewährenden Staaten erleichtern soll, die Durchführung der Bestimmungen der Verordnung einerseits und die Ausschöpfung der nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten andererseits in Einklang zu bringen. Würde ohne Differenzierung nach der Rechtsschutzgewährung im nationalen Recht ausschließlich der vom EuGH formulierte Zweck der Überstellungsfrist, die tatsächlichen Schwierigkeiten der Überstellung auszuräumen, in den Mittelpunkt gestellt und argumentiert, dass den Mitgliedstaaten in jedem Fall eine Frist

von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Vollziehbarkeit der Überstellungsentscheidung zu deren Durchführung zur Verfügung stehen muss, wäre dies ein im Sinne des europarechtlich garantierten effektiven Rechtsschutzes für die Antragsteller unbilliges Ergebnis. Eine einseitige Belastung der Mitgliedstaaten ohne eine solche Rechtsschutzmöglichkeit ist nicht gegeben, da ja z. B. der deutsche Gesetzgeber keineswegs daran gehindert ist, die europarechtlich<sup>18</sup> und verfassungsrechtlich<sup>19</sup> ohnehin gebotene Änderung des § 34 a Abs. 2 AsylVfG vorzunehmen und einen entsprechenden Ausnahmefall zu regeln.

Im Ergebnis heißt das, dass der Fristbeginn durch Zuständigkeitsübernahme für die Überstellungsfrist auch dann bestehen bleibt, wenn die aufschiebende Wirkung gem § 80 Abs. 5 VwGO entgegen § 34 a Abs. 2 AsylVfG angeordnet wird. Eine Verlagerung des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der Vollziehbarkeit der Entscheidung ist mangels entsprechender Vorschrift für einen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung im deutschen Recht nicht gegeben. In diesen Fällen ist es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, unabhängig davon innerhalb der ursprünglichen Sechs-Monats-Frist die Überstellung zu bewerkstelligen. Dies gehört zu den »Unwägbarkeiten«, denen der Rechtsbehelf im Einzelfall unterliegt.

**Ergebnis:** Die nationalrechtlich nicht vorgesehene Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen eine Dublin-Entscheidung (inkl. der Abschiebungsanordnung) darf nicht zu Lasten des Interesses und Rechts des jeweiligen Antragstellers auf eine rasche Zuständigkeitsbestimmung und zügige Bearbeitung des Asylantrages gehen, wenn das jeweilige nationale Recht demgegenüber die Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Personen einschränkt. Daher wird der europarechtlich vorgesehene normale Fristbeginn der Überstellungsfrist in diesen Fällen durch die gerichtliche Entscheidung nicht verändert, so dass es bei einer Überstellungsfrist von sechs Monaten ab Zuständigkeitsübernahme bleibt, solange die Rechtsvorschrift (also § 34 a Abs. 2 AsylVfG) nicht geändert ist.

<sup>14</sup> Vgl. Rdnr. 51.

<sup>15</sup> Ebenda.

<sup>16</sup> BT-Drucksache 16/5065, S. 218.

<sup>17</sup> Das BAMF trägt regelmäßig in den anhängigen Gerichtsverfahren vor, eine Aussetzung sei »rechtswidrig« und hat in verschiedenen Fällen außerordentliche Beschwerden gegen die Aussetzungsentscheidungen wegen »greifbarer Gesetzeswidrigkeit« eingereicht (diese Beschwerden wurden bisher von den Oberverwaltungsgerichten zurückgewiesen, vgl. z. B. OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 27.8.2008 - 1 MB 19/08 (3 S., M14052); OVG Hamburg, Beschluss vom 2.10.2008 - 3 Bs 182/08 - ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 35 = NVwZ 2009, 62; BayVG, Beschluss vom 10.11.2008 - 13a CE 08.30301 - ASYLMAGAZIN 1-2/2009, S. 40; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 17.11.2008 - A 2 S 2867/08 - ASYLMAGAZIN 1-2/2009, S. 38; OVG NRW, Beschluss vom 2.12.2008 - 15 B 1730/08.A - ASYLMAGAZIN 1-2/2009, S. 41).

<sup>18</sup> Vgl. zur Gefährdung des in Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. c) Dublin-II-Verordnung vorgesehenen Zugang zu effektivem Rechtsschutz oben Fn. 15 und 16. Dazu auch Funke-Kaiser in: GK-AsylVfG, Oktober 2007, § 34 a, Rn. 90 ff.

<sup>19</sup> Vgl. dazu z. B. Funke-Kaiser in: GK-AsylVfG, Oktober 2007, § 34 a, Rn. 89.

## 5. Vorlagerecht und Vorlagepflicht beim EuGH

Gegen diesen Befund ließe sich anführen, dass im deutschen Recht vorläufiger Rechtsschutz nicht entgegen der Rechtsvorschrift des § 34 Abs. 2 AsylVfG, sondern in dessen verfassungsgemäßer Auslegung gewährt wird, so dass zumindest »von Verfassung wegen« ein »Rechtsbehelf« gegeben wäre. Der EuGH stellt in dem Urteil allerdings explizit darauf ab, dass die Entscheidung nur dann gilt, »wenn die Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats vorsehen, dass ein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat.« Damit präzisiert der EuGH, dass der letzte Halbsatz der jeweiligen Norm »wenn dies nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist«<sup>20</sup> zu lesen ist als »wenn dies in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen ist«. Damit setzt der EuGH die Vorgaben der Rechtsprechung des EGMR zum »effektiven gerichtlichen Rechtsschutz« i. S. d. Art. 13 EMRK konsequent um. Der EGMR fordert zur Sicherung des Grundrechtsschutzes im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes zusätzlich eine Norm, mit der – zumindest vorübergehend – eine Aussetzung ermöglicht wird und stellt klar, dass ein nicht in den Rechtsvorschriften vorgesehener – sondern aus allgemeinen Rechtsschutz- und Verfassungsprinzipien abgeleiteter – Rechtsbehelf nicht ausreichend ist, da ein solcher die Rechte der Betroffenen nicht ausreichend sichert.<sup>21</sup> Dies entspricht auch den Vorgaben früherer Entscheidungen des EuGH in anderen Rechtsgebieten, in denen das Gericht betont, dass »einstweilige Anordnungen« zur Sicherung der vollen Wirksamkeit der späteren gerichtlichen Entscheidung möglich sein müssen.<sup>22</sup> Dies würde auch bedeuten, dass die Mitgliedstaaten – anders als durch den Wortlaut des genannten letzten Halbsatzes suggeriert – den einstweiligen Rechtsschutz gegen Dublin-Bescheide nicht vollständig ausschließen dürfen.<sup>23</sup> In dieser Hinsicht ist es bedauerlich, dass der EuGH nicht dazu Stellung bezogen hat, ob ein solcher genereller Ausschluss des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Für den Dublin-Kontext müsste daher – durch eine Vorlage beim EuGH – geklärt werden, ob die europarechtliche Pflicht zur Gewährung »effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes« einer Norm entgegensteht, die einstweiligen Rechtsschutz in Dublin-Verfahren generell ausschließt.<sup>24</sup> Im Ergebnis dürfte ein solcher Ausschluss, wie ihn im deutschen Recht § 34 a Abs. 2 AsylVfG vorsieht – unabhängig davon, ob eine im Widerspruch zum Wortlaut der Norm stehende verfassungsgemäße Auslegung zur Zulässigkeit eines solchen Rechtsbehelfes führt oder nicht –, europarechtswidrig sein. Angesichts der klaren Ausführungen des EuGH zu der Unterscheidung zwischen Staaten, deren Rechtsvorschriften einen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung vorsehen, und solchen, deren Rechtsvorschriften eine solche Möglichkeit nicht vorsehen, wäre auch daran zu denken, dem EuGH zur Klärung die Frage vorzulegen, welche Wirkung ein faktischer, im Einzelfall gewährter, aber nicht in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehener Rechtsbehelf hat.

Das zwischen den verschiedenen europarechtlichen Vorschriften und Gewährleistungen bestehende Konfliktfeld zwischen dem Vollzug der Dublin-II-Verordnung, den Gewährleistungen des gemeinsamen Europäischen Asylsystems, dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und den Refoulementverboten v. a. der Art. 33 Abs. 1 GFK und Art. 3 EMRK müsste in einer möglichen Vorlagefrage deutlich zum Ausdruck kommen. Da dies schon bei der Frage, ob die aufschiebende Wirkung angeordnet werden kann, eine Rolle spielt, wäre das Verwaltungsgericht in diesem Verfahrensstadium letztinstanzliches Gericht und daher gem. Art. 68 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 234 EG zur Vorlage verpflichtet.<sup>25</sup>

## 6. Fazit

Als Konsequenz aus der Entscheidung des EuGH in der Sache Petrosian ergibt sich, dass in allen Fällen, in denen eine Überstellung nicht innerhalb der Überstellungsfrist von sechs Monaten ab Zuständigkeitsübernahme durch den jeweiligen ersuchten Mitgliedstaat erfolgt, die Zuständigkeit gem. Art. 19 Abs. 4 bzw. Art. 20 Abs. 2 Dublin-II-VO auf Deutschland übergeht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Rechtsbehelf eingelegt und für diesen eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO ergangen ist oder die aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO angeordnet wurde. Dieses Ergebnis ergibt sich aus der Tatsache, dass ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung in Dublin-Verfahren im deutschen Asylverfahrensrecht nicht vorgesehen ist und damit die europarechtlichen Voraussetzungen für eine Verlagerung des Fristbeginns nicht gegeben sind. Diese Verlagerung ist nur vorgesehen, wenn ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung in den jeweiligen Rechtsvorschriften vorgesehen ist. Die mit hohen »Unwägbarkeiten« belastete faktische Aussetzungsmöglichkeit in »verfassungskonformer Auslegung« des § 34 a Abs. 2 AsylVfG erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

<sup>20</sup> Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e) Dublin-II-VO.

<sup>21</sup> Die Gewährung in der Praxis reicht nach den Vorgaben des EGMR nicht aus, vgl. EGMR, Urteil vom 5.2.2002 (Conka) - 51564/99, §§ 75, 83, und Urteil vom 26.4.2007 (Gebremedhin) - 25389/05; erforderlich ist die Gewährleistung in Recht und Praxis, also auch eine entsprechende Norm, vgl. Gebremedhin, Ziffer 66.

<sup>22</sup> Vgl. z. B. EuGH, Urteile vom 13.3.2007 - C-32/05 (Unibet), Rn. 66 ff.; vom 11.1.2001 - C- 1/99 (Kofisa Italia), Rn. 46 ff. und vom 19.6.1990 - C-213/89 (Factortame u. a.), Rn. 19 ff.

<sup>23</sup> Insbesondere Deutschland hatte sich in den Verhandlungen für einen generellen Ausschluss der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach dem Vorbild des § 26 a AsylVfG stark gemacht. Die Frage wurde mangels Lösbarkeit in das nationale Recht verlagert. Dieser politische Kompromiss der Mitgliedstaaten bei der Verabschiedung der Dublin-II-Verordnung darf aber nicht dazu führen, dass die Staaten durch eine Staatenvereinbarung die europarechtliche Verpflichtung zur Gewährung »effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes« für den Einzelnen unterlaufen können.

<sup>24</sup> Faktisch wäre damit die (dem EuGH nicht vorlegbare) Frage nach der Europarechtskonformität von § 34 a Abs. 2 AsylVfG gestellt. Vgl. dazu VG Frankfurt, Beschluss vom 6.2.2009 - 7 L 4072/08.F.A.(V) - ASYL-MAGAZIN 3/2009, S. 34, das § 34 a Abs. 2 AsylVfG im Rahmen von Art. 19 Dublin-II-VO für nicht anwendbar hält.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Löhr, ASYLMAGAZIN 1-2/2007, S. 6.