

Themenschwerpunkt aus dem Asylmagazin 5/2019, S. 140–170

## EuGH-Rechtsprechung zur »Verteilung« von Asylsuchenden in Europa

Beiträge zu in anderen EU-Staaten drohenden Menschenrechtsverletzungen, zur Zuständigkeitsprüfung und zu Zurückweisungen an Binnengrenzen (EuGH-Urteile in den Rechtssachen »Jawo«, »Ibrahim u. a.«, »H und R« sowie »Arib«)

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., April 2019. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

### Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

[menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/](https://menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/)

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



Im Asylmagazin 5/2019 finden Sie:

Nachrichten . . . . .	137
Arbeitshilfen und Stellungnahmen . . . . .	139
<b>Themenschwerpunkt »EuGH-Rechtsprechung zur »Verteilung« von Asylsuchenden in Europa«.</b> . . . . .	<b>140</b>
Ralf M. Kanitz zu den EuGH-Urteilen »Jawo« sowie »Ibrahim u. a.« vom 19.3.2019. . . . .	140
Constantin Hruschka zum EuGH-Urteil »Arib« vom 19.3.2019 . . . . .	147
Bellinda Bartolucci: Zurückweisungen an der Grenze auf der Basis bilateraler Verwaltungsabkommen . . . . .	153
Robert Nestler und Vinzent Vogt zum EuGH-Urteil »H. und R.« vom 2.4.2019. . . . .	162
<b>Ländermaterialien.</b> . . . . .	<b>171</b>
Schweizerische Flüchtlingshilfe : Verschlechterung der Aufnahmebedingungen in Italien . . . . .	173
Rechtsprechungsübersicht von Lea Hupke zu Rückführungen nach Italien . . . . .	176
VGH Baden-Württemberg: Subsidiärer Schutz bei Wehrdienstentziehung in Syrien . . . . .	181
Rechtsprechungsübersicht von Johanna Mantel zum Thema Wehrdienstentziehung in Syrien . . . . .	184
<b>Asylverfahrens- und -prozessrecht</b> . . . . .	<b>190</b>
EuGH: Keine Dublin-Zuständigkeitsprüfung vor Wiederaufnahmeverfahren (»H. und R.«) . . . . .	190
VG Berlin: Selbsteintrittspflicht zur Dublin-Familienzusammenführung auch nach Fristablauf. . . . .	193
EuGH: Zur Ablehnung als »unzulässig« bei subsidiärem Schutz in anderem EU-Staat (»Ibrahim u. a.«) . . . . .	195
EuGH: Keine Überstellung bei nach Anerkennung drohender unmenschlicher Behandlung (»Jawo«) . . . . .	196
<b>Aufenthaltsrecht.</b> . . . . .	<b>198</b>
EuGH: Keine Zurückweisung ohne Verfahren bei Kontrollen an EU-Binnengrenzen (»Arib«) . . . . .	198

Redaktionsschluss: 17. Mai 2019

**Impressum:**

**Herausgeber:** Informationsverbund Asyl und Migration e. V.  
Greifswalder Straße 4, 10405 Berlin  
Fax: (0)30/467 93 329, E-Mail: redaktion@asyl.net  
Internet: www.asyl.net

**V. i. S. d. P. u. Redaktion:** Johanna Mantel, Michael Kalkmann  
c/o Informationsverbund Asyl und Migration

**Abonnementverwaltung, Vertrieb und Herstellung:**  
Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst,  
Daimlerstraße 23, 76185 Karlsruhe  
E-Mail: info@vonLoeper.de

Internet: www.vonLoeper.de/Asylmagazin  
Abonnement-Preis: 62,- € jährlich (Inland).

© Informationsverbund Asyl und Migration  
ISSN 1613-7450

**Zitervorschlag:** Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings-  
u. Migrationsrecht 5/2019

Der Abdruck von bis zu 10 Originalseiten pro Ausgabe ist unter Quellenangabe gegen Belegexemplar generell freigestellt, sofern es sich nicht um namentlich gekennzeichnete Beiträge oder Dokumente handelt. Wir stellen Ihnen gerne Dateien zur Verfügung. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Auffassung des Herausgebers wieder. Alle Dokumente, die mit einer Bestellnummer (z. B. M12143 oder ecoi.net 10543) versehen sind, können Sie bei IBIS e. V. bestellen (s. hintere Umschlagseite). Dokumente mit einer ecoi.net-ID-Nummer (z. B. ID 10543 oder ecoi.net 10543) finden Sie auch bei www.ecoi.net, Gerichtsentscheidungen in der Rechtsprechungsdatenbank auf www.asyl.net. Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im Asylmagazin eignen, senden Sie bitte an den: Informationsverbund Asyl und Migration, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin.

## Themenschwerpunkt: EuGH-Rechtsprechung zur »Verteilung« von Asylsuchenden in Europa

In den letzten Monaten hat sich der EuGH in verschiedenen Fällen damit beschäftigt, nach welchem Verfahren und durch welchen EU-Staat bei Vorliegen eines Schutzersuchens vorzugehen ist. Dabei ging es etwa darum, wie Asylanträge von Personen zu behandeln sind, die geltend machen, dass ihnen in einem anderen EU-Staat unmenschliche Lebensbedingungen drohen (Rechtssachen *Jawo*, *Ibrahim* u. a.). Daneben urteilte der EuGH zu der Praxis, Personen bei wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen zurückzuweisen (*Arib*). In diesem Kontext ist auch eine Entscheidung des VG München zu einer Rückführung nach Griechenland zu sehen. Schließlich befasste sich der EuGH mit der Frage, welcher EU-Staat die Zuständigkeitsprüfung durchzuführen hat, wenn eine schutzsuchende Person zu einem Familienmitglied in einen anderen Dublin-Staat weiterreist und dort einen zweiten Asylantrag stellt (*H. und R.*).

Die Entscheidungen des EuGH sind in dieser Ausgabe in Auszügen abgedruckt. Die folgenden Beiträge analysieren die Folgen insbesondere auch mit Blick auf die deutsche Entscheidungs- und Beratungspraxis.

Ralf M. Kanitz, Berlin\*

## Zur Erheblichkeit von in EU-Staaten drohenden Menschenrechtsverletzungen

### Anmerkung zu den EuGH-Urteilen »*Jawo*« und »*Ibrahim* u. a.« vom 19. März 2019

#### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Ausgangsverfahren
  - 1. Die Vorlagen des BVerwG in den verbundenen Rs. *Ibrahim* u. a.
  - 2. Die Vorlage des VGH Baden-Württemberg in der Rs. *Jawo*
- III. Das Urteil in der Rs. *Ibrahim* u. a.
- IV. Das Urteil in der Rs. *Jawo*
  - 1. Der Begriff »flüchtig«
  - 2. Voraussetzungen für die Verlängerung der Überstellungsfrist
  - 3. Überstellungsverbot gemäß Art. 4 GR-Charta
- V. Analyse und Bewertung
  - 1. Menschenrechtlich motiviertes Überstellungsverbot nach Anerkennung
  - 2. Wann ist eine antragsstellende Person flüchtig?
  - 3. Voraussetzung der Verlängerung der Überstellungsfrist
- VI. Folgen für Gerichtsverfahren und Hinweise für die Beratungspraxis

#### I. Einleitung

In seinen Urteilen in der Rechtssache (Rs.) *Jawo*<sup>1</sup> und den verbundenen Rs. *Ibrahim* u. a.<sup>2</sup> hat sich der EuGH erneut

mit der Frage befasst, welche Auswirkungen drohende Menschenrechtsverletzungen im Zielstaat einer innereuropäischen Abschiebung auf das Asylverfahren im Aufenthaltsstaat haben. Dabei ging es in der Rs. *Jawo* um die Frage, ob nach Schutzzuerkennung drohende unmenschliche Lebensbedingungen bereits der Überstellung im Dublin-Verfahren entgegenstehen. In den Rs. *Ibrahim* u. a. äußerte sich der Gerichtshof zu den Auswirkungen einer solchen drohenden Gefahr auf die Zulässigkeit so genannter Aufstockungsanträge im Aufenthaltsstaat. Dabei handelt es sich um Asylanträge, mit denen Personen, die in einem Staat bereits subsidiären Schutz erhalten haben, in einem anderen Staat die »Aufstockung« durch die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erreichen wollen.

Der EuGH hat in diesen Urteilen seine Rechtsprechung aus den verbundenen Rechtssachen *N. S. u. a.*<sup>3</sup> zu Fällen systemisch mangelhafter Aufnahmebedingungen und Asylverfahren auf Fälle menschenunwürdiger Lebensbedingungen anerkannt. Schutzberechtigter ausgedehnt.

\* Ralf M. Kanitz ist Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie sowie Prozessbevollmächtigter der Bundesregierung vor den europäischen Gerichten. Der Beitrag gibt seine persönliche Meinung wieder.

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 19.3.2019 – C-163/17 *Jawo* gg. Deutschland – asyl.net: M27096, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 196.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 19.3.2019 – C-297/17; C-318/17; C-319/17, C-438/17 – *Ibrahim* u. a., *Magamadov* gg. Deutschland – asyl.net: M27127, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 195.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10, *N. S. u. a.* gg. Großbritannien – asyl.net: M19284.

## II. Ausgangsverfahren

### 1. Die Vorlagen des BVerwG in den verbundenen Rs. *Ibrahim u. a.*

Die Betroffenen in den verbundenen Rs. *Ibrahim u. a.* sind zwei staatenlose Familien palästinensischer Volkszugehörigkeit aus Syrien.<sup>4</sup> Sie verließen Syrien im Jahr 2012 und reisten nach Bulgarien ein, wo ihnen subsidiärer Schutz gewährt wurde. Im November 2013 reisten sie über Rumänien, Ungarn und Österreich nach Deutschland weiter, wo sie erneut Asylanträge stellten. Daraufhin richtete das BAMF Wiederaufnahmegesuche an die bulgarischen Behörden, die diese ablehnten. Die bulgarischen Behörden waren der Auffassung, dass aufgrund des den Betroffenen in Bulgarien bereits gewährten subsidiären Schutzes die Wiederaufnahmeregelung der Dublin-III-Verordnung nicht anwendbar sei. Das BAMF lehnte 2014 die Asylanträge ohne inhaltliche Prüfung nach den damals geltenden deutschen Normen ab, da sie aus einem sicheren Drittstaat eingereist seien, und ordnete zudem die Abschiebung nach Bulgarien an. Das VG Trier wies die hiergegen erhobenen Klagen ab, das OVG Rheinland-Pfalz hob die Abschiebungsanordnungen nach Bulgarien auf, wies die Berufungen aber im Übrigen zurück. Die Betroffenen legten daraufhin beim BVerwG Revision gegen die teilweise Ablehnung ein.

In seinen drei Vorlagebeschlüssen vom 23. März 2017<sup>5</sup> stellt das BVerwG jeweils fest, dass das BAMF die Prüfung der bei ihm gestellten Asylanträge nicht mit der Begründung habe ablehnen dürfen, dass die Betroffenen aus einem sicheren Drittstaat eingereist seien. Da das nationale Recht unionsrechtskonform auszulegen sei, könne ein sicherer Drittstaat nämlich nur ein Staat sein, der nicht Mitgliedstaat der Union sei. Daher sei zu fragen, ob die streitigen Bescheide so umgedeutet werden können, dass in ihnen die Unzulässigkeit der Asylanträge nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG festgestellt werde. Diese Vorschrift, wonach Anträge auf internationalen Schutz auch dann unzulässig sind, wenn der antragstellenden Person in einem anderen Mitgliedstaat lediglich subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, ist nämlich erst eingeführt worden, nachdem die

BAMF-Entscheidungen in den vorliegenden Fällen getroffen wurden.<sup>6</sup>

Vor diesem Hintergrund möchte das BVerwG unter anderem<sup>7</sup> wissen, ob ein Antrag gemäß Art. 33 Abs. 2 Bst. a VfRL<sup>8</sup> als unzulässig abgelehnt werden kann, wenn die antragstellende Person eine Aufstockung des ihr in einem anderen Mitgliedstaat gewährten subsidiären Schutzes auf den Flüchtlingsschutz begehrt, das Asylverfahren dort aber mit systemischen Mängeln behaftet war und weiterhin ist. Darüber hinaus fragt das BVerwG, ob ein Antrag auch als unzulässig abgelehnt werden kann, wenn die Ausgestaltung des internationalen Schutzes, namentlich die Lebensbedingungen für subsidiär Schutzberechtigte, in dem anderen Mitgliedstaat gegen Art. 4 GR-Charta verstößt.

### 2. Die Vorlage des VGH Baden-Württemberg in der Rs. *Jawo*

Herr Jawo stammt aus Gambia. Im Dezember 2014 stellte er in Deutschland einen Asylantrag. Auf Grundlage eines Eurodac-Treffers, demzufolge er zuvor bereits in Italien einen Asylantrag gestellt hatte, ersuchte das BAMF Italien um seine Wiederaufnahme. Da eine Reaktion Italiens ausblieb, lehnte das BAMF den Asylantrag von Herrn Jawo als unzulässig ab und ordnete seine Abschiebung nach Italien an. Einen hiergegen erhobenen Eilrechtsschutzantrag lehnte das VG Karlsruhe zunächst als unzulässig ab.

Zur Entscheidung der gleichzeitig erhobenen Klage, die nach Ablehnung durch das VG im Berufungsverfahren vor dem VGH Baden-Württemberg anhängig war, kam es auch auf die Frage an, ob Herr Jawo flüchtig war. Seine Überstellung nach Italien misslang nämlich, da er in der ihm zugewiesenen Gemeinschaftsunterkunft nicht angetroffen wurde. Das BAMF unterrichtete das italienische Innenministerium darüber, dass eine Überstellung derzeit nicht möglich sei, weil der Kläger flüchtig sei. Im Berufungsverfahren vor dem VGH Baden-Württemberg vertrat Herr Jawo die Auffassung, er sei nicht flüchtig gewesen, da er nur einen Freund besucht habe. Er sei außerdem nicht darüber belehrt worden, dass er seine längere

<sup>4</sup> Die mit diesen Rs. verbundene Rs. C-432/17 *Magamadov* betrifft einen russischen Staatsangehörigen und seine Familie, die in Polen subsidiären Schutz erhalten hatten.

<sup>5</sup> Kurz darauf legte das BVerwG drei weitere Verfahren vor, in denen die Betroffenen Asylanträge in Deutschland gestellt hatten, nachdem sie jeweils bereits in einem anderen Mitgliedsstaat als *Flüchtlinge* anerkannt worden waren: Herr Addis in Italien (C-517/17), Herr Hamed (C-540/17) und Herr Omar (C-541/17) in Bulgarien. Diese Verfahren hat der EuGH mit Entscheidung vom 16.3.2018 bis zur Urteilsverkündung in den verbundenen Rechtssachen *Ibrahim u. a.* ausgesetzt. Zum Zeitpunkt der Schlussredaktion des vorliegenden Beitrags waren diese Verfahren noch nicht entschieden.

<sup>6</sup> Dabei setzt § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG in der Fassung des am 6.8.2016 in Kraft getretenen Integrationsgesetzes vom 31.7.2016 Art. 33 Abs. 2 Bst. a VfRL um.

<sup>7</sup> Zwei weitere Fragen betrafen die Auslegung der Übergangsbestimmung in Art. 52 Abs. 1 und den Anwendungsbereich der Asylverfahrensrichtlinie. Nur um die Auslegung dieser Übergangsbestimmung ging es auch in der verbundenen Rs. *Magamadov*. Der EuGH konnte die beide Fragen unter Verweis auf sein Urteil vom 25.7.2018 – C-585/16, *Alheto* – asyl.net: M26700, dort Rn. 72, und seinen Beschluss vom 5.4.2017 – C-36/17 – *Ahmed* gg. Deutschland (Asylmagazin 7–8/2017, S. 291 f.) – asyl.net: M25181, dort Rn. 39 und 4, beantworten, vgl. EuGH, *Ibrahim*-Urteil, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 64 und 79.

<sup>8</sup> EU-Asylverfahrensrichtlinie 2013/32/EU vom 26.6.2013, abrufbar auf asyl.net unter Gesetzestexte.

Abwesenheit hätte melden müssen. Seine Überstellung nach Italien sei auch deshalb unzulässig, weil das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen in Italien systemische Schwachstellen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung aufwiesen.

Der VGH legte dem EuGH daher die Frage vor, ob Herr Jawo zum Zeitpunkt der Meldung des BAMF an das italienische Innenministerium »flüchtig« im Sinne des Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO war und diese Meldung des BAMF die Überstellungsfrist gemäß Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO wirksam verlängert hatte.<sup>9</sup> Anderenfalls wäre Italien gemäß Art. 29 Abs. 2 S. 1 Dublin-III-VO nicht mehr zur Wiederaufnahme verpflichtet und die Zuständigkeit auf Deutschland übergegangen. In seiner Vorlage an den EuGH fragt der VGH Baden-Württemberg außerdem, ob er bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Überstellung die Lebensverhältnisse zu berücksichtigen habe, denen der Betroffene im ersuchten Mitgliedstaat ausgesetzt wäre, falls seinem Antrag auf internationalen Schutz dort stattgegeben würde, insbesondere das ernsthafte Risiko, dass er eine gegen Art. 4 der GR-Charta verstoßende Behandlung erfahren würde.

Aufgrund der ähnlich gelagerten Fragen verhandelte der EuGH die genannten Rechtssachen gemeinsam (die gemeinsame mündliche Verhandlung fand am 8. Mai 2018 vor der Großen Kammer statt). Generalanwalt Wathelet veröffentlichte seine Schlussanträge am 25. Juli 2018, der EuGH verkündete am 19. März 2019 seine beiden Urteile.

### III. Das Urteil in der Rs. *Ibrahim u. a.*

Die Frage des BVerwG nach der Zulässigkeit eines Aufstockungsantrags bei drohender Verletzung von Art. 4 GR-Charta in dem Mitgliedstaat, der bereits subsidiären Schutz zuerkannt hat, bejaht der EuGH. Zwar gelte innerhalb des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) die Vermutung, dass die Behandlung der Personen, die internationalen Schutz beantragen, in jedem einzelnen Mitgliedstaat in Einklang mit den Erfordernissen der GR-Charta, der Genfer Flüchtlingskonvention und der EMRK stehe (Rn. 85). Denn das Unionsrecht beruhe auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teile (Rn. 83). Diese Prämisse impliziere und rechtfertige die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten bei der Anerkennung dieser Werte. Dies beinhaltet nach dem EuGH auch das gegenseitige Vertrauen darauf, dass die nationalen Rechtsord-

nungen der Mitgliedstaaten in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der Grundrechte zu bieten (Rn. 83). In Art. 33 Abs. 2 Bst. a VfRL komme dieser Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zum Ausdruck.

Für den EuGH ist dies aber keine unwiderlegbare Vermutung. Er stellt vielmehr fest, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass das GEAS in der Praxis auf größere Funktionsstörungen stoße. Dann bestehe eine ernsthafte Gefahr, dass Personen, die internationalen Schutz beantragen, in diesem Mitgliedstaat in einer Weise behandelt würden, die mit ihren Grundrechten unvereinbar sei (Rn. 86).

Bis hierhin entspricht das Urteil im Wesentlichen der Argumentation des EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *N. S. u. a.*<sup>10</sup> Den entscheidenden Schritt weiter geht der EuGH, wenn er festhält, dass gleichgültig sei, zu welchem Zeitpunkt die betreffende Person einer ernsthaften Gefahr ausgesetzt wäre, eine Verletzung von Art. 4 GR-Charta zu erfahren (Rn. 87). Es komme nicht darauf an, ob diese Gefahr zum Zeitpunkt der Überstellung, während des Asylverfahrens oder nach dessen Abschluss bestehe. Für den EuGH folgt daraus, dass das nationale Gericht verpflichtet ist, »auf der Grundlage objektiver, zuverlässiger, genauer und gebührend aktualisierter Angaben und im Hinblick auf den durch das Unionsrecht gewährleisteten Schutzstandard der Grundrechte zu würdigen, ob entweder systemische oder allgemeine oder aber bestimmte Personengruppen betreffende Schwachstellen« in dem bereits subsidiären Schutz gewährenden Mitgliedstaat vorliegen (Rn. 88).

Er greift eine Formulierung aus seinem Urteil in der Rechtssache *Aranyosi und Căldăraru*<sup>11</sup> zum Europäischen Haftbefehl auf. Unter Verweis auf die EMRK verlangt der EuGH gleichwohl, dass die Schwachstellen eine besonders hohe Schwelle der Erheblichkeit erreichen (Rn. 89). Angelehnt an die Ausführungen des EGMR in *M. S. S.*<sup>12</sup> ist laut dem EuGH dies unter den folgenden Umständen der Fall:

#### Entscheidung *Ibrahim u. a.*, Rn. 90:

»Diese besonders hohe Schwelle der Erheblichkeit wäre erreicht, wenn die Gleichgültigkeit der Behörden eines Mitgliedstaats zur Folge hätte, dass eine vollständig von öffentlicher Unterstützung abhängige Person sich unabhängig von ihrem Willen und ihren persönlichen Entscheidungen

>>>

<sup>9</sup> Die in Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehene sechsmonatige Überstellungsfrist war zum Zeitpunkt des Erlasses eines zweiten Beschlusses des VG Karlsruhe, mit dem die aufschiebende Wirkung der Klage von Herrn Jawo dann doch angeordnet worden war, bereits abgelaufen, sodass der Beschluss diese Frist nicht mehr verlängern oder unterbrechen konnte.

<sup>10</sup> EuGH Urteil *N. S. u. a.*, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 5.4.2016 – C-404/15 und C-659/15, PPU *Aranyosi und Căldăraru* –, Rn. 89.

<sup>12</sup> EGMR, Urteil vom 21.1.2011 – Nr. 30696/09, *M. S. S./Belgien und Griechenland* – asyl.net: M18077, § 253. Zuvor ähnlich bereits EGMR, Urteil vom 18.6.2009 – Nr. 45603/05 *Budina/Russland*.

>>>

in einer Situation extremer materieller Not befände, die es ihr nicht erlaubte, ihre elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie insbesondere, sich zu ernähren, sich zu waschen und eine Unterkunft zu finden, und die ihre physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigte oder sie in einen Zustand der Verelendung versetzte, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre (Urteil vom heutigen Tag, *Jawo*, C-163/17, Rn. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).«

Diese Schwelle sei selbst in durch große Armut oder eine starke Verschlechterung der Lebensverhältnisse der betreffenden Person gekennzeichneten Situationen nicht erreicht, sofern sie nicht mit »extremer materieller Not« verbunden seien (Rn. 91). Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass allein der vom BVerwG genannte Umstand, dass subsidiär Schutzberechtigte in dem Mitgliedstaat, der ihnen diesen Schutz gewährt hat, keine oder im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten nur in deutlich eingeschränktem Umfang existenzsichernde Leistungen erhalten, ohne jedoch anders als die Angehörigen dieses Mitgliedstaats behandelt zu werden, dafür noch nicht ausreicht (Rn. 93).

Dass Personen in dem Mitgliedstaat, der ihnen bereits subsidiären Schutz zuerkannt hat, systematisch und ohne echte Prüfung die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft verweigert wird, stellt nach dem EuGH zwar einen Verstoß gegen Art. 18 GR-Charta dar (Rn. 99). Der EuGH betont an dieser Stelle jedoch den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und sieht in diesem Verstoß keinen Grund dafür, dass die übrigen Mitgliedstaaten neue Anträge, die Betroffene bei ihnen stellen, nach Art. 33 Abs. 2 Bst. a VfRL nicht als unzulässig ablehnen dürfen. Der EuGH verweist darauf, dass der subsidiären Schutz gewährende Mitgliedstaat das Verfahren zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft wieder aufzunehmen hat (Rn. 100).<sup>13</sup> Allerdings äußert sich der Gerichtshof nicht dazu, wie diese Wiederaufnahme des Verfahrens in der Praxis ablaufen soll.

<sup>13</sup> A. Lübke spricht insofern von einer verpassten Chance, vgl. Beitrag im Verfassungsblog vom 5.4.2019, Der EuGH eröffnet (unbeabsichtigt) neue Wege für »free choice« im Asylrecht.

## IV. Das Urteil in der Rs. *Jawo*

### 1. Der Begriff »flüchtig«

Zur Frage, wann eine antragsstellende Person im Sinne von Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO als flüchtig anzusehen ist, verweist der EuGH vor allem auf das »effektive Funktionieren des Dublin-Systems und die Verwirklichung seiner Ziele« (Rn. 62). Im Ergebnis stellt der EuGH fest, dass eine Person flüchtig i. S. d. Dublin-III-Verordnung sei, wenn sie sich den für die Durchführung ihrer Überstellung zuständigen nationalen Behörden gezielt entziehe, um die Überstellung zu vereiteln. Dies könne angenommen werden, wenn die Überstellung nicht durchgeführt werden könne, weil sie die ihr zugewiesene Wohnung verlassen habe, ohne die zuständigen nationalen Behörden über ihre Abwesenheit zu informieren (Rn. 61). Der Mitgliedstaat müsse die betroffene Person indessen über die ihr insoweit obliegenden Pflichten unterrichten (Rn. 64), und sie müsse die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass sie den Behörden ihre Abwesenheit aus stichhaltigen Gründen nicht mitgeteilt habe und dass dies nicht in der Absicht geschehen sei, sich den Behörden zu entziehen (Rn. 65).<sup>14</sup>

### 2. Voraussetzungen für die Verlängerung der Überstellungsfrist

Für die Verlängerung der Überstellungsfrist nach Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO genüge es, dass der ersuchende Mitgliedstaat vor Ablauf der sechsmonatigen Überstellungsfrist den zuständigen Mitgliedstaat darüber informiere, dass die betreffende Person flüchtig sei, und zugleich die neue Überstellungsfrist benenne (Rn. 75). Zentrales Argument für diese Auslegung sind für den EuGH Wortlaut und praktische Wirksamkeit der Vorschrift. Zum einen sei in Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO keine Abstimmung zwischen dem ersuchenden und dem zuständigen Mitgliedstaat vorgesehen. Die Bestimmung unterscheide sich dadurch von Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO (Rn. 72). Zum anderen wäre eine Fristverlängerung bereits ausgeschlossen, wenn der ersuchte Mitgliedstaat untätig bliebe (Rn. 73).

<sup>14</sup> Die Frage des VGH Baden-Württemberg, ob sich Einzelne auf Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO berufen und geltend machen können, dass die sechsmonatige Überstellungsfrist abgelaufen sei, weil sie nicht flüchtig gewesen seien, konnte der EuGH in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf sein zwischenzeitlich in der Rechtssache *Shiri* ergangenes Urteil knapp bejahen, vgl. EuGH, Urteil vom 25.10.2017 – C-201/16 *Shiri* gg. Österreich (Asylmagazin 1–2/2018, S. 44 ff.) – asyl.net: M25607.

### 3. Überstellungsverbot gemäß Art. 4 GR-Charta

Für die Beantwortung der Frage, ob bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Überstellung die Lebensverhältnisse zu berücksichtigen seien, denen die betroffene Person im ersuchten Mitgliedstaat ausgesetzt wäre, falls ihrem Antrag auf internationalen Schutz dort stattgegeben würde, verweist der EuGH zunächst auf Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin-III-VO. Dieser beziehe sich zwar nur auf die Situation, die dem Urteil in der Rechtssache *N. S. u. a.* zugrunde liege, d.h. auf systemische Schwachstellen des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen. Wie in *Ibrahim u. a.* betont der EuGH hier allerdings, dass das GEAS und der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens auf der Zusicherung beruhen, dass die Anwendung dieses Systems »in keinem Stadium und in keiner Weise« zu einem ernsthaften Risiko von Verstößen gegen Art. 4 GR-Charta führe. Es wäre widersprüchlich, wenn das Vorliegen eines solchen Risikos im Stadium des Asylverfahrens eine Überstellung verhindern würde, während dasselbe Risiko dann geduldet würde, wenn dieses Verfahren durch die Zuerkennung von internationalem Schutz zum Abschluss komme (Rn. 89). Die folgenden Ausführungen zur Prüfungspflicht des nationalen Gerichts und zum konkreten Prüfungsmaßstab (Rn. 90 ff.) decken sich mit denen in *Ibrahim u. a.*

## V. Analyse und Bewertung

### 1. Menschenrechtlich motiviertes Überstellungsverbot nach Anerkennung

Mit seinen Urteilen in der Rechtssache *Jawo* und den verbundenen Rechtssachen *Ibrahim u. a.* hat der EuGH seine Rechtsprechung aus der Rechtssache *N. S. u. a.* zu menschenrechtlich motivierten Überstellungsverboten von Fällen systemisch mangelhafter Aufnahmebedingungen und Asylverfahren auf Fälle menschenunwürdiger Lebensbedingungen nach Anerkennung ausgedehnt. Zur Erinnerung: In der Rechtssache *N. S. u. a.* hatte der EuGH entschieden, dass Schutzsuchende vor Anerkennung nicht in den nach der Dublin-II-Verordnung zuständigen Mitgliedstaat überstellt werden dürfen, wenn die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylsuchende im Aufenthaltsmitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass die Schutzsuchenden tatsächlich Gefahr laufen, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 GR-Charta ausgesetzt zu werden. Dies ist mittlerweile in Art. 3 Dublin-III-VO kodifiziert worden.

Dies verbessert die Stellung von Schutzsuchenden und Schutzberechtigten, die eine Aufstockung begehren: Nicht nur die Situation vor, sondern auch mögliche Verletzun-

gen von Art. 4 GR-Charta nach Anerkennung sind von den Behörden und Gerichten des Aufenthaltsmitgliedstaats zu berücksichtigen, wenn sie über die Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat entscheiden. Und bei Entscheidungen über die Zulässigkeit von Aufstockungsanträgen sind drohende Verletzungen von Art. 4 GR-Charta künftig ebenfalls zu berücksichtigen.

Bei der Prüfung, ob systemische, allgemeine oder bestimmte Personengruppen betreffende Schwachstellen bestehen, verlangt der EuGH in Anlehnung an die vom EGMR in *M. S. S.* formulierten Kriterien, dass für Betroffene eine Situation »extremer materieller Not« bestehen muss, die es ihnen nicht erlaubt, ihre elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, oder die sie in einen Zustand der Verelendung versetzen würde, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre. Dies ist keine Verschärfung der bisher geltenden Kriterien, sondern konkretisiert den Prüfungsmaßstab in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR.

Die Formulierungen des EuGH dürften den Behörden und Verwaltungsgerichten daher auch zukünftig ermöglichen, drohende Obdachlosigkeit und Verelendung anerkannt Schutzberechtigter zum Beispiel in Griechenland als Gefahr der Verletzung von Art. 4 GR-Charta einzuordnen.<sup>15</sup> Künftig ist in diesem Fall allerdings nicht nur von einer Abschiebung abzusehen, vielmehr darf schon der (Aufstockungs-)Antrag des Betroffenen nicht als unzulässig abgelehnt werden. Klar stellt der EuGH in diesem Zusammenhang, dass ungünstigere Sozialhilfeleistungen und/oder eine starke Verschlechterung der Lebensverhältnisse für sich genommen noch keine tatsächliche Gefahr begründen, eine gegen Art. 4 GR-Charta verstoßende Behandlung zu erfahren.

Auch wenn der EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV keine direkte Würdigung der den Ausgangsverfahren zugrunde liegenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände vornimmt, sondern allein Unionsrecht auslegt, hat er sich in seinen Urteilen *Ibrahim u. a.* und *Jawo* doch wesentlich konkreter zum Prüfungsmaßstab des Art. 4 GR-Charta geäußert als noch in seinem Urteil in der Rs. *N. S. u. a.*<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7.3.2019 – 23 L 57.19 A – asyl.net: M2714.

<sup>16</sup> M. Wendel schlägt in diesem Zusammenhang vor, dass der EuGH eine aktivere Rolle einnehmen und das Vorliegen systemischer Mängel in einem bestimmten Mitgliedstaat auch in einem Vorabentscheidungsersuchen feststellen sollte, vgl. Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM, *European Constitutional Law Review*, 15: 17–47, 2019. Dass der EuGH in vergleichbaren Fällen im Rahmen »sachdienlicher Hinweise« an das vorlegende Gericht durchaus die konkreten, dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände würdigt, konnte man jüngst in seinem Urteil vom 27.2.2018 in der Rechtssache C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP) sehen, wo der EuGH die Kürzung von Gehältern im öffentlichen Dienst am Maßstab von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zu prüfen hatte.

Weniger eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob der EuGH in *Jawo* und *Ibrahim u. a.* nach wie vor die Feststellung *systemischer* Mängel oder Schwachstellen als Voraussetzung für ein Überstellungsverbot ansieht, oder ob eine im Einzelfall drohende Verletzung von Art. 4 GR-Charta hierfür ausreicht. Zwar stellt der EuGH in beiden Urteilen fest, dass »aus dem allgemeinen und absoluten Charakter des Verbots in Art. 4 der Charta« hervorgehe, dass die Überstellung einer schutzsuchenden Person in diesen Mitgliedstaat in all jenen Situationen ausgeschlossen ist, in denen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie bei ihrer Überstellung oder infolge ihrer Überstellung eine solche Gefahr laufen würde (Rn. 87). Allerdings steht diese Aussage in direktem Zusammenhang mit der Frage, ob allein Mängel *bei den Aufnahmebedingungen oder im Asylverfahren* oder auch die Lebensbedingungen nach Anerkennung als Gefahr berücksichtigt werden müssen. Ob sich der EuGH hier tatsächlich von der Voraussetzung systemischer Mängel löst und der jüngeren einzelfallbezogenen Betrachtung des EGMR<sup>17</sup> annähert, bleibt abzuwarten.<sup>18</sup>

Nicht ganz auszuschließen ist, dass die Urteile die Situation für anerkannte Flüchtlinge insgesamt verschlechtern. Denn anders als bei Aufnahmebedingungen oder Asylverfahren gibt es bei den Lebensbedingungen anerkannter Schutzberechtigter bis auf den Grundsatz der Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen keine oder kaum unionsrechtliche Vorgaben, die die Europäische Kommission mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens gegenüber den Mitgliedstaaten durchsetzen könnte. Warum also sollten sich Mitgliedstaaten, deren Regierungen die Aufnahme von Flüchtlingen ablehnen, um bessere Lebensbedingungen bemühen, wenn sie keine Sanktionen zu befürchten haben? Hier setzen die Urteile des EuGH falsche Anreize.<sup>19</sup>

## 2. Wann ist eine antragstellende Person flüchtig?

Nach der Dublin-III-Verordnung muss eine asylsuchende Person innerhalb von sechs Monaten in den zuständigen Mitgliedstaat überstellt werden. Die Verordnung sieht

<sup>17</sup> EGMR, Urteil vom 4.11.2014 – 29217/12 Tarakhel gg. die Schweiz (Asylmagazin 12/2014, S. 424f.) – asyl.net: M22411, Rn. 104.

<sup>18</sup> Während der EuGH im Kontext des Europäischen Haftbefehls auch in jüngeren Urteilen offenbar davon ausgeht, dass systemische Mängel und das Risiko einer drohenden individuellen Rechtsverletzung *kumulativ* vorliegen müssen, vgl. EuGH, Urteil vom 25.7.2018 in der Rechtssache C-216/18 PPU *LM* –, Rn. 61 und 68, schien sich der EuGH im Bereich des GEAS von dieser Voraussetzung zu lösen, vgl. EuGH, Urteil vom 16.2.2017 in der Rechtssache C-578/16 PPU *C. K.* – asyl.net: M24742, Rn. 73. Allerdings bezog sich der EuGH in *C. K.* nicht auf zielstaatsbezogene Mängel, sondern auf die Überstellung »als solche«.

<sup>19</sup> Die Bundesregierung hatte auf diesen Zusammenhang noch in der mündlichen Verhandlung vom 8.5.2018 hingewiesen.

eine Verlängerung dieser Frist auf 18 Monate nur dann vor, wenn diese Person als »flüchtig« gilt.

Die Auslegung des Begriffs »flüchtig« durch den EuGH stellt einen Kompromiss dar. Einerseits verlangt der EuGH, dass sich die betroffene Person »gezielt« der Überstellung entzieht, und grundsätzlich trifft den Mitgliedstaat hier auch die Darlegungs- und Beweislast. Andererseits gilt eine – widerlegbare – Vermutung, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn die Person die ihr zugewiesene Wohnung verlassen hat, ohne die zuständigen Behörden zu informieren.

## 3. Voraussetzung der Verlängerung der Überstellungsfrist

Dass der EuGH bei Art. 29 Abs. 2 S. 2 Dublin-III-VO die Information durch den ersuchenden Mitgliedstaat genügen lässt und keine Zusammenarbeit oder gar Zustimmung des ersuchten Mitgliedstaates verlangt, war angesichts des durchaus klaren Wortlauts der Vorschrift zu erwarten.

## VI. Folgen für Gerichtsverfahren und Hinweise für die Beratungspraxis

Das BAMF wird bei Dublin-Fällen zukünftig nicht nur prüfen müssen, ob im zuständigen Mitgliedstaat die Aufnahmebedingungen oder das Asylverfahren systemische Mängel aufweisen, sondern wird auch die Situation anerkannter Schutzberechtigter im zuständigen Mitgliedstaat berücksichtigen müssen. Besteht die Gefahr einer Verletzung von Art. 4 GR-Charta, dürften die Rechtsfolgen von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO eintreten: Das BAMF müsste zunächst die Prüfung der in Kapitel III vorgesehenen Kriterien fortsetzen, um festzustellen, ob ein anderer Mitgliedstaat als zuständig bestimmt werden kann. Ist dies nicht möglich, würde Deutschland gemäß Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 Dublin-III-VO im Zweifel für das Asylverfahren zuständig, eine Überstellung wäre ausgeschlossen.

Das BAMF wird zudem zukünftig bei Aufstockungsanträgen und – da zu erwarten ist, dass der EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Addis u. a.*<sup>20</sup> entsprechend entscheiden wird – auch bei Anträgen von Personen, die bereits als Flüchtlinge anerkannt wurden, deren Situation in den betroffenen Mitgliedstaaten nach Schutzgewährung in den Blick nehmen müssen. Sollten die vom EuGH benannten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sein, dürften solche Anträge zukünftig nicht mehr als unzulässig abgelehnt werden.

Hier zeichnet sich möglicherweise eine Änderung in der deutschen Entscheidungspraxis ab. Das BAMF und

<sup>20</sup> S. oben Fn. 5.

zahlreiche Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte haben die Situation anerkannt Schutzberechtigter in den Mitgliedstaaten, die bereits Schutz gewährt haben, bislang bei der Feststellung zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote geprüft.<sup>21</sup> Diesem Ansatz liegt die Erwägung zugrunde, dass es sich bei der Unzulässigkeitsentscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG einerseits und der nach § 31 Abs. 3 S. 1 AsylG erforderlichen Feststellung zum Vorliegen von zielstaatsbezogenen Abschiebungsverböten nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG andererseits um »selbständige Prüfungsstufen eines mehrgliedrigen Verfahrens«<sup>22</sup> handelt.

Aus unionsrechtlicher Perspektive entspricht dies der Unterscheidung zwischen der Entscheidung über die Gewährung internationalen Schutzes und der Rückkehrentscheidung nach der Rückführungsrichtlinie.<sup>23</sup> Andere Oberverwaltungsgerichte haben die Situation anerkannt Schutzberechtigter in den Mitgliedstaaten, die bereits Schutz gewährt haben, bisher schon bei der Unzulässigkeitsentscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG berücksichtigen wollen.<sup>24</sup> Eben diese Uneinheitlichkeit der Verwaltungsgerichte war wohl der Hintergrund der Vorlagen des BVerwG in den verbundenen Rechtssachen *Ibrahim u. a.* Und auch in Bezug auf die tatsächliche Beurteilung der Lage anerkannt Schutzberechtigter in ein und demselben Mitgliedstaat war und ist die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte zum Teil sehr uneinheitlich.<sup>25</sup>

Während die tatsächliche Beurteilung der Lage anerkannt Schutzberechtigter in anderen Mitgliedstaaten durch die Urteile des EuGH unmittelbar nicht beeinflusst werden dürfte, müssen BAMF und Verwaltungsgerichte die Frage drohender Menschenrechtsverletzungen zukünftig in jedem Fall bereits bei der Unzulässigkeitsentscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG prüfen.

Abzuwarten bleibt, wie das BAMF und wie die Verwaltungsgerichte zukünftig die Lage anerkannt Schutzberechtigter im Rahmen der Prüfung von zielstaatsbezogenen Abschiebungsverböten noch zusätzlich prüfen – und vor allem, welchen Maßstab sie hier zugrunde legen. Strenggenommen trifft das Urteil des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Ibrahim u. a.* hierüber keine Aussage. Es steht den nationalen Behörden und Gerichten daher frei, bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverböten einen anderen Maßstab heranzuziehen. Andererseits dürfte die Auslegung von Art. 4 GR-Charta durch den EuGH hier möglicherweise auf die Praxis des BAMF und auch der Verwaltungsgerichte durchschlagen.

Die Auslegung des Begriffs »flüchtig« in Art. 29 Dublin-III-VO durch den EuGH könnte zukünftig verstärkt dazu führen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 bis 4 EU-Aufnahmerichtlinie<sup>26</sup> die Möglichkeit der Wahl des Aufenthaltsorts, die Asylsuchenden eröffnet ist, beschränken und von ihnen verlangen, dass sie zuvor eine behördliche Erlaubnis zum Verlassen dieses Ortes einholen müssen. Dies – und die Unterrichtung der Betroffenen – ist nach dem EuGH jedenfalls Voraussetzung dafür, dass die Vermutung einer »gezielten Entziehung« greift.

Im Streit um das »Kirchenasyl« dürfte das Urteil des EuGH im Übrigen nicht weiterhelfen.<sup>27</sup> Zwar ließe sich argumentieren, dass sich die Antragsstellenden hier gezielt der Überstellung entziehen, also das vom EuGH geforderte subjektive Element vorliegt. Der EuGH hat jedoch keine näheren Aussagen zum objektiven Element einer Flucht getroffen. Der von deutschen VG vertretenen Auffassung, wonach der Umstand, dass jedes Kirchenasyl dem BAMF und den Ausländerbehörden gemeldet wird und somit die betroffene Person nicht untergetaucht ist, eine »Flucht« im Sinne von Art. 29 Dublin-III-VO ausschließt, hat er damit jedenfalls nicht widersprochen.

<sup>21</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28.3.2017 – 3 L 178/15 – asyl.net: M25726; OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.1.2018 – 10 LB 83/17; OVG Saarland, Beschluss vom 12.3.2018 – 2 A 69/18; OVG Saarland, Urteil vom 10.1.2017 – 2A 330/16.

<sup>22</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28.3.2017 – Az. 3 L 178/15 – asyl.net: M25726

<sup>23</sup> Sowohl die Europäische Kommission als auch die Bundesrepublik Deutschland hatten in der gemeinsamen mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Gefahr einer Verletzung von Art. 4 GR-Charta im Rahmen der Rückkehrentscheidung – also in Deutschland bei der Frage, ob ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot oder -hindernis vorliegt – berücksichtigt werden kann und wird.

<sup>24</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.5.2016 – 13 A 1490/13.A (Asylmagazin 9/2016, S. 312 ff.) – asyl.net: M24057 (Ad-dis); VGH Hessen, Urteil vom 4.11.2016 – 3 A 1292/16.A (Hamed).

<sup>25</sup> Vgl. in Bezug auf Italien zum Beispiel Rechtsprechungsübersicht von Lea Hupke zu Dublin-Überstellungen von Asylsuchenden und Abschiebungen von »Anerkannten« nach Italien, in diesem Heft ab S. 176.

<sup>26</sup> EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU vom 26.6.2013, abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte«.

<sup>27</sup> Siehe Rechtsprechungsübersicht zum Kirchenasyl in Dublin-Fällen, asyl.net, Meldung vom 27.2.2019 und Asylmagazin 3/2019, S. 72 f.

## Keine Migrationssteuerung durch Binnengrenzkontrollen

Anmerkungen zur »Arib«-Entscheidung des EuGH vom 19. März 2019

### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
- III. Die Entscheidung
- IV. Rechtsnatur der Binnengrenzkontrollen
- V. Rückkehrverfahren
  1. Zuständigkeit
  2. Generelle Rechtswidrigkeit von Zurückweisungen und Zurückschiebungen
- VI. Anpassungsbedarf in der Praxis und im deutschen Recht
  1. Irregulärer Aufenthalt
  2. Asylsuchende
  3. Haftfragen
- VII. Zusammenfassung/Fazit

### I. Einleitung

Die Debatte um Binnengrenzkontrollen und Zurückweisungen an der Grenze hat im Sommer 2018 die Bundesregierung auf eine harte Probe gestellt. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit dieser Kontrollen spielte in dieser Debatte allerdings eine untergeordnete Rolle. Beide Seiten der koalitionsinternen Debatte gingen wie selbstverständlich davon aus, dass Binnengrenzkontrollen rechtlich so einzuordnen sind wie Kontrollen an der Außengrenze und dass folglich jedenfalls nach wiedereingeführten Kontrollen an der Binnengrenze Zurückschiebungen und Zurückweisungen nach dem AufenthG und dem AsylG möglich seien.<sup>1</sup> Dabei hatte der EuGH schon in seiner bisherigen Rechtsprechung deutlich gemacht, dass an der Binnengrenze kein Raum für eine Ausnahme von der Rückführungsrichtlinie besteht<sup>2</sup> und dass das Europarecht bei Kontrollen innerhalb des Schengen-Raumes immer (vorrangig) zu Anwendung kommt.<sup>3</sup> Genau diese Fragen

waren nunmehr Gegenstand des Urteils im Fall Arib.<sup>4</sup> Der Sachverhalt sowie die grundlegenden Erwägungen des EuGH und die Konsequenzen der Entscheidung werden im Folgenden dargestellt und analysiert.

### II. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall ging es um einen marokkanischen Staatsangehörigen namens Arib, der in einem Bus saß, welcher während des Ausnahmezustandes in Frankreich (und bestehender Binnengrenzkontrollen) im Juni 2016 im grenznahen Raum der spanisch-französischen Grenze kontrolliert wurde. Es stellte sich heraus, dass Herr Arib bereits 2013 eine Ausweisungsverfügung aus Frankreich erhalten hatte und keine Einreise- oder Aufenthaltsberechtigung besaß. Daraufhin wurde er in Polizeigewahrsam genommen, am folgenden Tag wurde er zur Ausreise aus Frankreich aufgefordert und es wurde Abschiebungshaft angeordnet. Der Tribunal de Grande Instance von Perpignan entließ ihn aber wieder aus der Haft, weil er zum Schluss kam, dass eine Inhaftierung in der Situation von Herrn Arib nach der Rückführungsrichtlinie nicht gerechtfertigt sei. Auch das Berufungsgericht in Montpellier schloss sich dieser Meinung an.

Der zuständige Präfekt legte bei der Cour de Cassation Revision ein. Diese höchste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Frankreich legte dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor, da sie wissen wollte, welche rechtlichen Grundlagen bei rechtmäßig wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen gelten. Konkret ging es vor allem um die Frage, ob an den Binnengrenzen »wie an den Außengrenzen« Ausnahmen von der vollumfänglichen Anwendung der Rückführungsrichtlinie<sup>5</sup> möglich sind. Nur dann wäre eine Einreiseverweigerung möglich und das Transportunternehmen wäre nach Art. 26 SDÜ,<sup>6</sup> der

\* Dr. Constantin Hruschka ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München sowie Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld.

<sup>1</sup> Vgl. statt aller den Aufsatz von Welte, Die Zurückweisung zur Verhinderung unerlaubter Einreisen im Asylbereich – Einreiseverweigerung, ZAR 2018, S. 431, der nicht einmal problematisiert, ob denn europarechtliche Normen vorrangig zur Anwendung kommen müssen.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 7.6.2016 – C-47/15, Affum – Asylmagazin 7/2016, S. 238 ff. – asyl.net: M23882.

<sup>3</sup> Vgl. dazu schon EuGH, Urteil vom 22.6.2010 – C-188/10, 189/10, Melki und Abdeli, Rn. 65; Urteil vom 13.12.2018 – C-412/17, C-474/17, Touring Tours und Travel GmbH und Sociedad de Transportes SA, Rn. 45 und Urteil, Affum, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 61 und 69; siehe dazu auch Lübke, Gutachten zur Vereinbarkeit der Zurückweisungspraxis

unter dem deutsch-griechischen »Seehofer-Abkommen« mit unionsrechtlichen Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz, Dezember 2018, abrufbar unter <https://is.gd/jgGjpl>.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 19.3.2019 – C-444/17, Arib gg. Frankreich – asyl.net: M27098, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 198.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2008/115/EG (im Folgenden RRL) vom 16.12.2008, abrufbar auf [asyl.net](http://asyl.net) unter »Gesetzestexte«.

<sup>6</sup> Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19.6.1990, abrufbar auf [asyl.net](http://asyl.net) unter »Gesetzestexte«.

die Möglichkeit der Verhängung von Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen (»carrier sanctions«) enthält, verpflichtet, die Person (nach Spanien) zurückzubringen.

### III. Die Entscheidung

Der EuGH hat die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar<sup>7</sup> zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht. Bereits dieser war der Vorstellung, durch rechtmäßige Binnengrenzkontrollen würden diese quasi zu Außengrenzen, entschieden entgegengetreten. Der Gerichtshof hat sich dem im Urteil Arib angeschlossen und insbesondere (nochmals) betont, dass die in der Rückführungsrichtlinie vorgesehenen Ausnahmen von deren Anwendungsbereich bei Binnengrenzkontrollen keine Anwendung finden (Rn. 67). Dieser Entscheidung zugrunde liegt damit die Vorstellung der einheitlichen Territorialität des Schengen-Binnenraums<sup>8</sup>, in den sich anders als bei Schengen-Außengrenzen gerade keine »Löcher« in Form von Transitzonen hineininterpretieren lassen, selbst wenn Binnengrenzkontrollen wieder eingeführt wurden.<sup>9</sup> Mit der Entscheidung verdeutlicht der EuGH, dass eine europarechtliche Perspektive notwendig ist. Aus einer solchen Sicht ist eine Einreiseverweigerung an der Binnengrenze gerade nicht zielführend, da die Person nicht unmittelbar in ein Drittland gebracht werden kann (Rn. 51 ff.).

Selbst in unmittelbarer Nähe der Binnengrenze ist von einer einheitlichen Territorialität des Schengen-Raumes auszugehen. Die Person befindet sich entweder auf dem Territorium des einen oder des anderen Mitgliedstaats. Für fiktive non-territoriale Zonen ist innerhalb des Schengen-Raumes kein Platz, sodass sich generell das für die Außengrenzkontrollen konzipierte rechtliche Konstrukt der »Fiktion der Nichteinreise« im Flughafentransit oder die oben genannten »carrier sanctions« nicht auf die Situation bei einer rechtmäßigen Binnengrenzkontrolle übertragen lassen (Rn. 58 f.). Zudem betont der EuGH mehrfach, dass die Grenzkontrollen in Einklang mit dem Schengener Grenzkodex<sup>10</sup> eingeführt worden sein müs-

sen und stellt somit klar, dass die Binnengrenzkontrollen umfassend in den Anwendungsbereich des Europarechts fallen (Rn. 44 und 47).

### IV. Rechtsnatur der Binnengrenzkontrollen

Im Verfahren hatten die deutsche und die französische Regierung vorgebracht, dass durch Binnengrenzkontrollen die Binnengrenze faktisch zu einer Außengrenze werde und daher die für die Außengrenze geltenden Bestimmungen anzuwenden seien.<sup>11</sup>

Dieser Rechtsauffassung tritt der EuGH entgegen und betont, dass eine Binnengrenze auch nicht durch die rechtmäßige Wiedereinführung von Grenzkontrollen zur Außengrenze wird.

Das bedeutet insbesondere, dass sich die Ausnahmeklauseln des Art. 2 Abs. 2 Bst. a RRL »ausschließlich auf das Überschreiten einer Außengrenze eines Mitgliedstaats« beziehen und somit nicht das Überschreiten einer gemeinsamen Grenze von Schengen-Staaten betreffen.<sup>12</sup> Dieser Befund ändere sich, unter anderem da die Ausnahmeklausel eng auszulegen sei, auch nicht nach einer Einführung von Binnengrenzkontrollen (Rn. 50). Vielmehr sei klar, dass schon vom Wortlaut her nur Außengrenzen gemeint sind und dass auch bei Wiedereinführung der Grenzkontrollen die Binnengrenze nicht einer Außengrenze gleichstehe (Rn. 62).

Die Wiedereinführung der Grenzkontrollen bewirkt also nicht, dass das Wort »Außengrenze« als »Außengrenzen und Binnengrenze, an der Kontrollen wieder eingeführt wurden,« zu lesen ist. Damit können an Binnengrenzen unter keinen Umständen vereinfachte Rückkehrverfahren angewandt werden, da Art. 2 Abs. 2 RRL es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, Drittstaatsangehörige wegen ihrer illegalen Einreise über eine Binnengrenze vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen (Rn. 47). Die Binnengrenzkontrollen haben vielmehr einen anderen Zweck und Rechtscharakter als die Außengrenzkontrollen, da die vereinfachten Verfahren an den Außengrenzen ermöglicht wurden, um die Rückkehr in ein Drittland zu beschleunigen (Rn. 54). An einer Binnengrenze kann dieser Zweck nicht erfüllt werden, da sich auf der anderen Seite der Grenze ein Mitgliedstaat und kein Drittland befindet. Ist die Person irregulär aufhältig, darf keine vereinfachte Zurückweisung an der (kontrollierten) Binnengrenze stattfinden, da der Zweck des vereinfachten Verfahrens eine Aufenthaltsverweigerung für den Schengen-Raum ist, während sich die an der Binnengrenze zurückgewiesene Person weiterhin körperlich im Schengen-Raum befindet und daher ein

<sup>7</sup> EuGH-Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 17.10.2018 in der Rechtssache Arib (C-444/17),

<sup>8</sup> Vgl. dazu generell das Referat von Jürgen Bast, Völker- und unionsrechtliche Ansätze zur Entterritorialisierung des Rechts, in: Grenzüberschreitungen: Migration. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, Veröffentlichungen des Verbands deutscher Staatsrechtslehrer 76, 2017, S. 277.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Anna Lübke, Ist der deutsche Transit österreichisches Hoheitsgebiet?, VerfBlog, 4.3.2016 und Hruschka, Binnengrenze ≠ Außengrenze: Klärendes vom EuGH zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen, VerfBlog, 19.3.2019 und ders., The border spell: Dublin arrangements or bilateral agreements? Reflections on the cooperation between Germany and Greece/Spain in the context of control at the German-Austrian border, EUMigrationlawblog, 26.2.2019.

<sup>10</sup> Verordnung 2016/399 vom 9.3.2016 (im Folgenden SGK), abrufbar auf [asyl.net](http://asyl.net) unter »Gesetzestexte«.

<sup>11</sup> Vgl. Arib-Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 48.

<sup>12</sup> Siehe EuGH, Affum-Urteil, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 69 und EuGH Arib-Urteil, a. a. O. (Fn. 4), Rn 45.

Rückkehrverfahren stattfinden muss, um sie aus diesem Raum zu verbringen.

Der EuGH erklärt seine Rechtsprechung im Fall *Affum* (der eine Kontrolle ohne wiedereingeführte Binnengrenzkontrollen betraf) für umfassend anwendbar und unterstreicht, dass sich die kontrollierte Person bei Kontrollen im Rahmen von Schleierfahndungen (also Kontrollen in der Nähe der Binnengrenze) bereits auf dem Territorium des kontrollierenden Mitgliedstaates befindet. Er stellt damit klar, dass eine Kontrolle an den Binnengrenzen von Rechtsnatur und Wirkung her mit einer Kontrolle an der Außengrenze nicht vergleichbar ist. Die Kontrollen haben vielmehr eigene Regeln und Wirkungen, die einer umfassenden Anwendbarkeit des Rückkehrverfahrens nach der Rückführungsrichtlinie unterliegen.

## V. Rückkehrverfahren

Auf die daher notwendige Rückkehrentscheidung findet Art. 6 RRL Anwendung. In einem solchen Fall muss bestimmt werden, in welchem Hoheitsgebiet sich die Person irregulär aufhält. Dieser Staat muss gemäß Art. 6 Abs. 1 RRL die Rückkehrentscheidung erlassen, es sei denn, es liegt eine der Ausnahmen gemäß Art. 6 Abs. 2–5 RRL vor. Diese Ausnahmen beziehen sich unter anderem auf die Fragen, ob für die Person bereits ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat besteht (Abs. 2) oder ob ein Verfahren zur Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels (Abs. 5) in einem Mitgliedstaat anhängig ist. Dies bedeutet konkret, dass im Zuge der Binnengrenzkontrolle der migrationsrechtliche Status einer angehaltenen drittstaatsangehörigen Person zu verifizieren ist.

### 1. Zuständigkeit

Damit auf Personen, die an der Binnengrenze aufgegriffen werden, die Regelungen der Rückführungsrichtlinie angewendet werden können, wenn Sie sich im Schengen-Raum irregulär aufhalten, muss geklärt werden, welcher Schengenstaat diese Aufgabe übernimmt. Grundsätzlich ist gemäß Art. 6 Abs. 1 RRL der Staat zuständig, in dem sich die Person irregulär aufhält. Will dieser Staat diese Aufgabe nicht übernehmen, kann er einen anderen Staat, mit dem eine entsprechende Vereinbarung besteht, um Übernahme ersuchen (Art. 6 Abs. 3 RRL) oder selbst »aus humanitären oder sonstigen Gründen« einen Aufenthaltstitel erteilen (Art. 6 Abs. 4 RRL). Dazu muss (und kann) genau bestimmt werden, in welchem Mitgliedstaat sich die Person irregulär aufhält, da andernfalls die Wirksamkeit der Durchführung des Rückkehrverfahrens gefährdet sein könnte.

Umstritten ist in diesem Kontext wohl nur ein Szenario: Wie ist die Lage zu beurteilen, wenn die Person direkt

an der Grenzkontrollstelle »vor der Einreise« aufgegriffen wird? Für den grenznahen Raum hat der EuGH die Frage in *Arib* klar entschieden. Dieser gehört zum Hoheitsgebiet des jeweiligen Staates, sodass auch in diesem Raum die Einreise bereits erfolgt ist (Rn. 59). Für die effektive Anwendung der Rückführungsrichtlinie dürfe es keine nicht zugeordneten Räume geben, da sonst die Wirksamkeit der Anwendung der Richtlinie gefährdet wäre. Dementsprechend sei der Begriff »Hoheitsgebiet« in Art. 6 Abs. 1 RRL raumbezogen zu verstehen: Der Mitgliedstaat ist zuständig, in dessen Hoheitsgebiet sich die Person irregulär aufhält. Da die Grenzkontrollstelle sich in aller Regel auf dem Hoheitsgebiet des kontrollierenden Staates befindet, ist auch dieser für die Durchführung des Rückkehrverfahrens zuständig.<sup>13</sup>

### 2. Generelle Rechtswidrigkeit von Zurückweisungen und Zurückschiebungen

Die daraus abzuleitende Konsequenz ist, dass generell eine Einreiseverweigerung an der Binnengrenze rechtswidrig ist, da diese vom Zweck der Binnengrenzkontrollen nicht gedeckt ist. Dieser Zweck liegt gemäß Art. 25 Abs. 1 SGK in der Behebung der Störung der inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung. Eben dieser Zweck kann aber – aus einer europarechtlichen Perspektive – weder durch eine Zurückweisung noch durch eine Zurückschiebung an der Binnengrenze erreicht werden. Art. 14 Abs. 4 SGK ermöglicht es, eine Person an der Einreise zu hindern, indem »[...] die Grenzschutzbeamten [...] sicher[stellen], dass ein Drittstaatsangehöriger, dem die Einreise verweigert wurde, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats nicht betritt.« Da Personen, die an einer Binnengrenze rechtmäßig kontrolliert werden, nicht an der Einreise gehindert werden können (da sie bereits im Schengen-Raum sind), kann Art. 14 Abs. 4 SGK in diesem Kontext nicht angewandt werden (Rn. 54 ff.). Eine Verweigerung der Einreise in das Hoheitsgebiet eines bestimmten Mitgliedstaats zum Zweck der Migrationssteuerung oder -kontrolle verlagert das Problem lediglich auf andere Mitgliedstaaten, löst es aber nicht.

Da keine Situation »wie an der Außengrenze« vorliegt, sind auch Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen (Art. 26 SDÜ) nicht anwendbar. Diese Folgerung ergibt sich für den EuGH auch aus einer »systematischen Auslegung« des SGK, die es verbiete, die rechtmäßig wieder eingeführten Kontrollen an der Binnengrenze mit Außengrenzkontrollen gleichzusetzen (Rn. 60). Für eine »Fiktion der Nichteinreise«, die die Bundesregierung bei solchen Kontrollen für anwendbar hält, ist kein Raum, da sich die Person kontinuierlich im Schengen-Raum aufhält. Es wäre paradox anzunehmen, die Person begäbe sich nach einem Überschreiten der Binnengrenze wieder in eine »Transit-

<sup>13</sup> Lübbe, Hoheitsgebiet, Verfblog, a. a. O. (Fn. 9).

zone« (»wie an der Außengrenze«), bis die Einreisekontrolle stattgefunden hat. In dieser Konstruktion würde die Person die Grenze bis zur Kontrolle in sich selbst tragen und dann bei Verweigerung der Einreise – durch eine Art »Grenzzauber«<sup>14</sup> – auf einen »Nicht-Raum« mit Sonderverfahrensrecht verwiesen, der national geregelt werden darf, weil die Rückführungsrichtlinie (angeblich) einen solchen Fall nicht vorsieht.

Eine solche Konsequenz würde der nationalen Rechtsanwendung mitten im Schengen-Raum Tür und Tor öffnen und den Anwendungsvorrang und die Wirksamkeit des Europarechts untergraben. Ein Beispiel mag dies illustrieren: Würde bei der Grenzkontrolle eine drittstaatsangehörige Person, die terroristischer Aktivitäten verdächtig ist, zurückgewiesen, ändert sich für die Sicherheit des Schengen-Raumes nichts, denn die Person ist immer noch im Schengen-Raum aufhältig und potenziell gefährlich. Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, muss eine klare Zuständigkeit begründet werden. Der EuGH sieht dafür das Rückkehrverfahren als das geeignete Verfahren an, das von dem Staat durchgeführt werden muss, auf dessen Hoheitsgebiet sich die Person körperlich befindet.<sup>15</sup>

Insgesamt setzt der Gerichtshof die rechtlichen Konsequenzen einer Kontrolle an der Binnengrenze mit denen einer regulären Kontrolle durch die Polizei auf dem Hoheitsgebiet gleich. Um diesen Klarstellungen des EuGH Rechnung zu tragen, sind Anpassungen der Praxis und eine unionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts notwendig. Es wäre, um eine Mythenbildung wie bei der Diskussion um den angeblichen »Rechtsbruch« im Jahr 2015 zu vermeiden,<sup>16</sup> auch geboten, das Aufenthaltsgesetz und das Asylgesetz entsprechend anzupassen.

## VI. Anpassungsbedarf in der Praxis und im deutschen Recht

Der Anpassungsbedarf betrifft sowohl Regelungen im Aufenthaltsgesetz als auch im Asylgesetz. Eine Verweisung einer drittstaatsangehörigen Person auf einen anderen EU-Mitgliedstaat oder einen am Schengen-Raum, bzw. Dublin-System assoziierten Staat kommt nur in drei Konstellationen in Betracht und keine dieser Möglichkeiten erlaubt eine Zurückweisung oder Zurückschiebung an einer Binnengrenze:

- Übernahme der Rückkehrentscheidung durch einen anderen Staat gemäß Art. 6 Abs. 3 RRL,

- Durchführung eines Dublin-Verfahrens,
- Verweisung einer in einem anderen Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigten Person auf diesen Staat gemäß Art. 6 Abs. 2 RRL.

Die mobilen Binnengrenzkontrollen (ohne Benennung von Grenzkontrollstellen), die aktuell (Mai 2019) an der deutsch-österreichischen Grenze durchgeführt werden, können unter keinen Umständen dazu führen, dass die Rückführungsrichtlinie oder das Dublin-Verfahren auf dort irregulär einreisende Personen nicht anwendbar wären. Es ist immer das vorgesehene Verfahren durchzuführen, und die Person hat damit unter anderem auch Anspruch auf umfassenden Rechtsschutz und Verbleib im Hoheitsgebiet während des Verfahrens.

### 1. Irregulärer Aufenthalt

Im Aufenthaltsgesetz enthält § 57 AufenthG die Regelungen zur Zurückschiebung. Dieser stellt klar, dass er nur an einer »Grenze im Sinne des« Art. 2 Nr. 2 SGK anwendbar ist.<sup>17</sup> Aufgrund dieses klaren Wortlauts kommt eine Zurückschiebung an der Binnengrenze nicht infrage. Eine analoge Anwendung von § 57 Abs. 1 AufenthG scheidet ebenfalls aufgrund des klaren Wortlauts und des Fehlens einer Regelungslücke aus, da das Rückkehrverfahren umfassend Anwendung findet. Ebenso scheidet eine Anwendung von § 57 Abs. 2 AufenthG an der Binnengrenze aus, da sich § 57 AufenthG aus seinem Sinnzusammenhang insgesamt nur auf Außengrenzen bezieht.

Unklarer ist der Wortlaut von § 15 AufenthG. Dieser regelt, dass ein »Ausländer, der unerlaubt einreisen will, [...] an der Grenze zurückgewiesen« wird. Hier könnte zu fragen sein, was als »Grenze« in diesem Sinne zu verstehen ist. Der Begriff muss europarechtlich ausgelegt werden. Der EuGH betont, dass sich die Begriffe »Binnengrenze« und »Außengrenze« nach Art. 2 SGK anschließen (Rn. 62). Angesichts des Regelungszwecks von § 15 AufenthG kann die hier gemeinte Grenze nur eine Außengrenze sein, da er sich auf die Verweigerung der Einreise bezieht, die an der Binnengrenze nicht möglich ist (siehe oben Abschnitt V.2.).

Damit ist die auf der bisherigen Rechtsauffassung der Bundesregierung fußende Zurückweisungsmöglichkeit an der kontrollierten Binnengrenze europarechtswidrig. Dies gilt natürlich erst recht, wenn es sich um einen Zugriff im Rahmen einer zulässigen polizeilichen Kontrolle innerhalb des Hoheitsgebiets gemäß Art. 23 SGK handelt, da diese schon keine Grenzkontrolle zum Ziel haben darf. Für rechtmäßige Kontrollen im grenznahen Raum hat der

<sup>14</sup> Vgl. Hruschka, border spell, a. a. O. (Fn. 9).

<sup>15</sup> EuGH Affum-Urteil, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 86.

<sup>16</sup> Vgl. bspw. Thym, Der Rechtsbruch-Mythos und wie man ihn widerlegt, VerfBlog, 2.5.2018 sowie Detjen/Steinbeis, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, 2019.

<sup>17</sup> Das AufenthG verweist an dieser Stelle noch auf die alte Fassung des SGK (VO 562/2006). Allenfalls wäre es hier sinnvoll, die Bezugnahme auf den aktuellen SGK ins Gesetz einzufügen, also auf Art. 2 Nr. 2 der Verordnung (EU) 2016/399.

EuGH in Arib aber ohnehin festgehalten, dass bei einem Aufgriff in diesem Raum die Einreise bereits erfolgt ist und nicht vom Handeln der kontrollierenden Beamten abhängig ist (Rn. 59).

Etwas anderes würde auch an einer eingerichteten und bekanntgegebenen Grenzkontrollstelle nicht gelten, da eine eindeutige Zuweisung der Zuständigkeit für das Rückkehrverfahren europarechtlich zwingend erforderlich ist (siehe oben Abschnitt V.1.). Damit ist § 15 Abs. 1 AufenthG nur auf Außengrenzsituationen anwendbar und nur dort sind Ausnahmenvorschriften der Rückführungsrichtlinie anwendbar, einschließlich der Möglichkeit einer Einreiseverweigerung durch Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2 Bst. a RRL. Das Verfahren im Inland unterliegt den allgemeinen Regeln der Rückführungsrichtlinie ohne diese Ausnahmemöglichkeiten, es muss also ein volles Rückkehrverfahren nach der Richtlinie durchgeführt werden. Entsprechend muss die deutsche Rechtspraxis dahingehend angepasst werden, dass eine Zurückweisung gemäß § 15 Abs. 1 AufenthG nur an einer Außengrenze möglich ist. Eine Präzisierung des Wortlauts wäre ebenfalls geboten.

## 2. Asylsuchende

Für Asylsuchende regelt § 18 AsylG speziell die Zurückweisung (Abs. 2) und die Zurückschiebung (Abs. 3) an der Grenze bzw. im grenznahen Raum. Hier gilt dasselbe wie bei § 15 AufenthG, sodass auch hier die Grenzkontrolle nur eine Außengrenzkontrolle sein dürfte. Damit ist festzuhalten, dass aufgrund der geographischen Gegebenheiten in Deutschland, das von Mitgliedstaaten und der dem Schengen-Raum assoziierten Schweiz umgeben ist, kein Anwendungsbereich für § 18 Abs. 3 verbleibt. Es gibt keinen grenznahen Raum an den Landgrenzen mehr, in dem die Person noch als »nicht eingereist« gelten könnte.

Im Übrigen wird § 18 AsylG ohnehin durch das Europarecht verdrängt. Vorrangig anwendbar ist das Dublin-Verfahren. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass auf ein Dublin-Verfahren auch bei vermeintlich klarer Zuständigkeit nicht verzichtet werden kann, dieses keine Vorwirkungen haben darf und unter Einhaltung aller Garantien durchzuführen ist.<sup>18</sup> Dies gilt auch für Wiederaufnahmeverfahren und zwar unabhängig davon, ob der zuständige Staat die Dublin-Prüfung schon abgeschlossen hat (und somit Art. 23-25 Dublin-III-Verordnung Anwendung finden) oder noch nicht (Art. 20 Abs. 5 Dublin-III-Verordnung).<sup>19</sup>

Diese Vorgaben gelten natürlich erst recht für Verfahren, die in anderen Staaten registrierte Asylsuchende betreffen, und als Verfahren außerhalb des Dublin-Verfahrens stattfinden sollen. Dies sehen die – evident europarechtswidrigen – mit Spanien und Griechenland geschlossenen Verwaltungsvereinbarungen zu Verfahren an der deutsch-österreichischen Grenze vor.<sup>20</sup> Insbesondere kann eine Person auch in diesem Kontext nicht als rechtlich »nicht eingereist« eingestuft oder das nationale Recht für umfassend anwendbar erklärt werden. In diesen der Dublin-Verordnung unterliegenden Fällen gilt der Vorrang des Europarechts und eine Regelungslücke besteht nicht.<sup>21</sup> Je nach Konstellation ist Art. 20 Abs. 5 oder Art. 23 oder 24 Dublin-III-Verordnung anwendbar. Eine Beschleunigung der (Dublin-)Verfahren kann daher nur durch Abkommen gemäß Art. 36 Dublin-III-Verordnung erreicht werden.<sup>22</sup>

## 3. Haftfragen

Aufgrund des durchzuführenden Rückkehrverfahrens ist weder eine Zurückweisungshaft noch eine Zurückschiebungshaft an der Binnengrenze rechtmäßig, da es bereits an der Rechtsgrundlage für die Zurückweisung oder Zurückschiebung fehlt. Insbesondere kann eine Inhaftierung nicht auf § 15 Abs. 5 AufenthG gestützt werden, da dieser – wie § 15 Abs. 1 AufenthG – nur an der Außengrenze gilt. Eine hierauf gestützte (ohnehin evident rechtswidrige) Zurückweisungsentscheidung an der Binnengrenze kann damit nicht als Grundlage für die Haftentscheidung herangezogen werden. Die Frage der Rechtswidrigkeit kann auch nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit überantwortet werden,<sup>23</sup> da nicht die Frage der Rechtmäßigkeit der Zurückweisungsentscheidung, sondern die Frage der anwendbaren Rechtsgrundlage für die Haftentscheidung zu beantworten ist. Letztere liegt allein im Entscheidungsbereich der Haftgerichte.

Aufgrund der vom EuGH festgehaltenen umfassenden Anwendbarkeit der Rückführungsrichtlinie in diesem Bereich kann Grundlage für eine Haftentscheidung nur Art. 15 RRL (bei irregulär aufhältigen Personen) oder Art. 28 Dublin-III-Verordnung (bei Asylsuchenden) sein, im deutschen Recht gelten somit die Bestimmungen zur Abschiebungshaft, die in § 62 AufenthG geregelt sind. Für § 15 Abs. 5 AufenthG bleibt in dieser Konstellation kein Anwendungsbereich. Der EuGH hat diesbezüglich klargestellt, dass eine Person an der Binnengrenze nur dann inhaftiert werden darf, wenn dies aus (strafrechtlich rele-

<sup>18</sup> EuGH, Urteil vom 31.5.2018 – C-647/16 Hassan gg. Frankreich – Asylmagazin 7-8/2018, S. 260 ff. – asyl.net: M26279.

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 2.4.2019 – C-582/17 und C-583/17, Niederlande gg. H. und R. – asyl.net: M27138, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 190.

<sup>20</sup> Hruschka, border spell, a. a. O. (Fn. 9) und Hruschka, Binnengrenze, a. a. O. (Fn. 9), sowie Lübke, Gutachten, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>21</sup> Siehe dazu Lübke, Gutachten, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>22</sup> Ein solches wurde im Sommer 2018 mit Portugal neu abgeschlossen.

<sup>23</sup> Vgl. dazu als generelle Regel bspw. den Tenor von BGH, Beschluss vom 12.4.2018, V ZB 164/16.

vanten) Gründen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist oder wenn bereits eine Einreisesperre besteht – nicht aber allein wegen der irregulären Einreise. Die Entscheidung, eine Person im Zuge dieses Verfahrens zu inhaftieren, muss dabei im Einklang mit den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie (oder der Dublin-III-Verordnung) stehen (Rn.66), was bedeutet, dass im Fall einer Rückkehrentscheidung der Ablauf der Frist für eine hiergegen gerichtete Klage abgewartet werden muss und eine Inhaftierung erst nach Ablauf dieser Frist oder bei Klageeinreichung nach Entscheidung des Gerichts möglich ist.<sup>24</sup>

### VII. Zusammenfassung/Fazit

EU-Binnengrenzkontrollen in ihrer aktuell durchgeführten Form sind europarechtswidrig, das ist wohl die wichtigste Erkenntnis aus dem EuGH-Urteil im Fall Arib. Weder das explizite Ziel der Einreiseverweigerung via Zurückweisung oder Zurückschiebung noch das implizite Ziel der Migrationssteuerung zulasten anderer (Mitglied-)Staaten, ist mit den Prinzipien vereinbar, die dem Schengen-Raum zugrunde liegen. Durch das Einnehmen einer konsequent europäischen Perspektive macht das Urteil deutlich, dass nationalen Alleingängen und Egoismen im gemeinsamen Freizügigkeitsraum enge Grenzen gesetzt sind. Jede Form der Binnengrenzkontrolle mit dem Ziel der Einreiseverweigerung ist verboten. Zurückweisungen an der Binnengrenze sind rechtswidrig, da unter anderem aufgrund des spezifischen Kontexts der Kontrollen im Binnenraum die »Fiktion der Nichteinreise« nicht greifen kann. Die Mitgliedstaaten sind bei der Durchführung umfassend an Europarecht gebunden und es gibt keinen Platz für die Anwendung abweichender nationaler Normen bei Binnengrenzkontrollen, da der Bereich umfassend geregelt ist. Daraus folgt ein erheblicher praktischer und rechtlicher Anpassungsbedarf, der über die Veränderung bestimmter Vorgehensweisen bei den Binnengrenzkontrollen hinausgeht.

Das heißt konkret, etwaige Grenzkontrollen an den deutschen Binnengrenzen mit Nachbarstaaten müssen an die Vorgaben des Urteils Arib angepasst werden. Daraus ergeben sich einige sehr bedeutsame Konsequenzen für diese Kontrollen und die sich daran anschließenden Verfahren. Zuerst muss geklärt werden, ob die kontrollierte drittstaatsangehörige Person ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht hat (Verifikation des migrationsrechtlichen Status). Zudem widersprechen Zurückweisungen oder Zurückschiebungen an den Binnengrenzen den

Vorgaben der (ohne Ausnahmemöglichkeiten) anwendbaren Rückführungsrichtlinie. Insbesondere ist die »Fiktion der Nichteinreise« an der Binnengrenze nicht vom Europarecht gedeckt und somit im Kontext der Binnengrenzkontrollen rechtswidrig, weil die Person das Territorium schon betreten hat. Ebenso rechtswidrig ist eine Inhaftierung während des einzuleitenden Rückkehrverfahrens, wenn die Person nicht individuell eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt oder bereits einer Einreisesperre (wegen eines Voraufenthalts) unterliegt. Insoweit unterscheidet sich die Binnengrenzkontrolle, die dem Zweck der Migrationssteuerung dient, nicht von einer regulären Polizeikontrolle im Inland.

Darüber hinaus betont der EuGH, dass Art.25 SGK eingehalten werden muss. Dieser regelt, wann, wie und wie lange Binnengrenzkontrollen durchgeführt werden dürfen. Die Kontrollen dürfen nur »unter außergewöhnlichen Umständen« eingeführt und bis zu höchstens zwei Jahren verlängert werden. Beide Voraussetzungen liegen an den deutschen Grenzen jedenfalls nicht mehr vor. Die aktuell durchgeführten Kontrollen sind daher schon wegen der fehlenden rechtlichen Grundlage für die Durchführung der Kontrollen rechtswidrig.

Der EuGH stärkt mit diesem Urteil den Schengen-Raum als Raum ohne Binnengrenzkontrollen, da er die Vorgaben für die Außengrenzkontrollen nicht auf den Binnenraum überträgt, sondern eine systematische, am Zweck des Schengen-Raums orientierte Auslegung vornimmt. Nationale Alleingänge bei den Binnengrenzkontrollen verlieren durch diesen gesamteuropäisch angelegten Ansatz ihren Sinn, da umfassende Kontrollen an den Binnengrenzen mit Zurückweisungs- und Inhaftierungsmöglichkeit nur in Ausnahmefällen und zum Zweck der Abwehr einer von der jeweiligen Einzelperson ausgehenden Gefahr, nicht aber zur generellen Migrationssteuerung, erlaubt sind.<sup>25</sup> Letztere kann nur von den Mitgliedstaaten gemeinsam beschlossen und durchgeführt werden. Insoweit enthält das Urteil auch ein klares Bekenntnis zum Schengen-Raum als Freizügigkeitsraum. Gleichzeitig stärkt der EuGH durch seine restriktive Auslegung von Ausnahmeregelungen zum wiederholten Male die Verfahrensrechte der betroffenen Personen und tritt somit den Versuchen verschiedener Staaten entgegen, zulasten migrierender Personen übermäßigen Gebrauch von bestehenden Abweichungsmöglichkeiten zu machen oder diese gar analog auf weitere Sachverhalte anzuwenden. Der Schengen-Raum als gemeinsamer europäischer Freizügigkeits- und Rechtsraum gewinnt durch die Entscheidung weiter an Konturen.

<sup>24</sup> Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 19.6.2018 – C-181/16, Gnandi gg. Belgien – Asylmagazin 9/2018, S.310 ff. – asyl.net: M26457; sowie Hruschka, Umfassender Rechtsschutz im Asylverfahren, Asylmagazin 9/2018, S.290.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Hruschka, Kontrolle oder Chaos? Zur Rechtswidrigkeit der Zurückweisung von Schutzsuchenden an den europäischen Binnengrenzen. Flüchtlingsforschungsblog, 18.6.2018.

## Rechtswidrige Symbolpolitik?

### Zurückweisungen an der Grenze auf der Basis bilateraler Verwaltungsabkommen

#### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Einführung der »Zurückweisungen« von Schutzsuchenden
  1. Koalitionsbeschlüsse 2018
  2. Bilaterale Verwaltungsabkommen
- III. Aus der Praxis: Rückführung ohne Prüfung
  1. Inhaftierung eines Folteropfers in Deutschland
  2. Inhaftierung eines Vulnerablen in Griechenland
- IV. Erster VG-Beschluss: Dublin-Verfahren ohne Verfahren
  1. Zum Anwendungsbereich der Dublin-III-Verordnung
  2. Zur Durchführung des Dublin-Verfahrens
  3. Konsequenz: Kein effektiver (Eil-)Rechtsschutz
- V. Aushebelung von Rechtsschutz durch Symbolpolitik

#### I. Einleitung

Nach Auffassung der Großen Koalition sollen seit Sommer 2018 Schutzsuchende, die bereits in einem anderen EU-Mitgliedstaat als solche registriert sind, unmittelbar an der deutsch-österreichischen Grenze in diesen Mitgliedstaat zurückgeschickt werden dürfen. Grundlage dafür bilden Verwaltungsabkommen, die das Bundesinnenministerium bereits mit Griechenland und Spanien geschlossen hat. Das Ergebnis: Bis Anfang März 2019 wurden neun Personen nach Griechenland »zurückgewiesen« (zwei Personen pakistanischer, drei syrischer, drei irakischer und eine Person afghanischer Staatsangehörigkeit) und zwei nach Spanien.<sup>1</sup> Zahlen, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht sehr hoch erscheinen<sup>2</sup> und dazu verleiten, die Vereinbarungen als symbolpolitische Maßnahme einzuordnen. Doch bedenkt man die aktuelle politische Lage in Europa, in der gemeinsame Einigungen immer schwieriger werden und immer mehr Staaten auf nationale Al-

leingänge setzen,<sup>3</sup> haben sie eine weitreichende politische Bedeutung über die bisherigen Einzelfälle hinaus.

In rechtlicher Hinsicht war die Kritik<sup>4</sup> von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten an diesen Zurückweisungen schon während der Verhandlungen immens. Sie richtete sich u. a. gegen die fragwürdige Nichteinreisefiktion,<sup>5</sup> gegen die Zulässigkeit von Grenzkontrollen<sup>6</sup> und auch gegen die als verfassungsrechtlich problematisch angesehene Inhaftierung ohne richterliche Anordnung.<sup>7</sup> Zentraler Streitpunkt aber war die Frage, ob die Dublin-III-Verordnung<sup>8</sup> angewendet werden müsse, die ja bereits für die Situation, in der eine Person über einen anderen Mitgliedstaat kommend nach Schutz sucht, ein konkretes Verfahren mit wesentlichen Verfahrensgarantien vorschreibt.

Über die konkreten Vorgänge ist nur sehr wenig bekannt, da die Betroffenen (soweit ersichtlich) keinen Kontakt zu RechtsanwältInnen oder BeraterInnen aufbauen konnten. Über Umwege konnte der Kontakt in zwei Fällen zwischen den Betroffenen und einer Rechtsvertretung zumindest für eine anwaltliche Unterstützung im Nachhinein vermittelt werden. PRO ASYL begleitet in Zusammenarbeit mit der griechischen Partnerorganisation Refugee Support Aegean und mit dem Griechischen Flüchtlingsrat die beiden Einzelfälle. Nun wurde der erste Eilantrag vom VG München abgelehnt – mit erstaunlicher Begründung. Im folgenden Beitrag sollen daher anhand des vorläufig

\* Bellinda Bartolucci ist Leiterin der Abteilung Rechtspolitik von PRO ASYL. Die hier geäußerten Ansichten sind die der Verfasserin. Die zitierten Links wurden zuletzt abgerufen am 14.5.2019 und für diesen Beitrag in Kurzlinks umgewandelt.

<sup>1</sup> Fälle bzgl. Griechenland: Auflistung in Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a., BT-Drs. 19/8340, Antwort zu Frage 14. Fälle bzgl. Spanien: tageschau.de, Rücknahmeabkommen. Bislang elf Migranten zurückgeschickt, 3.3.2019, <https://bit.ly/2JprRIW>.

<sup>2</sup> Zum Vergleich: 2018 erfolgten 6 Überstellungen nach der Dublin-III-Verordnung von Deutschland nach Griechenland, siehe BAMF, Übersicht zu den Prüffällen und Übernahmeseuchen nach der Dublin-Verordnung 1.1. bis 31.12.2018, <https://bit.ly/2EfcjUa>.

<sup>3</sup> Vgl. zusammenfassend Dierks, EU-Gipfel und Dublin-Reform. Woran ein gemeinsames EU-Asylrecht scheitert, Deutschlandfunk, 18.9.2018, <https://bit.ly/2VHSlvX>. Beispielhaft zu nationalen Alleingängen: Ungarn, vgl. Hungarian Helsinki Committee, All You Ever Wanted To Know About What Happened To Refugee Protection in Hungary since 2015 in One Place, <https://bit.ly/2w1qwiY>.

<sup>4</sup> Vgl. Überblick von Informationsverbund Asyl & Migration, Stellungnahmen zu geplanten Zurückweisungen an der Grenze und Transitverfahren, asyl.net, Nachricht vom 9.7.2018; ergänzend Hruschka, The border spell: Dublin arrangements or bilateral agreements?, 26.2.2019, <https://bit.ly/2Ex3IN8>.

<sup>5</sup> Schmalz, Die Fiktion der Nichteinreise ist ein Instrument der Entrechtung, Verfassungsblog, 4.7.2018, <https://bit.ly/2zckeBE>.

<sup>6</sup> Hruschka, Gewolltes Recht, Verfassungsblog, 2.11.2018, <https://bit.ly/2OMA8Fj>.

<sup>7</sup> Auch aus menschenrechtlicher Sicht wird dies als problematisch bewertet, vgl. Pichl, Die Fiktion der Souveränität in Transitzentren – Was ist eigentlich mit der Orbánisierung Europas gemeint?, Verfassungsblog, 4.7.2018, <https://bit.ly/2wdJrY9>.

<sup>8</sup> Verordnung Nr. 604/2013 vom 26.6.2013, abrufbar auf [asyl.net](http://asyl.net) unter »Gesetzestexte«. Alle im Folgenden nicht anders bezeichneten Vorschriften sind solche der Dublin-III-Verordnung.

entschiedenen Präzedenzfalles die konkreten Vorgänge dargestellt werden. Dabei wird deutlich, wie europarechtliche Vorschriften und effektiver Rechtsschutz gleichsam umgangen werden.

## II. Einführung der »Zurückweisungen« von Schutzsuchenden

Grundlage für die neu eingeführten Zurückweisungen bilden die Koalitionsbeschlüsse für die 19. Legislaturperiode sowie die Verwaltungsabkommen aus dem Bundesinnenministerium.

### 1. Koalitionsbeschlüsse 2018

Den Koalitionsbeschlüssen vom 5. Juli 2018 ging ein heftiger Streit der Großen Koalition und insbesondere der Unionsparteien untereinander über die Zurückweisung von Schutzsuchenden an der deutschen Grenze voraus. Nach der Anweisung zu Zurückweisungen von Menschen mit einer Einreisesperre<sup>9</sup> wollte Bundesinnenminister Seehofer auch diejenigen, die schon in einem anderen EU-Mitgliedstaat als Schutzsuchende registriert wurden, gar nicht erst nach Deutschland einreisen lassen. Nach mehrfachem Hin und Her einigte sich der Koalitionsausschuss schließlich – neben weiteren Maßnahmen zur Asylpolitik – auf sogenannte Transitverfahren: An der deutsch-österreichischen Grenze sollen »Personen, die bereits in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union einen Asylantrag gestellt haben (Eurodac-Treffer der Kategorie 1) direkt in das zuständige Land zurückgewiesen werden, sofern mit diesem Mitgliedstaat ein Verwaltungsabkommen abgeschlossen oder das Benehmen hergestellt wurde, dass er die Antragsteller wieder zurücknimmt.«<sup>10</sup> Sollte es nicht zu solchen Verwaltungsvereinbarungen kommen, sollen die Betroffenen unmittelbar nach Österreich zurückgewiesen werden.

Die Bundespolizei solle für diese Transitverfahren bestehende Unterbringungsmöglichkeiten im Transitbereich des Flughafens München oder ihre bestehenden Einrichtungen in unmittelbarer Grenznähe nutzen. Für Familien und besonders schutzwürdige Personen (die demnach von diesem Verfahren nicht ausgenommen sind) werde es gesonderte Räume in den Unterkünften geben. Die Betroffenen, die die europäische Binnengrenze von Österreich nach Deutschland überschreiten, sollen wie im Flughafenverfahren als rechtlich nicht eingereist

gelten, es wird also eine Nichteinreise fingiert. Laut Beschluss soll die Zurückweisung innerhalb von 48 Stunden erfolgen. Ausdrücklich weist der Koalitionsausschuss darauf hin, dass das Vorgehen im Rahmen geltenden Rechts erfolge und Gesetzesänderungen nicht erforderlich seien.

### 2. Bilaterale Verwaltungsabkommen

Im August 2018 schloss das Bundesinnenministerium mit dem spanischen Innenministerium<sup>11</sup> und dem griechischen Ministerium für Migrationspolitik<sup>12</sup> Verwaltungsabkommen (*Administrative Arrangements*) ab. Mit Italien wurden Verhandlungen aufgenommen.<sup>13</sup> Die Vereinbarungen wurden nicht offiziell veröffentlicht und den Abgeordneten des Bundestages erst drei Monate später zur Verfügung gestellt.<sup>14</sup>

Die Abkommen wurden auf Arbeitsebene geschlossen und sollen explizit keine Abkommen nach der Dublin-III-Verordnung darstellen, sondern außerhalb dieses Rechtsrahmens stehen.<sup>15</sup> Nach Art. 36 Abs. 1 sind bilaterale Verwaltungsvereinbarungen nur bezüglich der praktischen Modalitäten der Durchführung der Verordnung möglich, nicht aber bezüglich des Aussetzens der Verfahrensregelungen.<sup>16</sup> Zudem hat keine für solche Vereinbarungen erforderliche Konsultation der EU-Kommission nach Art. 36 Abs. 3 stattgefunden.

<sup>11</sup> Administrative Arrangement between the Ministry of the Interior of the Kingdom of Spain and the Federal Ministry of the Interior, Building and Community of the Federal Republic of Germany on cooperation between Germany and Spain when refusing entry to persons seeking protection in the context of temporary checks at the internal German-Austrian border, 6.8.2018, <https://bit.ly/2Yw5XaH>.

<sup>12</sup> Administrative Arrangement between the Ministry of Migration Policy of the Hellenic Republic and the Federal Ministry of the Interior, Building and Community of the Federal Republic of Germany on cooperation when refusing entry to persons seeking protection in the context of temporary checks at the internal German-Austrian border, 18.8.2018, <https://bit.ly/2WcOymT>. Zur Bewertung des Abkommens Hruschka, *Gewolltes Recht*, a. a. O. (Fn. 6).

<sup>13</sup> Rahmenabsprache zwischen dem BMI mit dem italienischen Innenministerium über ein gemeinsames Handeln zur Migrationssteuerung auf See und Eindämmung der Sekundärmigration, siehe Antwort des Bundesinnenministers Seehofer an den Bundestagspräsidenten Schäuble, 20.11.2018, <https://bzfd.it/2Yw2dG4>.

<sup>14</sup> Ausführlich zur fehlenden Transparenz und Beteiligung Engert, Horst Seehofer hat monatelang den Bundestag übergangen, zeigen diese exklusiven Dokumente, *Buzzfeed*, 5.12.2018, <https://bzfd.it/2Yw2dG4>. Ebenso lehnte das Bundesinnenministerium Ende Oktober einen Antrag der Rechtsvertretung im Präzedenzfall auf Übersendung des Abkommens nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) ab.

<sup>15</sup> Vgl. Vortrag der Bundesregierung, vertreten durch das Bundesinnenministerium, vertreten durch die Bundespolizei im Präzedenzfall, siehe unten Abschnitt IV.1. Ebenso Umkehrschluss aus Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a., BT-Drs. 19/4152, Antwort zu Frage 9.

<sup>16</sup> Solche Verwaltungsvereinbarungen nach Art. 36 Abs. 1 hat Deutschland mit Portugal und Frankreich abgeschlossen, mit weiteren Staaten wird verhandelt, vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a., BT-Drs. 19/7044, Antwort auf Frage 11.

<sup>9</sup> Zur Einstufung der Anweisung vom 19.6.2018 als mit Europarecht unvereinbar vgl. Endres de Oliveira/Schmalz, *Anordnung des (Europa-) Rechtsbruchs*, *Verfassungsblog*, 20.6.2018, <https://bit.ly/2Qb4cN9>.

<sup>10</sup> Pressemitteilung 16/18 der CDU vom 6.7.2018, *Beschlüsse des Koalitionsausschusses vom 5. Juli 2018*, Punkt 1, <https://bit.ly/2w6iQvO>.

Die Abkommen sollen Anwendung finden, wenn

- eine Person bei einer Kontrolle an der deutsch-österreichischen Grenze aufgegriffen wurde und die Einreise verweigert werden soll,
- diese Person um internationalen Schutz nachsucht,
- ein Eintrag im Eurodac-System (Kategorie 1)<sup>17</sup> gefunden wird.

Unbegleitete Minderjährige werden vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Das deutsch-griechische Abkommen beschränkt sich zeitlich auf Schutzsuchende mit einem Eurodac-Eintrag ab dem 1. Juli 2017. Deutschland soll dann die griechischen Behörden über die Einreiseverweigerung benachrichtigen und Informationen über die Eurodac-Nummer, ein Foto, Reisedaten sowie Datum und Ort des Aufgreifens angeben. Hierfür sehen beide Abkommen ein Formblatt vor (*Notification of refusal of entry*). Im Gegensatz zum Abkommen mit Griechenland verlangt das deutsch-spanische Dokument einen Beleg, dass die Person, der die Einreise verweigert wurde, über das angewandte Verfahren informiert wurde.

In beiden Fällen sollen die Personen von Deutschland aus innerhalb von 48 Stunden rückgeführt werden. Während es in der spanischen Vereinbarung pauschal heißt, dass Spanien die Einreise erlauben werde, soll Griechenland ein automatisches Antwortsystem nach Erhalt der Benachrichtigung einrichten. Danach könnte Griechenland bei Nichtvorliegen der Anwendungsvoraussetzungen noch innerhalb von sechs Stunden der Rückführung widersprechen. Wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass die Voraussetzungen für eine Rückführung nach diesem Abkommen doch nicht vorgelegen haben, kann dies die spanische Seite stets (*at any time*), die griechische hingegen nur innerhalb von sieben Tagen geltend machen.

Lediglich im spanischen Abkommen wird ausdrücklich betont, dass die Verpflichtungen der deutschen Seite nach der Dublin-III-Verordnung, insbesondere die Pflicht zur unmittelbaren Familienzusammenführung, von der »vorrangigen Einreiseverweigerung« unberührt bleiben.<sup>18</sup>

Ferner benennen die Abkommen die behördlichen Zuständigkeiten – für das Bundesinnenministerium soll demnach die Bundespolizeidirektion München tätig werden. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) als allein zuständige Behörde für das Dublin-Verfahren wird mit keinem Wort erwähnt.

<sup>17</sup> Personen, die als Schutzsuchende in einem Mitgliedstaat registriert wurden, Art. 24 Abs. 4 i. V. m. Art. 9 Abs. 1 der Eurodac-Verordnung (EU) Nr. 603/2013.

<sup>18</sup> »The German Side's obligation under the Regulation (EU) No. 604/2013 [...], in particular to immediately conclude family reunifications, remain[s] unaffected by prior refusals of entry conducted by the German Side according to the procedure called for in this Administrative Arrangement«, deutsch-spanisches Abkommen, a. a. O. (Fn. 11), No. 4.2.

Allein im deutsch-griechischen Abkommen wird eine Evaluation alle drei Monate (*on a three-month basis*) durch ein Komitee, bestehend aus drei Mitgliedern je Staat, vereinbart.<sup>19</sup>

Ebenso wurde nur im deutsch-griechischen Abkommen eine »Gegenleistung« vereinbart, wonach Deutschland seinen Verpflichtungen zur Familienzusammenführung nach der Dublin-III-Verordnung nachkommen soll.<sup>20</sup> Dies ist die Folge der zuvor zu beobachtenden rechtswidrigen Praxis der deutschen Seite, Anfragen aus Griechenland für Familienzusammenführungen nach der Dublin-III-Verordnung nicht fristgerecht zu beantworten und die Familienzusammenführungen zeitweilig trotz Anspruchs der Betroffenen zu drosseln.<sup>21</sup> Laut griechischer Asylbehörde wurden mittlerweile alle »Altfälle«, das heißt die Verfahren, die Anfang August 2018 noch anhängig waren, überstellt.<sup>22</sup>

### III. Aus der Praxis: Rückführung ohne Prüfung

Bereits die beiden bekannten Fälle, in denen nachträglich der Kontakt zwischen Betroffenen und Rechtsvertretung hergestellt werden konnte, verdeutlichen den schon faktisch verhinderten Zugang zu effektivem Rechtsschutz.

#### 1. Inhaftierung eines Folteropfers in Deutschland

In dem vom VG München vorläufig entschiedenen Fall floh der Antragsteller aus Syrien über Griechenland und die sogenannte Balkanroute nach Deutschland.<sup>23</sup> Dabei wurde er bereits im Juni 2018 auf der Insel Chios in Griechenland vom Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (European Asylum Support Office, EASO) als

<sup>19</sup> Deutsch-griechisches Abkommen, a. a. O. (Fn. 12), Part III, No. 14. Ob diese Evaluierung mittlerweile stattgefunden hat, ist nicht bekannt. Darüber hinaus enthalten die Abkommen Kosten-, Aufhebungs- und Abschlussbestimmungen.

<sup>20</sup> Ebd., Part II, No. 7–12.

<sup>21</sup> Siehe dazu unter Verlinkung entsprechender Nachweise PRO ASYL, Erfolg vor Gericht: Begrenzung von Familiennachzug aus Griechenland rechtswidrig, 19.9.2017, <https://bit.ly/2yc265u>; siehe auch [asyl.net](http://asyl.net), Meldungen hierzu, zuletzt vom 8.1.2019: VG Münster: Dublin-Familienzusammenführung trotz verspätetem Aufnahmegesuch.

<sup>22</sup> »Dieser Teil der Verwaltungsabsprache des BMI mit dem griechischen Ministerium ist damit erfüllt«, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a., BT-Drs. 19/8340, Antwort zu Frage 16.

<sup>23</sup> VG München, Beschluss vom 9.5.2019 – M 5 K 19.50026 (Hauptsache) und M 5 E 19.50027 (Eilverfahren) – [asyl.net](http://asyl.net): M27257. Der folgende Beitrag beschränkt sich auf Fragen, die für die Darstellung der Zurückweisung relevant sind. Weitere Besonderheiten des Einzelfalles bleiben außer Betracht, insbesondere wird aufgrund der Sensibilität auf eine genauere Darstellung der Hintergründe zur Vulnerabilität verzichtet.

Folteropfer identifiziert und damit als vulnerabel eingestuft.

Im Oktober 2018 wurde der Antragsteller im Rahmen einer grenzpolizeilichen Einreisekontrolle der regionalen Bundespolizeiinspektion in einem Zug nahe der deutsch-österreichischen Grenze aufgegriffen. Dort wurde er aufgrund des Verdachts der Urkundenfälschung und versuchter unerlaubter Einreise vorläufig festgenommen und schließlich zur Bundespolizeiinspektion gebracht. Die Bundespolizei führte eine Beschuldigtenvernehmung anlässlich der strafrechtlich relevanten Tatbestände durch. Dabei gab der Antragsteller an, zu seiner Schwester in Deutschland reisen und Asyl suchen zu wollen. Wie bei jeder strafrechtlichen Vernehmung wurde auch hier zu Beginn auf die Möglichkeit, sich anwaltlich verteidigen zu lassen, hingewiesen.

Am Folgetag der Festnahme ergab eine Eurodac-Recherche durch die Bundespolizei einen positiven Eintrag der Kategorie 1 in Griechenland. Daraufhin erließ die Bundespolizei folgenden Bescheid:

### »Verweigerung der Einreise von Asylsuchenden

Sehr geehrter Herr XX,  
ich verweigere Ihnen die Einreise. Sie sollen nach Griechenland rückgeführt werden.

### Begründung

Sie äußerten im Rahmen der Einreisekontrolle am XX.10.2018 ein Ersuchen um internationalen Schutz. Ihnen ist die Einreise zu verweigern,

da Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der oben genannte Staat aufgrund der ›Verordnung (EU) Nr. 604/2013 [...]‹ verpflichtet ist, Sie auf- bzw. wieder aufzunehmen. Ein entsprechendes Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren wird eingeleitet (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG).«

Die Rechtsbehelfsbelehrung beschränkt sich allein auf eine Klagemöglichkeit nach § 74 Abs. 1 AsylG, einen Hinweis auf Eilrechtsschutz enthält sie nicht. Aus der der Rechtsvertretung vorliegenden Akte ist nicht ersichtlich, dass dem Antragsteller der Bescheid schriftlich übersetzt wurde.

Entsprechend dem Abkommen sandte die Bundespolizei eine *Notification of refusal of entry* an die griechische Asylbehörde. Das BAMF war nicht involviert. Noch am selben Tag sollte der Betroffene per Flug von München nach Athen zurückgeführt werden. Diese Maßnahme wurde jedoch im Flugzeug aufgrund des Zustands des Betroffenen abgebrochen, er wurde wieder zurück in die Polizeistation gebracht.

Erst am darauffolgenden Tag wurde ein Antrag auf Anordnung der (vorläufigen) Freiheitsentziehung durch die Bundespolizei beim Amtsgericht Rosenheim gestellt. Wörtlich wird eine Haft zur Sicherung der Zurückwei-

sung gemäß § 71 Abs. 3 Nr. 1 und 1e i. V. m. § 15 Abs. 5 AufenthG, i. V. m. Art. 14 SGK i. V. m. Art. 28 der Dublin-III-Verordnung beantragt. In dem Antrag wird von »Zusammenarbeit mit dem BAMF« gesprochen und auch die erforderliche Haftdauer wird u. a. mit der Bearbeitungszeit beim BAMF begründet. Das Amtsgericht sprach von »Zurückschiebungshaft« nach § 57 Abs. 3 i. V. m. § 62 AufenthG und prüfte die Voraussetzungen nach Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung. Es erfolgte die Unterbringung in der Abschiebungshafteinrichtung Eichstätt. In der Haftsache ist ein Verfahren vor dem LG Traunstein anhängig.<sup>24</sup>

Letztlich wurde der Betroffene weitere drei Tage später per Flug von München nach Athen rückgeführt. Dort erhielt er nach Ankunft von der griechischen Flughafenpolizei ein Dokument (*policy note*), in welchem ihm die Überführung nach dem deutsch-griechischen Verwaltungsabkommen bestätigt wird und darauf hingewiesen wird, dass er verpflichtet sei, sich innerhalb von fünf Tagen in ein bestimmtes Flüchtlingscamp in Athen zu begeben, sein Aufenthalt sei nicht genehmigt. Es ist unklar, ob dieses griechische Dokument dem Betroffenen übersetzt wurde. Eine finanzielle Unterstützung erhielt der Betroffene vor Ort nicht. Selbst nachdem sein zwischenzeitlich eingestelltes griechisches Asylverfahren durch Unterstützung einer dortigen Nichtregierungsorganisation wieder aufgenommen wurde, wurde der Betroffene nicht unmittelbar in das Versorgungssystem für Asylsuchende aufgenommen.

## 2. Inhaftierung eines Vulnerablen in Griechenland

Auch im zweiten Fall handelt es sich um einen syrischen Antragsteller, der im September 2018 nach Überschreiten der deutsch-österreichischen Grenze von der regionalen Bundespolizeiinspektion aufgegriffen und wegen Verdachts des Ausweismisbrauchs und der unerlaubten Einreise festgehalten wurde.<sup>25</sup> Nach der Beschuldigtenvernehmung wurde er aufgrund eines Eurodac-Treffers der Kategorie 1 noch am gleichen Tag nach Griechenland rückgeführt. Wie der Griechische Flüchtlingsrat dokumentierte, blieb der Schutzsuchende dann fast drei Monate zunächst in Athen und dann auf der Insel Leros (wo er das erste Mal in Griechenland registriert wurde) inhaftiert – selbst dann noch, als er nachträglich von EASO als vulnerabel eingestuft wurde.<sup>26</sup> Der Griechische Flüchtlingsrat hat wegen der Inhaftierung unter menschenunwürdigen Bedingungen sowohl gegen Griechen-

<sup>24</sup> LG Traunstein, 4 T 2856/18.

<sup>25</sup> VG München, laufendes Verfahren, M 5 K 18.53062.

<sup>26</sup> Zu Inhaftierungsbedingungen vgl. nur Griechischer Flüchtlingsrat, *Serious violations regarding the return of an asylum seeker as part of the implementation of the so-called »Greek-German Administrative Arrangement«*, 25.10.2018, <https://bit.ly/2TvQX9D>.

land als auch gegen Deutschland Beschwerde vor dem EGMR erhoben. Trotz Antrags wurde sein Asylverfahren in Griechenland nicht wieder aufgenommen, sondern er musste einen neuen Asylantrag stellen. Bis zur Einstufung als vulnerabler Schutzsuchender bestand zudem durch die Unterbringung im Hotspot Leros die Gefahr, dass er aufgrund des sogenannten EU-Türkei-Deals in die Türkei zurückgeführt werden würde.<sup>27</sup>

#### IV. Erster VG-Beschluss: Dublin-Verfahren ohne Verfahren

Über sechs Monate wurde auf die Eilentscheidung des VG München gewartet. Das Gericht lehnte schließlich am 9. Mai 2019 den Antrag auf Rückholung ab, ohne sich mit dem eigentlich rechtlichen Problem auseinanderzusetzen.<sup>28</sup>

Nach Auffassung des Gerichts käme eine Rückholung zur Durchführung eines Asylverfahrens in Deutschland – und sei es nur für ein Dublin-Verfahren – einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren gleich. Unzumutbare Nachteile, die eine Vorwegnahme ausnahmsweise im Eilverfahren zulassen würden, seien u. a. aufgrund gegebener anwaltlicher Vertretung in Deutschland und in Griechenland nicht ersichtlich. Auch habe die Hauptsache nicht mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg, um vom grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung abzusehen.

Nach summarischer Prüfung des Gerichts sei im Ergebnis Griechenland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig. Eine Zuständigkeit Deutschlands ergebe sich weder aufgrund der Anwesenheit von Angehörigen der Kernfamilie in Deutschland (Art. 9), noch aufgrund von systemischen Schwachstellen im griechischen Asylsystem (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2). Außerdem könne sich der Antragsteller nicht darauf berufen, von der Unterstützung seiner in Deutschland lebenden Schwester abhängig und damit eine »abhängige Person« im Sinne von Art. 16 Abs. 1 zu sein. Diese Norm vermittele schon kein Individualrecht und keinen Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Aus gleichem Grund könne er sich nicht auf die humanitäre Klausel des Art. 17 Abs. 2 berufen. Eine Selbsteintrittspflicht nach Art. 17 Abs. 1 scheide aus, da sich diese aus anderen Gründen ergeben müsse, als aus den in Art. 3 Abs. 2 geregelten systematischen Schwachstellen.

<sup>27</sup> Erst mit Einstufung der Vulnerabilität ist das Grenzverfahren mit der potentiellen Rückführung in die Türkei ausgeschlossen gemäß Art. 14 Abs. 8, 60 Abs. 4 Griechisches AsylG (4375/2016). Zum EU-Türkei-Deal: Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung vom 18.3.2016, <https://bit.ly/2LPkpk5>; vgl. auch PRO ASYL, Drei Jahre EU-Türkei-Deal: Zu welchem Preis?, 20.3.2019, <https://bit.ly/2w71ij6>.

<sup>28</sup> VG München, a. a. O. (Fn. 23).

Die Überprüfung der Art. 16 und 17 ist nicht nur äußerst oberflächlich, sondern auch fehlerhaft. Mit der EuGH-Rechtsprechung zum Individualrechtsschutz setzt sich das VG hier gar nicht erst auseinander.<sup>29</sup> Warum zudem das Gericht zum Nachweis für die vorgebrachten gesundheitlichen Probleme des Antragstellers ein qualifiziertes ärztliches Attest in analoger Anwendung des § 60a Abs. 2c S. 2 und 3 AufenthG fordert, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, der Maßstab an Nachweise im Dublin-Verfahren kann nicht durch nationales Recht geändert werden.<sup>30</sup>

Zur zentralen Frage aber, ob diese »Zurückweisung« überhaupt als Überstellung nach der Dublin-III-Verordnung erfolgt ist (was die Bundespolizei explizit verneint), stellt das VG lediglich pauschal fest:

»Darüber hinaus haben die griechischen Behörden dem Wiederaufnahmegesuch der Bundespolizei stattgegeben, was die Verpflichtung nach sich zieht, die betreffende Person wieder aufzunehmen und angemessene Vorkehrungen für die Ankunft zu treffen (Art. 18 Abs. 1 Dublin III-VO). Darüber liegt zwar in der Akte keine ausdrückliche Bestätigung vor. Es ergibt sich aber aus der E-Mail-Korrespondenz [...], nach der Einigkeit zwischen der Bundespolizei [und den] griechischen Behörden über die Rückführung des Antragstellers erzielt wurde.« (Rn. 51).

Eine weitere Auseinandersetzung mit dem tatsächlichen Vorgang bei der Bundespolizei erfolgt nicht.

#### 1. Zum Anwendungsbereich der Dublin-III-Verordnung

Die vorangegangene Diskussion, ob im vorliegenden Fall die Dublin-III-Verordnung anwendbar ist, hat das VG mit der Behauptung, ein Dublin-Verfahren sei durchgeführt worden, inzident positiv beantwortet.

Aus rechtlicher Sicht ist dies nicht überraschend, doch hat die Bundespolizei im laufenden Verfahren genau das Gegenteil behauptet: Die Einreiseverweigerung sei allein auf Grundlage von § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG erfolgt, die darauffolgende Zurückweisung – selbst nach dem zweiten Versuch – sei gerade keine Dublin-Überstellung gewesen, sondern ein Verfahren außerhalb dieser Verordnung.

<sup>29</sup> Schon Art. 16 ist als Zuständigkeitskriterium konzipiert, vgl. Filzwieser/Sprung, Die Dublin III-Verordnung, Art. 16, K. 4. Zudem kann sich auch bei Ermessensentscheidungen bei Ermessensreduktion auf Null ein Anspruch ergeben. Zur EuGH-Rechtsprechung zum Individualrechtsschutz siehe unten, Abschnitt IV.3.

<sup>30</sup> Insbesondere in griechischen Flüchtlingslagern dürfte ein ausführliches psychologisches Attest aufgrund der dort herrschenden Versorgungslage kaum zu erlangen sein, so ausdrücklich VG Berlin, Beschluss vom 15.3.2019 – 23 L 706.18 A – asyl.net: M27101, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 193.

Eine europarechtskonforme Auslegung des § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG erfordere nicht die Einleitung und Durchführung eines Dublin-Verfahrens durch die deutschen Behörden, sondern die unmittelbare Zurückweisung – und damit die Nichtanwendung der europäischen Verordnung – ver helfe vielmehr dem europarechtlichen Regelungssystem zur Geltung. Die Bundespolizei spricht dabei von einem »sog. ›Pre-Dublin-Verfahren« für die Bestimmung des für die Durchführung des Dublin-Verfahrens zuständigen Mitgliedstaats, für welche es »keine besonderen Verfahrensregelungen« gebe.

Die Behauptung, es gebe ein »sog. ›Pre-Dublin-Verfahren««, wodurch man den Anwendungsbereich der Dublin-III-Verordnung aushebeln könnte, widerspricht geltendem europäischen Primär- und Sekundärrecht.<sup>31</sup> Der Anwendungsbereich der verbindlichen Dublin-III-Verordnung ist in den vorliegenden Fällen eröffnet.<sup>32</sup> Die Bindungswirkung lässt sich nicht durch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Dublin-III-Verordnung durch einseitige (oder bilaterale) Vorschriften umgehen.<sup>33</sup> Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 wird davon jeder Antrag auf internationalen Schutz von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates »einschließlich an der Grenze oder in den Transit zonen« umfasst. Selbst im Rahmen eines Flughafenverfahrens würde ein Dublin-Verfahren im Transit durchgeführt werden und nicht ersatzlos wegfallen.<sup>34</sup> Auch eine Einführung von Grenzkontrollen kann also daran nichts ändern – wie die aktuelle EuGH-Rechtsprechung zu *Arib*<sup>35</sup> bestätigt.<sup>36</sup> Zudem hat der EuGH in *Hasan* betont, dass selbst bei mehrfacher Weiterwanderung die Dublin-Rege-

lungen anzuwenden sind.<sup>37</sup> Die jüngste EuGH-Rechtsprechung zu Wiederaufnahmeverfahren in der Entscheidung *H. und R.* bestätigt erneut, dass überhaupt ein Verfahren samt Rechtsschutzgewährleistung durchgeführt werden muss, wenngleich zum Prüfungsumfang Fragen offen bleiben.<sup>38</sup> Ein »sog. ›Pre-Dublin-Verfahren« kann demnach nicht im Einklang mit der Dublin-III-Verordnung etabliert werden.<sup>39</sup>

### 2. Zur Durchführung des Dublin-Verfahrens

Dass jedoch entgegen der eigenen Aussage der Bundespolizei im hiesigen Fall ein Dublin-Verfahren stattgefunden haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Diese Behauptung trifft das VG allein auf Grundlage einer nicht näher konkretisierten E-Mail-Korrespondenz zwischen deutscher und griechischer Seite. Unabhängig von der gänzlich fehlenden Prüfung der Zuständigkeitskriterien (nicht einmal einer möglicherweise drohenden Verletzung von Art. 3 EMRK bei Rückführung nach Griechenland),<sup>40</sup> noch dazu durch die unzuständige Bundespolizei, bleiben entscheidende Fragen offen:

#### a) Keine Durchführung per Mail

Unklar ist bereits, ob überhaupt eine Dublin-Entscheidung erlassen wurde, die nach Art. 26 Abs. 1 den Betroffenen regelmäßig zuzustellen ist und die nach Art. 26 Abs. 2 UAbs. 1 mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist. Sollte eine solche Entscheidung ergangen sein, ist unklar, in welchem Dokument sie dem Betroffenen übermittelt wurde. Die Einreiseverweigerung kann in diesem Fall den Dublin-Bescheid nicht ersetzen. Sie verweigert die Einreise und kündigt unter Wiedergabe des Wortlauts von § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylG ein noch durchzuführendes Verfahren an (»und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird«). Sie wurde bereits erlassen und dem Betroffenen übermittelt, bevor zwischen Deutschland und Griechenland diesbezüglich eine Kommunikation statt-

<sup>31</sup> Vgl. m. w. N. Cremer, Zurückweisungen von Flüchtlingen an der Grenze? Eine menschen- und europarechtliche Bewertung, Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Zweite, erweiterte und aktualisierte Auflage, 19.6.2018, S. 4f., <https://bit.ly/2W8GpTs>.

<sup>32</sup> Ausführlich zum Anwendungsbereich im für diesen Präzedenzfall erstellten Gutachten, Lübke, Vereinbarkeit der Zurückweisungspraxis unter dem deutsch-griechischen »Seehofer-Abkommen« mit unionsrechtlichen Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz, Gutachten vom 6.12.2018, <https://bit.ly/2VYPGQq>.

<sup>33</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.7.2016 – 6/16 (Costa v. E.N.E.L.). Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fachbereich Europa, Dublin-III-Verordnung – Zurückschiebung von Drittstaatsangehörigen und Antragstellern, 27.10.2015, PE 6-3000-128/15: »Erst wenn die Dublin-III-Verordnung nicht greift, können andere Normen [...] oder bilaterale Rückübernahmeabkommen zur Anwendung kommen«, <https://bit.ly/2VHYLQo>.

<sup>34</sup> So auch Thym, »Zurückweisungen« von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, NJW 2018, 2353 (2354).

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 19.3.2019 – C-444/17, *Arib* gg. Frankreich – asyl.net: M27098, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 198; siehe auch PRO ASYL, Drei EuGH-Urteile – eine fragwürdige Berichterstattung, 22.3.2019, <https://bit.ly/2JpPwJq>.

<sup>36</sup> Vgl. Hruschka, Anmerkung zum EuGH-Urteil *Arib*, in diesem Heft ab S. 147. Ohnehin sagte der Parl. Staatssekretär Mayer, dass eine Zurückweisung von Personen an der deutsch-österreichischen Grenze sich nicht an Artikel 43 Asylverfahrensrichtlinie orientiere, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/60, Sitzung vom 7.11.2018, Antwort zu Frage 48.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 25.1.2018 – C-360/16, Deutschland gg. Hasan – Asylmagazin 4/2018, S. 133 ff., asyl.net: M25901.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 2.4.2019 – C-582/17 u. C-583/17, Niederlande gg. H. und R. – asyl.net: M27138, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 190; siehe Nestler/Vogt, Anmerkung zum EuGH-Urteil H. und R., in diesem Heft ab S. 162.

<sup>39</sup> So gibt auch Thym zu verstehen: »Die politisch bisweilen geäußerte Vorstellung, dass man Zurückweisungen einer Dublin-Prüfung gleichsam vorschalten könnte und so die Anwendung des Europarechts verhinderte, findet in der Dublin III-Verordnung keine Grundlage«, vgl. Thym, »Zurückweisungen« von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, NJW 2018, 2353 (2353).

<sup>40</sup> Allein das Stützen auf einen Eurodac-Treffer reicht für eine Zuständigkeitsprüfung nicht aus, vgl. nur EuGH, Urteil vom 31.5.2018 – C-647/16, Hassan gg. Frankreich – Asylmagazin 7–8/2018, S. 260 ff., asyl.net: M26279, Rn. 63.

gefunden hat. Das für eine Dublin-Entscheidung erforderliche abgeschlossene Wiederaufnahmeverfahren nach Art. 23 ff. kann zum Zeitpunkt des Entscheidungserlasses demnach noch nicht erfolgt sein. Die Einreiseverweigerung enthält zudem keine einer Dublin-Entscheidung entsprechende Rechtsbehelfsbelehrung, die auch über erforderlichen Eilrechtsschutz belehren müsste (Art. 26 Abs. 2 UAbs. 1 i. V. m. Art. 27 Abs. 3 Bst. c Dublin-III-VO).<sup>41</sup>

Ebenfalls wird die Behauptung des VG, die Bundespolizei habe ein Wiederaufnahmegesuch gestellt, nicht näher belegt. Eine Verständigung über DubliNet hat nicht stattgefunden.<sup>42</sup> Sollte das VG unter Bezugnahme auf etwaige E-Mails die Übersendung der »*Notification of refusal*« durch die Bundespolizei an die griechische Asylbehörde meinen, so ist auch diese erst verschickt worden, nachdem die Entscheidung dem Betroffenen schon übermittelt wurde. Gleiches gilt für eine vermeintliche, ebenfalls vom VG nicht näher bezeichnete »Antwort« Griechenlands. Selbst wenn Griechenland entsprechend dem Verwaltungsabkommen ein automatisches Antwortsystem eingerichtet haben sollte, so ersetzt dies nicht die Überprüfung, die im Dublin-Verfahren nach Art. 25 Abs. 1 vorgesehen ist. Gleiches gilt im Übrigen für die derzeit erforderliche individuelle Zusicherung, dass die überstellte Person entsprechend den Vorgaben der Aufnahmerichtlinie untergebracht wird.<sup>43</sup>

Der EuGH hat bereits in seiner Entscheidung in der Rechtssache Hassan klargestellt, dass der Dublin-Bescheid nach Art. 26 Abs. 1 erst erlassen werden darf, nachdem der ersuchte Mitgliedstaat dem Gesuch ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat.<sup>44</sup> Dadurch soll ausdrücklich der Schutz der Rechte der betroffenen Person gestärkt werden, indem ihr die gesamte Begründung der Entscheidung mitgeteilt wird, damit sie diese gegebenenfalls beim zuständigen Gericht anfechten und die Aussetzung ihres Vollzugs beantragen kann.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> So auch EuGH, Hassan-Urteil, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 71.

<sup>42</sup> So aber von Art. 15 Abs. 1 Dublin-Durchführungsverordnung gefordert. Auch das Formblatt für das Wiederaufnahmegesuch, dessen Verwendung Art. 2 Dublin-Durchführungsverordnung vorschreibt, wurde nicht genutzt.

<sup>43</sup> »Übernahmeersuchen werden für nicht-vulnerable Personen gestellt, für die Griechenland ab dem 15. März 2017 zuständig geworden ist. In jedem Fall wird eine individuelle Zusicherung bezüglich Aufnahme und Unterkunft sowie Durchführung des Asylverfahrens gemäß EU-Standards erbeten«, aus der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, u. a., BT-Drs. 19/8340, Antwort zu Frage 12c); Europäische Kommission, Empfehlung vom 8.12.2016 – C(2016) 8525 final –, Empfehlung Nr. II (10), <https://bit.ly/2Eh3b18>; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 31.7.2018 – 2 BvR 714/18 – asyl.net: M26565, Rn. 25; Beschluss vom 8.5.2017 – 2 BvR 157/17 – Asylmagazin 7–8/2017, S. 292 f. – asyl.net: M25069, Rn. 22.

<sup>44</sup> EuGH, Hassan-Urteil, a. a. O. (Fn. 40). Dies gilt selbst dann, wenn die Antwort zwischen Erlass der Entscheidung und Zustellung eintrifft, Rn. 73; vgl. ebenso EuGH, Urteile vom 26.7.2017 – C-646/16, Jafari gg. Österreich und C-490/16, A.S. gg. Slowenien – Asylmagazin 9/2017, S. 355 ff., asyl.net: M25273, Rn. 54.

<sup>45</sup> EuGH, Hassan-Urteil, a. a. O. (Fn. 40), Rn. 53.

## b) Keine weiteren Verfahrensschritte

Auch außerhalb der vom VG benannten E-Mail-Korrespondenz fehlen Anhaltspunkte für die Durchführung eines Dublin-Verfahrens: Das Asylgesuch des Betroffenen während der polizeilichen Vernehmung wurde nicht registriert oder der zuständigen Behörde weitergeleitet, wie im AsylG vorgesehen.<sup>46</sup> Der Betroffene hat keinerlei Informationen nach Art. 4 erhalten – dies schließt Informationen zur Einlegung von Rechtsbehelfen nach der Dublin-III-Verordnung mit ein. Es hat kein nach Art. 5 Abs. 1 erforderliches persönliches Gespräch stattgefunden. Insbesondere muss hiernach Antragstellenden die Gelegenheit gegeben werden, alle sachdienlichen Informationen beizubringen, die für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates von Bedeutung sind, bevor eine Überstellungsentscheidung ergeht.<sup>47</sup> Auch hier kann die Behauptung des Gerichts, der Antragsteller habe ausreichend Gelegenheit gehabt, während der polizeilichen Vernehmung und – nach dem ersten erfolglosen Rückführungsversuch – im Haftanordnungstermin seine besonderen Bedürfnisse als vulnerable Person geltend zu machen, nicht den genannten Anforderungen genügen. Eine 47-minütige Beschuldigtenvernehmung anlässlich der Urkundenfälschung durch nicht entsprechend geschultes Personal kann nicht als Gelegenheit gewertet werden, über traumatische Folter zu sprechen – noch dazu, wenn der Betroffene in keiner Weise darüber informiert wurde, dass das Gespräch Verfahrensschritte nach dem Dublin-Verfahren einleiten würde oder es überhaupt das Asylverfahren betreffen würde.

Weiterhin sind keinerlei Rechtsschutzgarantien nach Art. 27 eingehalten worden, dem Betroffenen wurde faktisch keine Möglichkeit gegeben, einen Rechtsbehelf gegen eine etwaige Dublin-Entscheidung einzulegen.<sup>48</sup> Neben dem fehlenden angreifbaren Bescheid nach Art. 26 Abs. 1 und der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung samt Eilrechtsschutz nach Art. 26 Abs. 2 UAbs. 1 wurde entgegen Art. 27 Abs. 5 nicht sichergestellt, dass die betreffende Person rechtliche Beratung in Anspruch nehmen kann. Dabei hat der EuGH in seiner *Ghezelbash*-Entscheidung bereits betont, dass – um die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe zu gewährleisten – den Antragstellenden die Möglichkeit zu geben ist, bei einem Gericht innerhalb einer angemessenen Frist eine Aussetzung der Durchführung

<sup>46</sup> Auf Nachfrage der anwaltlichen Vertretung gibt es kein Aktenzeichen beim BAMF.

<sup>47</sup> Vgl. nur EuGH, Urteil vom 7.6.2016 – C-63/15 *Ghezelbash* gg. die Niederlande, Asylmagazin 7/2016 – S. 220 ff. mit Anm., asyl.net: M23883, Rn. 48. Das Unterlassen dieses Gesprächs ist nicht im Nachhinein heilbar und gilt somit als *lex specialis* gegenüber der nationalen Regelung nach § 46 VwVfG, Koehler, Dublin III-VO – Kommentar, Art. 4, Rn. 2.

<sup>48</sup> Hierzu Lübke, VG München zu Seehofer-Präzedenzfall: Kein Schutz des Eilrechtsschutzes?, Verfassungsblog, 10.5.2019, <https://bit.ly/2LO18bd>.

der Überstellungsentscheidung bis zum Abschluss des Rechtsbehelfs zu beantragen und dass ihnen rechtliche Beratung zuteilwerden muss.<sup>49</sup> Art. 27 Abs. 6 UAbs. 4 stellt weiterhin klar, dass die rechtliche Beratung und Vertretung nicht willkürlich eingeschränkt werden darf und der wirksame Zugang der Antragstellenden zu den Gerichten nicht beeinträchtigt wird.<sup>50</sup> Schon der faktische Zugang zu einem Rechtsbeistand ist jedoch innerhalb weniger Stunden ohne vorherige Aufklärung und Unterstützung nicht möglich. Auch der Hinweis auf eine mögliche Rechtsverteidigung im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung betraf allein strafrechtliche Fragen.

Dagegen, dass die Dublin-III-Verordnung hier angewandt wurde, spricht zudem die nicht gewährte Frist von einer Woche, in welcher Betroffene einen Antrag auf aufschiebende Wirkung stellen können und innerhalb der sie nicht abgeschoben werden dürfen. Die Frist verlängert sich zudem bei rechtzeitiger Stellung dieses Antrags bis zur Entscheidung über den Antrag, vgl. Art. 27 Abs. 3 Bst. c Dublin-III-VO.<sup>51</sup> Stattdessen sollte hier der Betroffene bereits am Folgetag rückgeführt werden. Zwar scheiterte diese Rückführung noch am Einschreiten des Flugpersonals. Als der Betroffene im zweiten Versuch tatsächlich nach Griechenland »zurückgewiesen« wurde, waren aber auch erst knappe sechs Tage vergangen und somit war die Frist nicht gewahrt.

### 3. Konsequenz: Kein effektiver (Eil-)Rechtsschutz

Sowohl die Bundespolizei als auch das VG im Eilverfahren verkennen grundlegendes Europarecht und wesentliche EuGH-Rechtsprechung. Zwar stellt die Entscheidung des VG richtigerweise auf die Notwendigkeit der Durchführung eines Dublin-Verfahrens ab – die Behauptung der Bundespolizei, ein solches nicht durchführen zu müssen, ist damit hinfällig. Doch es werden durch das VG nicht die entsprechenden Konsequenzen aus dieser Erkenntnis gezogen.<sup>52</sup>

Der Individualrechtsschutz ist dabei nach Rechtsprechung des EuGH sehr weitreichend. Bereits 2016 hat der Gerichtshof in den Rechtssachen *Ghezelbash* und *Karim*<sup>53</sup> klargestellt, dass es ein subjektives, justiziables Recht auf fehlerfreie Anwendung der Zuständigkeitskriterien der

Dublin-III-Verordnung gibt.<sup>54</sup> Er beruft sich dabei auf die Regelungen zum Recht auf ein wirksames Rechtsmittel nach Art. 27 Abs. 1 sowie den 19. Erwägungsgrund, der einen wirksamen Schutz der Rechte der Betroffenen im Einklang mit Art. 47 GR-Charta gewährleisten will. Danach sei ein wirksamer Rechtsbehelf gegen drohende Überstellungen vorgesehen, der sowohl eine Prüfung der Anwendung der Dublin-III-Verordnung als auch eine Prüfung der Rechts- und Sachlage im Zielstaat der drohenden Überstellung umfassen soll. Ausdrücklich bestätigt der EuGH, dass der Unionsgesetzgeber in der Dublin-III-Verordnung nicht nur organisatorische Regeln für die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten normiert hat, sondern er die Asylsuchenden an dem Verfahren zur Zuständigkeitsbestimmung beteiligen will. Zu diesem Zweck seien die Mitgliedstaaten zu folgenden Maßnahmen verpflichtet worden:

- Unterrichtung der Asylsuchenden über die Zuständigkeitskriterien;
- Gewährleistung, dass die Asylsuchenden Informationen vorbringen können, die die fehlerfreie Anwendung der Zuständigkeitskriterien ermöglichen;
- Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbehelfs gegen die am Ende des Verfahrens möglicherweise ergehende Überstellungsentscheidung.<sup>55</sup>

Damit ist die *Abdullahi*-Entscheidung<sup>56</sup> des EuGH zur Dublin-II-Verordnung überholt, nach der den Betroffenen nur das Recht eingeräumt wurde, gegen die Überstellung in einen Zielstaat vorzugehen, wenn dort wegen systematischer Mängel eine Verletzung von Art. 3 EMRK und Art. 4 GR-Charta drohten.<sup>57</sup>

Die Rechtsprechung zur Dublin-III-Verordnung wurde vom EuGH in den Entscheidungen *Mengesteab* und *Shiri*<sup>58</sup> fortentwickelt und dahingehend erweitert, dass sich Schutzsuchende auch auf die Einhaltung von Fristen und auf einen Zuständigkeitsübergang durch Fristablauf berufen können. Dies gilt nach der *Hasan*-Entscheidung<sup>59</sup> auch bei Mehrfachweiterwanderung. Nach der Entscheidung in der Rechtssache *Hassan*<sup>60</sup> können sich Betroffene ebenso auf die Einhaltung der Reihenfolge von Aufnah-

<sup>49</sup> EuGH, *Ghezelbash*-Urteil, a. a. O. (Fn. 47), Rn. 50.

<sup>50</sup> Lübke, zu Seehofer-Präzedenzfall, a. a. O. (Fn. 48). Zum faktischen Zugang zu Recht und Gericht, vgl. auch Hilb, Effektiver Zugang zu Recht im Asylverfahren, Beilage zum Asylmagazin 7–8/2017, S. 2.

<sup>51</sup> Vgl. Hruschka, Dublin ist kein Fünf-Minuten-Verfahren – Zu Zurückweisungen an der Grenze, Verfassungsblog, 23.6.2018, <https://bit.ly/2yOYTON>.

<sup>52</sup> Ausführlich zum Rechtsschutz Lübke, Gutachten, a. a. O. (Fn. 32).

<sup>53</sup> EuGH, *Ghezelbash*-Urteil, a. a. O. (Fn. 47); EuGH, Urteil vom 7.6.2016 – C-155/15, *Karim* gg. Schweden – [asyl.net](https://asyl.net): M23884.

<sup>54</sup> Vgl. zum subjektiven Recht gegen eine Überstellung und auf eine Überstellung vgl. Nestler/Vogt, *Dublin-III reversed – Ein Instrument zur Familienzusammenführung?*, ZAR 1/2017, S. 21.

<sup>55</sup> EuGH, *Ghezelbash*-Urteil, a. a. O. (Fn. 47), Rn. 51.

<sup>56</sup> EuGH, Urteil vom 10.12.2013 – C-394/12 *Abdullahi* gg. Österreich – [asyl.net](https://asyl.net): M21347.

<sup>57</sup> Vgl. auch Anmerkung zu *Ghezelbash* von Hoppe, NVwZ 2016, S. 160 und von Habbe, *Asylmagazin* 7/2016, S. 206.

<sup>58</sup> EuGH, Urteil vom 26.7.2017 – C-670/16, *Mengesteab* gg. Deutschland – *Asylmagazin* 9/2017, S. 357 ff. – [asyl.net](https://asyl.net): M25274; EuGH, Urteil vom 25.10.2017 – C-201/16, *Shiri* gg. Österreich – *Asylmagazin* 1–2/2018, [asyl.net](https://asyl.net): M25607; siehe Anmerkung hierzu von Hruschka, *Asylmagazin* 1–2/2018, S. 46.

<sup>59</sup> EuGH, *Hasan*-Urteil, a. a. O. (Fn. 37).

<sup>60</sup> EuGH, *Hassan*-Urteil, a. a. O. (Fn. 40).

mege such, Antwort und Dublin-Bescheid berufen. Dies begründet der Gerichtshof unter anderem damit, dass die betroffene Person sonst gezwungen wäre, ein Rechtsmittel gegen eine Überstellungsentscheidung »vorsorglich« einzulegen, noch bevor der ersuchte Mitgliedstaat überhaupt geantwortet hat. Dies widerspräche einem wirksamen Rechtsschutz.

Die Möglichkeit der Geltendmachung dieser Rechte wird nun durch das Vorgehen der Bundespolizei nach dem Verwaltungsabkommen vollständig umgangen. Aber auch das VG München scheint die Nichteinhaltung dieser grundlegenden Verfahrensgarantien (vorerst) nicht zu stören. Nach der Rechtsauffassung des Gerichts könnte letztlich jede Art von Entscheidung bzw. jede tatsächliche Rückführung in einen anderen Mitgliedstaat außerhalb der Regeln der Dublin-III-Verordnung als Dublin-Überstellung interpretiert werden, sobald ein Kontakt zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden bestand – ohne dass die Missachtung zwingender Vorgaben entsprechende Konsequenzen hätte.

Das Gericht nimmt sich dabei die ureigene Kontrollfunktion: Hätte der Betroffene – wie vorgesehen – Zugang zu einem Gericht vor der Rückführung gehabt, hätte er die Verletzung individualrechtsschützender Normen gerichtlich geltend machen können. Dann wäre es Aufgabe des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob im Ergebnis wegen drohender Rechtsverletzungen eine Überstellung zunächst gestoppt wird oder nicht. Da die Bundespolizei aber »schnell genug« war, den Betroffenen unmittelbar zurückzuführen, hat sich nach Interpretation des VG der diesbezügliche Eilrechtsschutz gleichsam erledigt.

Dabei liegt die Alternative auf der Hand: Werden alle Regeln zum Eilrechtsschutzverfahren letztlich willkürlich ignoriert, muss das Gericht unverzüglich die Rückholung anordnen. Nur so kann effektivem Rechtsschutz Rechnung getragen werden. Im medial bekannten Fall Sami A. war umgehend eine Rückholung nach Deutschland angeordnet worden, weil eine gerichtliche Anordnung missachtet wurde.<sup>61</sup> Im vorliegenden Fall scheint demgegenüber die Missachtung des gesetzlich vorgesehenen Zugangs zu Gericht und damit die Missachtung eines grundlegenden Rechtsschutzsystems für den Folgenbeseitigungsanspruch nicht auszureichen.<sup>62</sup> Durch diese Umgehung der Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes stehen neben der europarechtlichen Rechtswidrigkeit ebenso grund- und menschenrechtliche Rechte, insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 13 EMRK infrage.

## V. Aushebelung von Rechtsschutz durch Symbolpolitik

Die dargestellte Praxis im Einzelfall verdeutlicht, dass es hier um mehr als bloße Symbolpolitik und um mehr als eine politische Abschreckungsmaßnahme gegenüber Schutzsuchenden geht: Während die Bundespolizei offen zugibt, sich nicht an zwingend anzuwendendes europäisches Recht zu halten, wird durch die Nichtgewährung des unmittelbaren Eilrechtsschutzes durch das VG ein bestehendes Rechtssystem konterkariert. Damit geht es um die Garantie effektiven Rechtsschutzes. Es ist höchst problematisch, wenn durch den Vollzug von Entscheidungen erst einmal Fakten geschaffen werden können – ohne dass die Bundespolizei ausreichend geprüft hat und ohne dass ein Gericht seine Kontrollfunktion zuvor wahrnehmen konnte.

Immerhin dürfte die Entscheidung des VG München Auswirkungen für künftige Fälle haben: Die Auffassung der Bundespolizei, dass sie auf der Basis bilateraler Verwaltungsabkommen »Pre-Dublin-Verfahren« durchführen kann, war dem Gericht offenbar keine nähere Erörterung wert, ihr wurde im Ergebnis eine klare Absage erteilt. Wenn es sich dann aber bei diesen »Zurückweisungen« nach Griechenland und Spanien um Dublin-Überstellungen handelt, so sind die – zuständigen – Behörden verpflichtet, alle Garantien der Dublin-III-Verordnung einzuhalten.

Allgemein betrachtet stehen die vorliegenden Praxiserfahrungen exemplarisch für den Trend, Verfahren möglichst im Schnellverfahren durchzuziehen, und damit für die faktischen Hürden, die beim Zugang zu Rechtsberatung und damit zu effektivem Rechtsschutz errichtet werden.

An der deutschen Grenze hätte das neue Verfahren nun zur Folge, dass Betroffene ohne Prüfung in andere EU-Mitgliedstaaten weitergeschoben werden sollen. Es ist offensichtlich, dass das andere Mitgliedstaaten kritisch beobachten. Ein Absegnen eines solchen Vorgehens könnte weitreichende Konsequenzen haben, da es dann wohl nicht bei diesen beiden bilateralen Abkommen bleiben würde: Es könnte zu Kettenreaktionen kommen, indem weitere Mitgliedstaaten ebenfalls national oder bilateral Flüchtlinge bereits an der Grenze abweisen wollen – bis die Betroffenen schließlich gar keine Zuflucht mehr finden können. »*Refugees in Orbit*« und mögliche Menschenrechtsverletzungen wären die Folge. Ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem sieht anders aus.

Doch weder Symbolpolitik noch politische Wunschvorstellungen dürfen und können rechtlich verbindliche Maßstäbe ersetzen. Dazu gehört zweifelsohne der Zugang zu effektivem Rechtsschutz.

<sup>61</sup> VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 13.7.2018 – 8 L 1315/18.

<sup>62</sup> So herleitend Lübke, zu Seehofer-Präzedenzfall, a. a. O. (Fn.48).

## Neues zur Familieneinheitslotterie im Dublin-Verfahren

### Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 2. April 2019 in der Rechtssache »H. und R.«

#### Inhalt

- I. Sachverhalt und Vorlagefrage
- II. Rechtsgrundlage des Wiederaufnahmeverfahrens
- III. EuGH Entscheidung
  1. Wiederaufnahmeverfahren anwendbar bei stillschweigender Antragsrücknahme
  2. Unterscheidung von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren
  3. Familieneinheit durch die Hintertür
- IV. Bewertung der EuGH-Entscheidung
  1. Familieneinheit als Zufallsfrage
  2. Endgültige Zuständigkeit bei Art. 18?
  3. Ziel des Dublin-Verfahrens: Richtiger Mitgliedstaat oder ein Mitgliedstaat?
- V. Folgen und Leerstellen der EuGH-Entscheidung
  1. Dublin-Verfahren und Rechtsbehelf bleiben bestehen
  2. Berücksichtigung von Familienangehörigen nach Art. 7 Abs. 3
  3. Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Abs. 1
  4. Free Choice?
  5. Rechtsunsicherheit und Rückschritt für den Menschenrechtsschutz

#### I. Sachverhalt und Vorlagefrage

Der Europäische Gerichtshof hatte sich in zwei verbundenen Fällen<sup>1</sup> mit folgender Konstellation auseinanderzusetzen: Eine Person reist in einen Mitgliedstaat A (hier in beiden Fällen Deutschland) ein und stellt dort einen förmlichen Asylantrag. Mitgliedstaat A leitet gemäß seiner Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung<sup>2</sup> ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates ein. Die Person hat ein Familienmitglied in einem anderen Mitgliedstaat B (hier in beiden Fällen ein Ehe-

mann in den Niederlanden<sup>3</sup>), welchem bereits internationaler Schutz zuerkannt wurde. Die Person wartet nicht ab, bis Mitgliedstaat A den Mitgliedstaat B wegen ihres dort aufhältigen Familienmitglieds als zuständig ermittelt und um Aufnahme ersucht hat, sondern reist weiter und beantragt in Mitgliedstaat B erneut Asyl. Mitgliedstaat B leitet seinerseits das Dublin-Verfahren ein und erhält bei der Überprüfung einen EURODAC-Treffer, der belegt, dass die Person bereits einen Asylantrag in Mitgliedstaat A gestellt hat. Weil Staat A dem Ersuchen von Staat B stattgibt oder nicht rechtzeitig antwortet, wird Staat A laut Dublin-III-VO für die Prüfung des Asylverfahrens der betroffenen Person zuständig. Daher erlässt Staat B einen sogenannten Dublin-Bescheid, in dem er die Prüfung des Asylantrags ablehnt.

Da aber die betroffene Person eben ein Familienmitglied in Staat B hat, wollte das vorlegende Gericht vom EuGH wissen, ob sie sich mit einem Rechtsbehelf nach Art. 27 gegen den Dublin-Bescheid auf die Regelung des Art. 9 zur Herstellung der Familieneinheit berufen kann. Falls die Geltendmachung der Familieneinheit in Staat B auf diesem Wege nicht möglich wäre, könnte die betroffene Person auch in Staat A die Familienzusammenführung nicht mehr einfordern. Nach Überstellung von Staat B nach A und Abschluss der Zuständigkeitsprüfung in letzterem, wäre nämlich die Frist für die Einleitung eines Aufnahmeverfahrens zurück in den wegen des Familienmitglieds zuständigen Staat B wahrscheinlich abgelaufen.

Nach Art. 9 ist der Mitgliedstaat für die Durchführung des Verfahrens zuständig, in dem sich ein Familienmitglied aufhält, welches bereits schutzberechtigt ist. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der Gerichtshof nimmt an, dass Schutzsuchende sich im Wiederaufnahmeverfahren »grundsätzlich nicht auf das in Art. 9 der Verordnung niedergelegte Zuständigkeitskriterium berufen« können.<sup>4</sup>

Der Gerichtshof hatte hier eine Grundsatzfrage zu beantworten: Wie strikt ist die Trennung zwischen Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren in der Dublin-III-VO angelegt? Er entscheidet sich, durchaus überraschend, für eine äußerst weitgehende Trennung, die erhebliche Folgen für die Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten haben dürfte und die dem hohen Stellenwert der Familien-

\* Robert Nestler arbeitet als Juristischer Koordinator bei Equal Rights Beyond Borders e. V. in Berlin; Vinzent Vogt ist ebendort Juristischer Koordinator Athen und darüber hinaus Mitglied der Forschungsstelle Migrationsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; E-Mail: info@equal-rights.org. Zitierte Links wurden zuletzt abgerufen am 6.5.2019, sie wurden teilweise unter Verwendung eines Kurz-URL-Dienstes zur Veröffentlichung in Kurzlinks umgewandelt. Die Autoren danken der Redaktion für überaus hilfreiche Überarbeitungen und Änderungsvorschläge.

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 2.4.2019 in den Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Niederlande gegen H. und R., asyl.net: M27138, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 190.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 vom 26.6.2013, abrufbar auf [asyl.net](http://asyl.net) unter Gesetzestexte. Im Folgenden: Dublin-III-VO. Alle im Folgenden nicht anders bezeichneten Vorschriften sind solche dieser VO.

<sup>3</sup> In der Rechtsache C-583/17 stand allerdings der Verdacht einer »Scheinehe« im Raum.

<sup>4</sup> Tenor, Hervorhebungen durch die Verfasser.

einheit im Rahmen der Dublin-III-VO nicht ausreichend Rechnung trägt (siehe dazu Abschnitte IV–V).

Um zu dieser Unterscheidung zu kommen, musste vorab festgestellt werden, auf welcher Rechtsgrundlage Mitgliedstaat B überhaupt das Wiederaufnahmeverfahren einleiten durfte (siehe Abschnitte II–III).

## II. Rechtsgrundlage des Wiederaufnahmeverfahrens

Die Dublin-III-VO unterscheidet zwischen Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren. Vereinfacht gesagt ist ein Aufnahmeverfahren einzuleiten, wenn zuvor noch kein Asylantrag in einem anderen Mitgliedstaat gestellt wurde. Um ein Wiederaufnahmeverfahren handelt es sich demgegenüber, wenn bereits in einem anderen Mitgliedstaat Asyl beantragt wurde.<sup>5</sup> Für Letzteres sind vier Konstellationen denkbar, die in Art. 18 Abs. 1 Bst. b bis d bzw. Art. 20 Abs. 5 normiert sind.<sup>6</sup>

### Voraussetzungen für Wiederaufnahmeverfahren

Mitgliedstaat A ist verpflichtet eine antragstellende Person wieder aufzunehmen,

- die während des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens in Mitgliedstaat A ihren Asylantrag dort zurückzieht (Art. 20 Abs. 5)
- die während der Prüfung ihres Asylantrags in der Sache (also nach Ende des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens) Mitgliedstaat A verlässt (Art. 18 Abs. 1 Bst. b)
- die während der Asylantragsprüfung in der Sache ihren Asylantrag in Mitgliedstaat A zurücknimmt (Art. 18 Abs. 1 Bst. c)
- deren Asylantrag in Mitgliedstaat A abgelehnt wurde (Art. 18 Abs. 1 Bst. d)

In den in Rede stehenden Fällen hatte Mitgliedstaat B Mitgliedstaat A auf Grundlage von Art. 18 Abs. 1 Bst. b ersucht.

Die Vorschrift setzt voraus, dass der *Antrag* in Staat A bereits inhaltlich geprüft wird (genau wie bei Art. 18 Abs. 1 Bst. c) bzw. geprüft wurde (Bst. d). Ausweislich Art. 2 Bst. d darf sich Mitgliedstaat A also gerade nicht mehr im Zuständigkeitsbestimmungsverfahren bzw.

Dublin-Verfahren befinden. Art. 18 selbst ist demnach an sich keine Zuständigkeitsvorschrift, sondern ermöglicht nur die (Rück-)Überstellung.<sup>7</sup>

In beiden infrage stehenden Fällen dauerte das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren im Mitgliedstaat A jeweils noch an. Die Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 Bst. b war also nicht anwendbar. Gegenstand der ersten Vorlagefrage an den EuGH war daher, ob ein Wiederaufnahmegesuch – gegebenenfalls auf anderer Grundlage – überhaupt das Mittel der Wahl war.

## III. EuGH-Entscheidung

### 1. Wiederaufnahmeverfahren wegen stillschweigender Rücknahme des Antrags

In Betracht kam nur ein Wiederaufnahmegesuch auf Grundlage des Art. 20 Abs. 5 bei Rücknahme des Asylantrags noch vor Beendigung des Verfahrens zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates. Eine ausdrückliche Rücknahme der Asylanträge vor Verlassen von Staat A lag jedoch in keinem der beiden Fälle vor.

Um Wiederaufnahmeverfahren in den vorliegenden Konstellationen dennoch zu ermöglichen, wendet der EuGH Art. 20 Abs. 5 über die Wortlautgrenzen an: Der Anwendungsbereich müsse erst recht eröffnet sein, wenn der Antrag nicht zurückgenommen wurde. Eine irreguläre Weiterreise sei deshalb als stillschweigende Rücknahme zu werten (Rn. 49 f.). Der minimale Argumentationsaufwand ist überraschend, ermöglicht die Vorschrift doch die Rücküberstellung. Eine Auseinandersetzung mit der Legaldefinition der »Rücknahme« (Art. 2 Bst. e) findet nicht statt.<sup>8</sup> Dabei ist alles andere als eindeutig, dass allein die Weiterreise als Rücknahme verstanden werden kann. Die Definition der Rücknahme muss als Verweis auf die Asylverfahrensrichtlinie<sup>9</sup> verstanden werden, die in Art. 28 auch Voraussetzungen der stillschweigenden Rücknahme bereithält. Wann ein Asylantrag als zurückgenommen gilt, richtet sich demnach nach mitgliedstaatlicher (hier: deutscher) Umsetzung.<sup>10</sup> Die – abschließende – Liste des § 33 AsylG hält jedenfalls keine Alternative bereit, unter der in der bloßen Weiterreise eine Rücknahme zu sehen

<sup>5</sup> Vgl. Bruns, in: Oberhäuser, Migrationsrecht in der Beratungspraxis, Baden-Baden 2019, § 18, Rn. 36.

<sup>6</sup> Vgl. auch Anhang III der DurchführungsVO zur Dublin-III-VO, VO (EG) 1560/2003, zuletzt geändert durch Durchführungsverordnung (EU) 118/2014; nicht-amtliche zusammengeführte, bereinigte Version verfügbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte«.

<sup>7</sup> Vgl. Filzwieser/Sprung, Die Dublin III-Verordnung, Berlin/Wien 2014, Art. 18, K. 2; Hruschka/Maiani, Dublin III Regulation, in: Hailbronner/Thym, EU Migration and Asylum Law, München u. a. 2016, Art. 18, Rn. 4f.

<sup>8</sup> Zwar spricht Art. 20 Abs. 5 vom »Zurückziehen«, jedoch werden die Begriffe in den Normen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) synonym verwendet, vgl. Art. 28 VfRL, wo beide Begriffe in der gleichen Vorschrift deckungsgleich genutzt werden.

<sup>9</sup> Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013, im Folgenden VfRL, abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte«.

<sup>10</sup> Denn anders als Verordnungen gelten Richtlinien nicht unmittelbar, sondern benötigen vielmehr einen Umsetzungsakt (vgl. Art. 288 AEUV). Die VfRL ist in Deutschland im Asylgesetz umgesetzt.

wäre.<sup>11</sup> Auch in der ebenfalls abschließenden Liste des Art. 28 VfRL sucht man vergeblich. Richtigerweise kann im bloßen Verlassen des Territoriums also gerade keine Rücknahme gesehen werden.

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es mit Blick auf die Zielrichtung der Vorschrift, nämlich das erste Zuständigkeitsbestimmungsverfahren in Mitgliedstaat A zu Ende zu führen, jedenfalls nicht fernliegt, zu hinterfragen, warum die Weiterreise ohne Rücknahme nicht vom Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 5 erfasst ist.<sup>12</sup> Es gibt aber auch in der Verordnung angelegte Gegenargumente. Würde der Begriff der Rücknahme insgesamt so weit verstanden, würde sich die Differenzierung zwischen Art. 18 Abs. 1 Bst. b und c erledigen.<sup>13</sup>

Da also auch die Systematik der Verordnung dagegen spricht, wäre auch mehr Begründungsaufwand nötig, um nur auf den Sinn und Zweck abzustellen und den Wortlaut von Art. 20 Abs. 5 zu übergehen. Denn auch das Bemühen des Gerichtshofs, die Effizienz des Dublin-Systems zu wahren, kann infrage gestellt werden. Wenn das Ziel der Verordnung die rasche Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats und ein effektiver Zugang zum Verfahren ist (Erwägungsgrund 5), warum sollte es dann nicht effektiver sein, wenn Mitgliedstaat B das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren durchführt? Schließlich weiß man unter Umständen gar nicht, wann Schutzsuchende Mitgliedstaat A verlassen haben und wann der Antrag als zurückgenommen gelten muss. Dies unterscheidet diese Konstellation von der aktiven Antragsrücknahme. Die Lösung des EuGH scheint sehr vom Ergebnis her gedacht und verfolgt offenbar das Ziel, den Anwendungsbereich des Wiederaufnahmeverfahrens auszudehnen. Dass eine inhaltliche Herleitung weitgehend ausbleibt, verwundert jedenfalls.

## 2. Unterscheidung von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren

Die Durchführung von Wiederaufnahmeverfahren ist in den vorliegenden Fällen demnach überhaupt erst durch eine extensive Auslegung möglich geworden. In einem zweiten, auf dieser Annahme aufbauenden Schritt nimmt der EuGH Stellung zur Reichweite der Prüfungspflichten im Wiederaufnahmeverfahren.

Anders als es Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen vorgeschlagen hatte,<sup>14</sup> entschied der Gerichtshof, dass im Wiederaufnahmeverfahren eine Anwendung der materiellen Zuständigkeitskriterien des Kapitels III der VO *grundsätzlich* ausscheidet; jedenfalls in einem Fall, in dem Art. 9 in Rede steht.

Zur Unterscheidung von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren beleuchtet der Gerichtshof ausführlich jeweils den Bezug und die Verwendung des Begriffs der »Zuständigkeit«. Ein Aufnahmegesuch sei zu senden, wenn der Staat des ersten Asylantrags (hier Mitgliedstaat A) einen anderen Mitgliedstaat (hier Staat B wegen des Familienmitglieds) für die Prüfung des Asylantrags für *zuständig hält* (Art. 21 Abs. 1). Dies richte sich grundsätzlich nach den Zuständigkeitskriterien des Kapitels III, was dadurch bestätigt werde, dass auch die Beweisstandards in Art. 22 und damit in Abschnitt II des Kapitels III der VO normiert wären (Rn. 54 f.).

Ein Wiederaufnahmegesuch sei dagegen zu senden, wenn der Mitgliedstaat des zweiten Asylantrags (hier B) der Auffassung ist, dass der Mitgliedstaat, in dem der erste Antrag gestellt wurde (hier A), für die Zuständigkeitsbestimmung nach den Art. 20 Abs. 5 sowie Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d *zuständig ist* (Art. 23 Abs. 1). Dieser Vorschrift entnimmt der EuGH in Übereinstimmung mit der Kommission, dass im Wiederaufnahmeverfahren ein anderer Zuständigkeitsbegriff gilt als im Aufnahmeverfahren und dass dabei gerade nicht die Prüfung der materiellen Zuständigkeitskriterien des Kapitels III der Verordnung verlangt wird (Rn. 60). Am Beispiel des Art. 18 Abs. 1 Bst. b heißt das: Es genügt, dass Mitgliedstaat A das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren abgeschlossen hat und in die materielle Prüfung des Asylantrages eingestiegen ist. Ob dies zu Recht geschehen ist, also ob die Zuständigkeitskriterien der Verordnung richtig angewandt wurden, ist (grundsätzlich) unerheblich. Damit macht der EuGH Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d und Art. 20 Abs. 5 zu echten Zuständigkeitskriterien für das Wiederaufnahmeverfahren. Die Zuständigkeit nach den materiellen Kriterien des Kapitels III müsse für das Wiederaufnahmegesuch grundsätzlich gerade nicht feststehen (Rn. 61).

Diese Trennung werde durch weitere Aspekte, etwa die Unterschiede in Art. 22 Abs. 2 bis 5 und 25 (Beweise und Indizien), die entsprechenden Standardformblätter im Anhang der Durchführungs-VO, oder dem Ziel der VO, irreguläre Sekundärmigration zu begrenzen und die Prüfung des Asylantrags nur durch einen Mitgliedstaat zuzulassen (vgl. Rn. 54 ff.), bestätigt. Der EuGH begründet seine Ansicht darüber hinaus allein mit formalen Erwägungen. Der Umstand, dass zwei getrennte Verfahren für Aufnahme- und Wiederaufnahme geregelt wurden, zeige schon, dass es nicht Ziel der Verordnung sein könne, stets eine komplette Prüfung der Kriterien des Kapitels III

<sup>11</sup> Auch die Annahme, dass eine antragstellende Person »untergetaucht« (§ 33 Abs. 2 Nr. 2 AsylG) ist, erfordert qualifizierte Merkmale, wie die vorher versuchte Kontaktaufnahme durch Behörden, vgl. Funke-Kaiser, in: Fritz u. a., Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz, München u. a. 2019 (fortlaufend aktualisiert), § 33, Rn. 55.

<sup>12</sup> Funke-Kaiser, a. a. O. (Fn. 11), § 29, Rn. 261: Die Nichtanwendbarkeit des Art. 20 Abs. 5, wenn der erste Asylantrag vor Ausreise nicht zurückgenommen wurde, ergebe »überhaupt keinen Sinn«.

<sup>13</sup> Vgl. auch Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 2, K. 15, Funke-Kaiser, a. a. O. (Fn. 11), § 29, Rn. 262.

<sup>14</sup> Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 29.11.2018, ECLI:EU:C:2018:975.

durchzuführen – sonst wäre die Unterscheidung zwischen den Verfahren zwecklos (Rn. 73 ff.). Ein weiteres formales Argument waren etwa die kürzeren Fristen für die Antwort auf ein Wiederaufnahmegesuch (Art. 25 Abs. 2) im Vergleich zur Antwort auf ein Aufnahmegesuch (Art. 22 Abs. 7).

Von einer derart strikten Trennung konnte allerdings mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht ausgegangen werden.<sup>15</sup> Zudem vermengt die Verordnung selbst beide Verfahren, etwa in Art. 7 Abs. 3, den der Gerichtshof vollkommen außen vor lässt (vgl. unten, IX.2.).

### 3. Familieneinheit durch die Hintertür

Dass die gefundene Lösung, Art. 9 im Wiederaufnahmeverfahren nicht anzuwenden, mit den grundrechtlich fundierten familieneinheitsbezogenen Zuständigkeitskriterien der Art. 8–10 im Konflikt steht, sieht der EuGH selbst (Rn. 83) und nimmt daher wiederum eine Unterscheidung vor, nämlich zwischen Wiederaufnahmegesuchen nach Art. 18 und solchen nach Art. 20 Abs. 5.

#### *Keine Überprüfung bei Art. 18*

Weil im Rahmen des Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d die Zuständigkeit ja feststehe, erübrige sich eine erneute Bestimmung dieser Zuständigkeit (Rn. 67). Ziel der Verordnung sei es nicht, dass Mitgliedstaat B das Ergebnis der Zuständigkeitsprüfung von Mitgliedstaat A überprüfen könnte. Im Rahmen des Art. 18 scheidet eine Anwendung der Vorschriften des Kapitels III deshalb gänzlich aus (Rn. 77 – vgl. zur Kritik unten, VII.).

Im Rahmen des Art. 20 Abs. 5 könnte demgegenüber nicht ausgeschlossen werden, dass nach der Überstellung zur Wiederaufnahme eine solche wiederum in die entgegengesetzte Richtung stattfindet. Zudem könnte die Frist des Art. 21 Abs. 1 dazu führen, dass ein Aufnahmegesuch von Mitgliedstaat A gerade nicht mehr gesendet werden kann. Und dann könnte eine Zuordnung entgegen der Art. 8–10 stattfinden (Rn. 82 f.). Zu fragen wäre allerdings, ob eben diese Probleme nicht auch im Rahmen des Art. 18 auftreten können.

#### *Ausnahmeregelung über Art. 20 Abs. 5*

Zunächst zu den Fällen des (erweiterten) Art. 20 Abs. 5: Im Rahmen dessen habe, falls die betroffene Person »Gesichtspunkte übermittelt hat, die offensichtlich belegen«, dass Mitgliedstaat B für die Prüfung des Antrags zuständig ist, dieser seine Zuständigkeit anzuerkennen und kön-

ne »nicht rechtswirksam ein Wiederaufnahmegesuch« stellen (Rn. 83). Der EuGH sieht sich also genötigt

»in eine zunächst einseitig an der Allokationseffizienz orientierte Auslegung [...] grundrechtshalber einige Ausnahmen hineinzubrechen«.<sup>16</sup>

Und er wirft dabei wohl mehr Fragen auf, als er zu beantworten imstande ist. Denn zu fragen ist, was »offensichtlich« in diesem Zusammenhang überhaupt heißen soll: Um die Frage, wie schwer Grundrechte verletzt sind, scheint es hier gar nicht zu gehen,<sup>17</sup> sondern nur darum, wie gut die Betroffenen »belegen«, dass ihnen eine Grundrechtsverletzung – nämlich die Rücküberstellung trotz Anwesenheit eines Familienmitglieds – droht. Was ist mit Personen, die keine offensichtlichen Nachweise vorbringen können und dennoch Familienangehörige im Sinne des Art. 2 Bst. g sind? Wie können »offensichtliche« Gesichtspunkte vorgebracht werden, wenn etwa kein Familienbuch, kein Register oder Ähnliches vorliegt?

Trifft den Mitgliedstaat dann eine Ermittlungspflicht? Letzteres nimmt der EuGH offenbar nicht an. Für das Aufnahmeverfahren gelten aber derartige Ermittlungspflichten.<sup>18</sup> Für Fälle des Wiederaufnahmeverfahrens wird für die Herstellung der Familieneinheit nach Art. 9 demnach die Beweislast im Gegensatz zum Aufnahmeverfahren neu verteilt. Zudem gelten andere Beweisstandards: Der EuGH hält die Beweisliste des Art. 22 im Wiederaufnahmeverfahren nicht für anwendbar. Dass dieser Artikel im Abschnitt II steht, der mit »Aufnahmeverfahren« überschrieben ist (Rn. 69 f.), sieht der Gerichtshof vielmehr als ein Indiz für die Unterscheidung an.<sup>19</sup> Nun führt der EuGH anstelle der »Beweismittel« und »Indizien«, die in Art. 22 definiert werden und die Rechtssicherheit schaffen sollten,<sup>20</sup> neue Begrifflichkeiten für das Wiederaufnahmeverfahren ein: »Gesichtspunkte« bzw. »Informationen«, die scheinbar deckungsgleich zu verstehen sind und »offensichtlich« die Zuständigkeit belegen müssen. Weder wird erläutert, wie diese Begriffe zu verstehen sind, noch wird dargestellt, in welcher Form, wann und von wem die notwendigen Informationen ins Verfahren eingebracht werden müssen.

<sup>15</sup> Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 2 K. 15.

<sup>16</sup> Lübke, Der EuGH eröffnet (unbeabsichtigt) neue Wege für »free choice« im Asylrecht, Beitrag im Verfassungsblog vom 5.4.2019.

<sup>17</sup> Anders Lübke, ebd.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 1, wonach der ersuchte Mitgliedstaat die »erforderlichen Überprüfungen« vornimmt, dazu: Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 22, K. 2.

<sup>19</sup> Vgl. nur Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 22, K. 5.

<sup>20</sup> Ebd.

## IV. Bewertung der EuGH Entscheidung

### 1. Familieneinheit als Zufallsfrage

Zunächst ist festzustellen, dass Dublin-Verfahren, die der Familienzusammenführung dienen, sowieso schon von Rechtsunsicherheiten gekennzeichnet und im hohen Maße politisiert sind. Sie werden nicht selten ohne rechtliche Argumente abgelehnt.<sup>21</sup> Wie mit solchen Fällen, in denen Mitgliedstaat B das Aufnahmegesuch trotz Vorlage ausreichender Nachweise rechtswidrig ablehnt, umzugehen ist, bleibt durch den EuGH ungeklärt. Fraglich ist nämlich, wie lange sich Mitgliedstaat A für unzuständig halten darf und muss; damit einher geht die Frage, wie lange Art. 20 Abs. 5 überhaupt anwendbar ist. Denn es gilt: Sobald im Mitgliedstaat A das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren abgeschlossen ist, ist Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d anwendbar und die familieneinheitsschützende Ausnahme, die sich der EuGH ausgedacht hat, damit nicht mehr. Macht Mitgliedstaat A etwa von der Möglichkeit Gebrauch, Mitgliedstaat B das Gesuch nach Art. 5 Abs. 2 Durchführungs-VO wieder vorzulegen und bleibt dieses innerhalb der zweiwöchigen Antwortfrist unbeantwortet, kann die EuGH-Rechtsprechung dahingehend verstanden werden, dass die Zuständigkeit an Mitgliedstaat A übergeht.<sup>22</sup>

Dass dieses Ergebnis aber gerade bei rechtswidrigen Ablehnungen von Aufnahmegesuchen wegen der in Art. 8–10 vorgesehenen Wahrung der Familieneinheit nicht eintreten kann, liegt auf der Hand. Es wäre vollkommen inkonsistent, die Durchsetzbarkeit der Familieneinheit im Wiederaufnahmeverfahren von solchen verfahrenstechnischen Zufällen abhängig zu machen, die völlig im Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten liegen.<sup>23</sup> Denn die Dublin-III-Verordnung soll, gerade anders als ihre Vorgängerverordnung, kein rein mitgliedstaatliches Verfahren mehr darstellen.<sup>24</sup> Ansonsten könnte der ersuchte Mitgliedstaat die Familieneinheit schlicht durch Untätigkeit verhindern.<sup>25</sup> Wie verhält sich nun dieses Fristenregime zur zeitlichen Trennung zwischen Art. 20 Abs. 5 und Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d? Dies ist nur eine der vielen offenbleibenden (Rechts-)Fragen.

Es ist allzu wahrscheinlich, dass diese Auslegung grund- und menschenrechtswidrige Zuordnungsergeb-

nisse produziert, die die Verordnung gerade zu vermeiden sucht (vgl. Erwägungsgründe 13, 14, 32, 39).

### 2. Endgültige Zuständigkeit bei Art. 18?

Nicht einmal »offensichtliche Gesichtspunkte« können im Fall des Art. 18 vorgebracht werden (Rn. 77). Damit entscheidet sich der Gerichtshof grundsätzlich dafür, dass die Verordnung, jedenfalls in den Fällen des Art. 9, nur ein Zuständigkeitsbestimmungsverfahren auf Grundlage des Kapitels III vorsieht.<sup>26</sup> Die Rechtmäßigkeit des ersten abgeschlossenen Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens in Mitgliedstaat A kann dabei im Wiederaufnahmeverfahren nicht überprüft werden.

Die Generalanwältin hatte dies noch anders gesehen und für Wiederaufnahmeverfahren insgesamt gefordert, ein Mitgliedstaat dürfe die »Augen nicht absichtlich vor ihm vorliegenden zusätzlichen Informationen [...] verschließen«.<sup>27</sup> Das darf und muss er nun aber aufgrund der Auslegung des EuGH. Und dies trägt dem Wortlaut und dem Ziel, der Familieneinheit einen hohen Stellenwert einzuräumen, völlig unzureichend Rechnung.

Der Lösung des EuGH könnte man in Fällen, in denen Mitgliedstaat A das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren mit dem Ergebnis seiner Zuständigkeit beendet hat, jedenfalls zugestehen, dass es dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der loyalen Zusammenarbeit entspricht, dass Mitgliedstaat B das von Mitgliedstaat A ermittelte Zuordnungsergebnis akzeptiert. Bleibt Mitgliedstaat A dann unwiederbringlich zuständig? Nach der EuGH-Entscheidung ist diese Frage wohl zu bejahen. Dieses Ergebnis stellt eine weitgehende Rückkehr zum Verständnis des Dublin-Verfahrens als einem rein zwischenstaatlichen Verfahren dar, wie es noch zu Zeiten der Abdullahi-Rechtsprechung vorherrschte.<sup>28</sup> Diese Rechtsprechung galt zwischenzeitlich als überholt. In der Rechtssache Ghezelbash hatte der EuGH noch ausgeführt, dass

»sich der Unionsgesetzgeber [...] nicht darauf beschränkt hat, organisatorische Regeln nur für die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten zu normieren, um den zuständigen Mitgliedstaat bestimmen zu können, sondern [...] die Asylbewerber an diesem Verfahren zu beteiligen«.<sup>29</sup>

Nun legt der EuGH das Schicksal der Antragsstellenden wieder zu weiten Teilen in die Hände der Mitgliedstaaten.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Vogt, Anmerkung zu VG Münster: Dublin-Familienzusammenführung trotz verspätetem Aufnahmegesuch, *Asylmagazin* 1–2/2019, S. 35 ff.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-47/17; C-48/17 X und X gg. die Niederlande – *asyl.net*: M2672.

<sup>23</sup> So EuGH zum Elternnachzug zu ihren volljährig gewordenen Kindern, EuGH, Urteil vom 12.4.2018 – C-550/16 A. und S. gg. Niederlande – *Asylmagazin* 5/2018, S. 176 ff. – *asyl.net*: M26143.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 7.6.2016 – C-63/15, Ghezelbash gg. Niederlande – *Asylmagazin* 7/2016, S. 220 ff. mit Anm. – *asyl.net*: M23883, Rn. 51.

<sup>25</sup> So auch VG Berlin, Beschluss vom 15.3.2019 – 23 L 706.18 A – *asyl.net*: M27101, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 193.

<sup>26</sup> Das bedeutet indes nicht, dass bei Zweitanträgen gar kein Dublin-Verfahren durchzuführen wäre (siehe unten, IX.1.).

<sup>27</sup> Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 64.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 10.12.2013 – C-394/12, Abdullahi gegen Österreich – *asyl.net*: M2134.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 7.6.2016, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 51.

Spätestens hier wäre eine Auseinandersetzung mit dem Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Abs. 1 wünschenswert gewesen (siehe unten, IX.3.).

Die EuGH-Rechtsprechung verhält sich nicht eindeutig zu den Fragen, ob bei den familienenheitsbezogenen Zuständigkeitsvorschriften der Art. 8–11 und 16 ein individuelles Recht auf Stellung und Annahme eines Aufnahmegesuches und auf fristgerechte Überstellung überhaupt besteht und wie sich dieses Recht zum Fristenregime der Verordnung verhält.<sup>30</sup> Würde der Gerichtshof in künftiger Rechtsprechung überzeugend annehmen, dass die Mitgliedstaaten der Familienzusammenführung im Dublin-Verfahren nicht den Fristablauf entgegenhalten könnten, könnte die Folge des vorliegenden Urteils ein Doppeltransfer sein – zunächst im Rahmen der Wiederaufnahme in Mitgliedstaat A und dann, durch ein verfristetes Aufnahmegesuch, das Mitgliedstaat B anzunehmen hätte, zurück. Aber wie wäre das durchzusetzen, wenn Mitgliedstaat A gar kein Aufnahmegesuch gesendet und sich rechtswidrig für zuständig gehalten hat. Dann müsste in Mitgliedstaat A auf die Sendung eines Aufnahmegesuchs und im Falle, dass Mitgliedstaat B dies rechtswidrig ablehnt, dort auf Annahme des Aufnahmegesuchs geklagt werden. Dies setzt außerordentlich gut vernetzte Asylsuchende voraus.

### 3. Ziel des Dublin-Verfahrens: Richtiger Mitgliedstaat oder ein Mitgliedstaat?

All dies zeigt: Der Gerichtshof hätte auch eine andere Lösung finden können. Aus der Trennung von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren lässt sich, wie auch die Generalanwältin feststellt,<sup>31</sup> nicht zwingend ableiten, dass sich Antragsstellende, nur weil die Zuständigkeit einmal positiv festgestellt wurde, nicht mehr auf die Zuständigkeitskriterien berufen und die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit neu determinieren können. Die Anwendung der Verordnung unterwirft der Gerichtshof strengen Effektivitätskriterien. Dabei scheint er unter Effektivität vorliegend vor allem eines zu verstehen: Schnelligkeit. Dass der Effektivitätsgrundsatz eine effektive Umsetzung auch der Vorschriften fordert, die den Vorrang von Familieneinheit und Kindeswohl festlegen, kommt bei dieser Auslegung deutlich zu kurz.

Unzureichend berücksichtigt werden dabei auch Aufbau und Entstehungsgeschichte der Verordnung, die zeigen, dass der Ordnungsgeber es gerade abgelehnt hat, ein System zu schaffen, in dem allein der Staat der ersten Asylantragsstellung zuständig ist.<sup>32</sup> Dass die Familieneinheit besonderen Vorrang im Dublin-Verfahren genießt,

ist auch keine vom Ergebnis her gedachte Auslegung, sondern folgt aus der Verordnung selbst. Nicht nur die vom EuGH zitierten Erwägungsgründe 13 und 14 belegen dies, sondern auch Art. 6 – der völlig unzweifelhaft im Aufnahme- und im Wiederaufnahmeverfahren anzuwenden ist: Das Kindeswohl hat in allen Verfahren vorrangige Erwägung zu sein (Abs. 1) und den Möglichkeiten der Familienzusammenführung ist gebührend Rechnung zu tragen (Abs. 3 Bst. a). Auch der EuGH misst dem große Bedeutung bei. Mit Blick auf (nun) Art. 6 und Art. 24 der EU-Grundrechtecharta hat er schon zur Dublin-II-VO ausgeführt, dass für (unbegleitete) Minderjährige der Staat zuständig ist, in dem der letzte Asylantrag gestellt wurde.<sup>33</sup> Diese Rechtsprechung ist auch auf Art. 8 Abs. 4 anzuwenden, wodurch gerade verhindert wird, dass unbegleitete minderjährige Asylsuchende Subjekt der in der VO festgelegten Verteilungsmechanismen werden und stattdessen schnellen Zugang zum Asylverfahren im Aufenthaltsstaat (nicht: Erstantragsstaat) haben.<sup>34</sup> Auch Art. 8 Abs. 4 ist jedoch ein Zuständigkeitskriterium des Kapitels III. Nun könnte das vorliegende Urteil aber so interpretiert werden, dass selbst die Schutzvorschriften für unbegleitete Minderjährige im Wiederaufnahmeverfahren nicht greifen. Dies würde aber den Schutz unbegleiteter Minderjähriger, der gerade im Vergleich zur Vorgängerverordnung gestärkt wurde, unterminieren.

Doch unbegleitete Minderjährige können auch vom Anwendungsbereich des Art. 9 umfasst sein, nämlich, wenn sie bereits Begünstigte internationalen Schutzes in Mitgliedstaat B sind und ihre Familienangehörigen in Mitgliedstaat A sind. Dann ist zwar das Familienmitglied, die Person, für die das Dublin-Verfahren durchgeführt wird. Eine Trennung durch das Wiederaufnahmeverfahren hätte aber dennoch einen Grundrechtsverstoß zur Folge und würde gerade die Zusammenführung zu unbegleiteten Minderjährigen verhindern, was offensichtlich nicht Intention der Verordnung ist. Gilt dies – und damit Art. 24 der EU-Grundrechtecharta – nun nicht mehr, wenn sich Mitgliedstaat A schon für zuständig gehalten hat und ein Wiederaufnahmegesuch auf Grundlage des Art. 18 gestellt wird?

Im Grunde versucht der EuGH, im Urteil eine Antwort auf eine grundlegende Frage des Dublin-Systems zu geben: Zielt das System darauf ab, den *richtigen*, also den materiell zuständigen, oder *einen* Mitgliedstaat zur Durchführung des Asylverfahrens zu bestimmen? In bestimmten Fällen mag es durchaus überzeugend sein, *einen* Mitgliedstaat dem richtigen vorzuziehen und damit die Zuständigkeitszuordnung zu beschleunigen. Es ist ein vertretbares Auslegungsergebnis, die strikte Trennung von Wiederaufnahme- und Aufnahmeverfahren in Fällen etwa der irregulären, visafreien oder legalen Einreise

<sup>30</sup> Vgl. Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen: Vogt, a. a. O. (Fn. 21).

<sup>31</sup> Sharpston, Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 52 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Begründung des Vorschlags der Kommission KOM(2001) 447, Nr. 2.1.; so auch Sharpston, Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 55.

<sup>33</sup> Vgl. nur EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-648/11 – Asylmagazin 6/2013; S. 200 ff.; asyl.net: M20811, Rn. 60.

<sup>34</sup> Zum Ganzen: Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 8 K. 16.

nach Art. 12–14 anzuwenden. Folge wäre lediglich, dass sich Antragstellende im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens eben nicht darauf berufen können, sie seien eigentlich in Mitgliedstaat B irregulär eingereist und nicht in Mitgliedstaat A. Denn diese materiellen Zuständigkeitskriterien sind rein an Zuordnungsinteressen der Mitgliedstaaten orientiert. Familieneinheitsbezogenen Kriterien jedoch sind grund- und menschenrechtlich fundiert und ihre Einhaltung kann deshalb nicht dem Zufall preisgegeben werden.

### V. Folgen und Leerstellen der EuGH-Entscheidung

Das Urteil lässt die Autoren in vielerlei Hinsicht ratlos zurück, weil es an vielen Stellen unklar bleibt und in sich inkonsequent ist. Der Gerichtshof stellt jedenfalls nicht die Notwendigkeit des Dublin-Verfahrens an sich infrage (1.). Das Urteil hat aber auch zentrale Aspekte außen vor gelassen. So bleibt unklar, wie in Fällen zu verfahren ist, die nicht Art. 9, sondern etwa Art. 8 (Minderjährige), 10 (asylsuchendes Familienmitglied) oder 16 (abhängige Familienangehörige) betreffen. Denn diesbezüglich stellt Art. 7 Abs. 3 zur Berücksichtigung von verwandtschaftlichen Beziehungen spezielle Regeln auf (2.). Zudem ist verwunderlich, dass sich der Gerichtshof gar nicht mit der Pflicht zum Selbsteintritt befasst hat (3.). Eine unbeabsichtigte Folge könnte bei konsequenter Anwendung zudem sein, dass sich »besonders mobile Asylsuchende« ihren Zielmitgliedstaat aussuchen könnten (4.). In jedem Fall schafft das Urteil, das mehr Fragen aufwirft als beantwortet, erhebliche Unsicherheit in der Rechtsanwendung und die vor allem an Allokationseffizienz ausgerichtete Auslegung der Verordnung ist ein Rückschritt für den Menschenrechtsschutz (5.).

#### 1. Dublin-Verfahren und Rechtsbehelf bleiben bestehen

Die vom EuGH gegebene Antwort auf die Frage, welcher Staat für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats im Rahmen des Kapitels III zuständig ist, mag in vielerlei Hinsicht unbefriedigend sein. Sie befreit Mitgliedstaat B indes nicht von der Pflicht, ein Dublin-Verfahren durchzuführen, sondern begrenzt nur dessen Umfang. An der Feststellung des Gerichtshofs in der Rechtsache Hassan hat sich nichts geändert: Ohne Wiederaufnahmegesuch und eine entsprechende Zustimmung darf keine Wiederaufnahme erfolgen.<sup>35</sup>

Ein Dublin-Verfahren, auch eines mit begrenzten Prüfungspflichten, bleibt ein Dublin-Verfahren. Es ist stets ein Wiederaufnahmegesuch zu senden und die Antwort abzuwarten. Zudem ist stets zu prüfen, ob die Zuständigkeit anderweitig, etwa im Rahmen einer Selbsteintrittspflicht (vgl. unten, Abschnitt V.3.) begründet worden ist und neuerdings auch, ob das Zuständigkeitsbestimmungsverfahren in Staat A noch andauert und »offensichtliche Gesichtspunkte« für die Zuständigkeit von Staat B vorgebracht wurden. Gerade mit Blick auf Griechenland oder Italien ist zudem von Amts wegen das Überstellungsverbot des Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 bei Gefahr von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zu prüfen, das umfassend gerichtlich geltend gemacht werden kann.<sup>36</sup> Antragsstellende müssen weiterhin entsprechend informiert (Art. 4), mit ihnen muss ein persönliches Gespräch geführt (Art. 5) und ihnen muss ein rechtsmittelfähiger Überstellungsbescheid ausgehändigt (Art. 26) werden. Das Urteil nimmt Antragsstellenden auch nicht gänzlich die Möglichkeit, im Rahmen des Art. 27 einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Vielmehr werden die Fälle des Art. 9 nur »grundsätzlich« ausgenommen – es sei denn, Gesichtspunkte belegen die Zuständigkeit im Rahmen des Art. 20 Abs. 5 offensichtlich. Unklar ist, ob dies auch auf Fälle der Art. 8, 10 und 16 übertragbar ist (vgl. unten, Abschnitt V.2.). In jedem Fall kann sich jedoch im Rahmen des Rechtsbehelfs etwa auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 1 Bst. b–d oder des Art. 20 Abs. 5 selbst berufen werden, oder etwa auf den Ablauf der Verfahrensfristen des Wiederaufnahmeverfahrens selbst.

#### 2. Berücksichtigung von Familienangehörigen nach Art. 7 Abs. 3

Es ist überraschend, dass der Gerichtshof auf eine Auseinandersetzung mit Art. 7 Abs. 3 gänzlich verzichtet hat, steht diese Vorschrift doch stellvertretend für die Verzahnung von Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren. Danach haben Mitgliedstaaten für die Anwendung der familieneinheitsbezogenen Art. 8, 10 und 16

»alle vorliegenden Indizien für den Aufenthalt von Familienangehörigen [zu berücksichtigen] [...], sofern diese vorgelegt werden, bevor ein anderer Mitgliedstaat ein Gesuch um *Aufnahme- oder Wiederaufnahme* [...] stattgegeben hat, und sofern über frühere Anträge [...] noch keine Erstentscheidung in der Sache ergangen ist« (Hervorhebungen durch die Verf.).

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 31.5.2018 – C-647/16 Hassan gg. Frankreich – Asylmagazin 7-8/2018, S. 260 ff. – asyl.net: M26279.

<sup>36</sup> Vgl. Hruschka, Gewolltes Recht, Beitrag im Verfassungsblog vom 5.11.2018; vgl. auch EuGH, Beschluss vom 16.2.2017 – C-578/16 PPU, C. K. u. a. gg. Slowenien – asyl.net: M24742.

Die Vorschrift bildet eine beweisrechtliche Ausnahme zur »Versteinerungsklausel« des Art. 7 Abs. 2, wonach entscheidungserheblicher Zeitpunkt stets der der Asyl-antragsstellung ist. Nun fällt auf, dass Art. 9 durch den Verordnungsgeber nicht einbezogen wurde. Was genauso verwundert wie der Umstand, dass sich der Gerichtshof nicht mit der Vorschrift auseinandergesetzt hat. Generalanwältin Sharpston hatte noch angemerkt, dass Art. 7 Abs. 3 dem Ziel der Verordnung, der Achtung des Familienlebens Vorrang einzuräumen (14. Erwägungsgrund) Rechnung trägt.<sup>37</sup> Zum Verständnis ist die Historie wichtig: Die Kommission hatte ursprünglich vorgeschlagen, für Familienbindungen stets den Zeitpunkt der letzten, nicht der ersten Antragsstellung als maßgeblich zu verstehen. Der Rat hatte darauf gedrängt, Art. 9 auszunehmen, da, anders als bei den anderen Kriterien, die Familie noch nicht im Herkunftsstaat bestanden haben muss. Dies motivierte nach Ansicht des Rats dazu, Personen zu ehelichen, die bereits schutzberechtigt sind, und sich so den Mitgliedstaat auszusuchen. Erst danach hat man sich auf die jetzige Form geeinigt. Es ist vorstellbar, dass Art. 9 in diesem Prozess nicht wiederaufgenommen wurde, eine Begründung für das Fehlen findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht.<sup>38</sup>

Die Privilegierung der Familieneinheit auch im Rahmen des Art. 9 würde jedenfalls dem Zweck der Verordnung sowie dem hohen Stellenwert der Familieneinheit entsprechen und vor allem eine Schlechterstellung von anerkannten Flüchtlingen gegenüber Asylsuchenden verhindern – denn für die Zusammenführung nach Art. 10 zu Personen, die sich noch im Asylverfahren befinden, gilt, dass Indizien zu Familienangehörigen im Wiederaufnahmeverfahren zu berücksichtigen sind.

Es ist zudem nicht erklärbar, warum anerkannte Flüchtlinge, die bereits im Herkunftsland verheiratet waren, pauschal ausgenommen werden, nur weil der Regelungsgehalt der Vorschrift weiter ist und die Gefahr des Missbrauchs gerade von dieser Erweiterung herrührt.<sup>39</sup> Ob im Einzelfall ein Missbrauch, etwa in Form einer Scheinehe, vorliegt, kann und muss weiterhin geprüft werden. Dies gilt übrigens auch im Fall der Aufnahmegesuche.

Weiterhin ist sicherlich davon auszugehen, dass die strikte Trennung zwischen Aufnahme- und Wiederaufnahme in den Fällen der Art. 8, 10 und 16 nicht aufrechterhalten ist. Zudem, dass eine Einbeziehung von Art. 9 in die Ausnahmeregelung des Art. 7 Abs. 3 im Wege der Auslegung geboten gewesen wäre. Der Gerichtshof hat eine Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung verpasst.

Fraglich ist zudem, ob die Ausführungen des Gerichtshofes überhaupt für Konstellationen gelten können, in denen sich eine Zuständigkeit des Mitgliedstaates B aus

Art. 16 ergeben hätte. Art. 16 gebietet die Zusammenführung bzw. Nichttrennung abhängiger Antragsteller, etwa wegen schwerer Krankheit. Hierdurch wird in begrenztem Maße die Zusammenführung oder Nichttrennung von Personen außerhalb der Kernfamilie ermöglicht. Art. 16 ist dabei zwar eine Zuständigkeitsnorm,<sup>40</sup> aber eine des Kapitels IV, nicht des Kapitels III. Es wäre schwer vorstellbar, auch den Anwendungsbereich dieses Gebots im Wiederaufnahmeverfahren formalistisch auf Null zu reduzieren, zumal auch Art. 16 gerade eng entlang des Schutzgehaltes von Art. 8 EMRK konzipiert ist.<sup>41</sup> Schon der Wortlaut, der eben auch die Nichttrennung von abhängigen Personen vorschreibt, spricht deutlich für eine Einbeziehung der Vorschrift im Wiederaufnahmeverfahren. Auch dann ergibt sich jedoch ein Gleichbehandlungsproblem: Erwachsene Kinder, die ihre schwer kranken Eltern pflegen, nicht zu trennen, während im Rahmen des Art. 9 die Kernfamilie getrennt wird, scheint inkohärent.

### 3. Selbsteintrittsrecht nach Art. 17 Abs. 1

Dazu hat der Gerichtshof sich nicht mit der Möglichkeit bzw. der Verpflichtung des Selbsteintritts aus Art. 17 Abs. 1 beschäftigt. Er wurde auch nicht gefragt. Ausführungen zu diesem Thema vermisst man trotzdem, scheinen die (durch die Entscheidung produzierten) Szenarien doch nahe an dem zu sein, was einen verpflichtenden Selbsteintritt ausmacht.<sup>42</sup> Sie sind mit den von der Verordnung als verpflichtend verstandenen Zuständigkeitskriterien beinahe identisch.<sup>43</sup> Schon vor dem Urteil wurde die der Entscheidung zugrunde liegende Konstellation als Musterbeispiel des verpflichtenden Selbsteintritts beschrieben. Schließlich würde durch den Selbsteintritt mit Blick auf Art. 9 gerade die von der Verordnung gewünschte Familienzusammenführung hergestellt.<sup>44</sup>

Es sind in Bezug auf Art. 9 einige Fälle denkbar, in denen bei Anwendung des Urteils eine Situation entstehen würde, die mit Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 EU-Grundrechtecharta

<sup>40</sup> Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 16, K. 4.

<sup>41</sup> Dies machen die Ausführungen deutlich, die bei weiteren Verwandtschaftsverhältnissen als den in Art. 16 erfassten aber bei bestehender Abhängigkeit eine Selbsteintrittspflicht wegen Art. 8 EMRK nahelegen, siehe Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 17 K. 2; Bruns, in Hofmann, Kommentar Ausländerrecht (NK-AuslR), 2. Auflage, 2016, § 27a Rn. 55 ff..

<sup>42</sup> Schon vor dem Urteil wurde die der Entscheidung zugrunde liegende Konstellation gleichsam als Musterbeispiel des verpflichtenden Selbsteintritts beschrieben (Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 17, K. 4). Schließlich würde mit Blick auf Art. 9 gerade die von der Verordnung gewünschte Situation hergestellt.

<sup>43</sup> Zum Kriterium vgl. Nestler/Vogt, Dublin-III reversed – Ein Instrument zur Familienzusammenführung? ZAR 2017, S. 21 ff.

<sup>44</sup> Filzwieser/Sprung, a. a. O. (Fn. 7), Art. 17, K. 4.

<sup>37</sup> Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 66 ff.

<sup>38</sup> Zum Ganzen m. N.: Hruschka/Maiani, a. a. O. (Fn. 7), Art. 7, Rn. 6 f.

<sup>39</sup> So auch Sharpston, Schlussanträge, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 69.

gerade nicht in Einklang steht.<sup>45</sup> Zu denken ist etwa daran, dass die Familienbindungen offensichtlich sind, Mitgliedstaat A sich rechtswidrig für zuständig gehalten hat und eine Rücküberstellung mit Blick auf das Fristenregime eine *Trennung* von Familienangehörigen bedeuten würde. Art. 8 EMRK bietet zwar dem Grundsatz nach kein Recht auf Einreise und Aufenthalt, kann aber im Einzelfall zu positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten führen.<sup>46</sup> Hierbei ist im Fall eines Eingriffs in den Schutzbereich eine Einzelfallabwägung durchzuführen, wobei der grundsätzliche Unterschied zwischen etwa einer Visumserteilung und einer Dublin-Entscheidung zu beachten ist. Denn das Dublin-System ist ein Zuordnungssystem für die Verantwortung für Asylverfahren, deren Gegenstand die Überprüfung des Bestehens eines asylrechtlich begründeten temporären oder dauerhaften Aufenthaltsrechts ist. Insofern begründet die Zuständigkeit nicht schon ein dauerhaftes Aufenthalts- oder Einreiserecht, sondern vielmehr das Recht, während des Asylverfahrens – dessen Ausgang ja ungewiss ist – nicht von Familienmitgliedern getrennt zu werden. Dieser Umstand muss sich zwingend im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auswirken, sodass das staatliche Migrationssteuerungsinteresse weniger stark ins Gewicht fallen dürfte als etwa in den Fällen, in denen eine Visumserteilung zum Nachzug in Rede steht. Daher spricht vieles dafür, dass der Selbsteintritt nach Art. 17 Abs. 1 in der vorliegenden Konstellation zwingend auszuüben ist, um die Trennung von Kernfamilien zu verhindern.<sup>47</sup>

#### 4. Free Choice?

Schließlich wird auf eine sicher nicht intendierte Folge des Urteils aufmerksam gemacht:<sup>48</sup> Es könnte für besonders mobile Asylsuchende in der Konsequenz zur freien Wahl des Asylstaats führen. Dazu müsste im Wunschstaat zunächst der Erstantrag gestellt und dann weitergewandert werden. Im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens würde dann in den Wunschantragsstaat zurücküberstellt. Die Frist zur Einleitung des Aufnahmeverfahrens nach Rücküberstellung in den Wunsch asylstaat wäre dann in der Regel längst abgelaufen, sodass eine weitere Überstellung in den möglicherweise zuständigen Staat der Weiterwanderung ausgeschlossen wäre. Dies mag ein Gedankenexperiment sein. Es zeigt aber, wie inkonsistent das

Urteil des EuGH dogmatisch ist, war doch ein Hauptargument die Vermeidung der Sekundärmigration (Rn. 77).

#### 5. Rechtsunsicherheit und Rückschritt für den Menschenrechtsschutz

Nach dem Urteil tun sich für Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender mehr Fragen auf als zuvor. Dies ist nicht immer schlecht. Vorliegend bleibt aber Unsicherheit im Umgang mit vergleichbaren Situationen. Eine Auswahl: Wann sind Gesichtspunkte offensichtlich, die die Zuständigkeit eines Mitgliedstaats belegen, um die Familieneinheit zu wahren? Was sind Gesichtspunkte, was Informationen? Wann wird der Selbsteintritt zur Pflicht? Wie ist mit Situationen umzugehen, in denen es um Zusammenführung zu Asylsuchenden nach Art. 10 oder Minderjährigen nach Art. 8 geht?

Wenn man bedenkt, dass der Gerichtshof gewährleisten soll, »dass EU-Recht in allen EU-Mitgliedsländern auf die gleiche Weise angewendet wird und dafür sorgen, dass Länder und EU-Institutionen das EU-Recht einhalten«<sup>49</sup>, dann verfehlt das Urteil das Ziel klar. Die Anwendung der Verordnung war schon zuvor in erheblichem Maße vom Mitgliedstaat abhängig. Wenige Felder sind im Moment so politisiert wie die Asylzuständigkeit. Auch Gerichtsentscheidungen unterscheiden sich zwischen den Mitgliedstaaten enorm.<sup>50</sup> Man muss kein Prophet sein, um vorherzusehen, dass sich das besprochene Urteil zusätzlich negativ auswirkt. Doch auch Inhalt und Zielrichtung des Urteils sind ein Schritt in die falsche Richtung. Zum Schluss soll nochmals betont werden: Dass der schnellen Bestimmung des Mitgliedstaats, der das Asylverfahren durchführt, ein höherer Wert beigemessen wird als der ausweislich der Verordnung vorrangigen Erwägung der Familieneinheit, ist ein Rückschritt für den Menschenrechtsschutz.

<sup>45</sup> Dann wird das Ermessen hinsichtlich des Selbsteintritts auf Null reduziert, der Selbsteintritt also zur Pflicht, vgl. Hruschka/Maiani, a. a. O. (Fn. 7), Art. 17, Rn. 9.

<sup>46</sup> Vgl. Hofmann, in: Beck Online-Kommentar Ausländerrecht (BeckOK-AusLR), 21. Edition, 2019, Art. 8 EMRK Rn. 28 mit weiteren Nachweisen.

<sup>47</sup> Freilich bleibt jedoch die Frage des Selbsteintritts eine Einzelfallfrage, dazu: Nestler/Vogt, Dublin-III reversed, a. a. O. (Fn. 42), S. 25 f.

<sup>48</sup> Vgl. Lübke a. a. O. (Fn. 16).

<sup>49</sup> Vgl. die Klärung des Aufgabenfelds auf der Website der Europäischen Union, abrufbar unter: <https://is.gd/wJYBc2>

<sup>50</sup> Inkonsistenzen in der Rechtsprechung verschiedener nationaler Gerichte zeigt bspw. folgender Report auf: AIDA, The Implementation of the Dublin III Regulation in 2018, abrufbar unter: <https://is.gd/yzlSeb>.

# Unsere Angebote

## Asylmagazin – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge aus der Beratungspraxis und zu Rechtsfragen
- Themenschwerpunkte und Beilagen
- Rechtsprechung
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise

Bestellung bei [menschenrechte.ariadne.de](http://menschenrechte.ariadne.de)



### [www.asyl.net](http://www.asyl.net)

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



### [familie.asyl.net](http://familie.asyl.net)

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen



### [www.fluechtlingshelfer.info](http://www.fluechtlingshelfer.info)

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



### [adressen.asyl.net](http://adressen.asyl.net)

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



### **Aktuelle Publikationen**

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei [asyl.net](http://asyl.net) unter »Publikationen«



### [www.ecoi.net](http://www.ecoi.net)

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von [ecoi.net](http://ecoi.net), das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.