



Diakonie

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



**Deutsches
Rotes
Kreuz**



Deutscher**Anwalt**Verein



Neue **Richter**vereinigung
Zusammenschluss von Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten e.V.

PRO ASYL
DER EINZELFALL ZÄHLT.



**DER PARITÄTISCHE
GESAMTVERBAND**

JURISTISCHE BEWERTUNG

DES URTEILS DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS VOM 21. DEZEMBER 2011 IN DEN RECHTSSACHEN C-411/10 UND C-493/10 – *N.S. UND M.E.* - ZUM GRUNDRECHTSKONFORMEN VOLLZUG VON ÜBERSTELLUNGEN NACH DER VERORDNUNG (EG) NR. 343/2003 (DUBLIN – VO II)

ERSTELLT VON RECHTSANWALT DR. REINHARD MARX

IM AUFTRAG VON

- **AMNESTY INTERNATIONAL**
- **ARBEITERWOHLFAHRT BUNDESVERBAND E.V.**
- **DER PARITÄTISCHE WOHLFAHRTSVERBAND**
- **DEUTSCHER ANWALTVEREIN**
- **DEUTSCHER CARITASVERBAND E.V.**
- **DEUTSCHES ROTES KREUZ**
- **DIAKONISCHES WERK DER EKD**
- **NEUE RICHTERVEREINIGUNG**
- **PRO ASYL**

DR. REINHARD MARX

- Rechtsanwalt -

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

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

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

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

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

6. Februar 2012

Juristische Bewertung

des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 21. Dezember 2011 in den Rechtssachen C-411/10 und C-493/10 – *N.S. und M.E.* - zum grundrechtskonformen Vollzug von Überstellungen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin – VO II)

erstellt
im Auftrag von

Amnesty International, Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., DER PARITÄTISCHE WOHLFAHRTSVERBAND, Deutscher Anwaltverein, Deutscher Caritasverband e.V., Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der EKD, Neue Richtervereinigung und Pro Asyl

Folgerungen

1. Der Eilrechtsausschluss nach § 34a Abs. 2 AsylVfG sowie die Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 AsylVfG wie auch die Zustellungsnorm des § 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG sind mit Unionsrecht nicht vereinbar. Daher sind diese Vorschriften aufzuheben.
2. a) Unionsrecht untersagt den Mitgliedstaaten die Beibehaltung von nationalen Regelungen, die im Rahmen von Überstellungen nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 eine *unwiderlegliche Vermutung der Sicherheit im ersuchten Mitgliedstaat* anordnen.
b) Solange § 34a AsylVfG nicht aufgehoben worden ist, dürfen die Verwaltungsgerichte deshalb diese Vorschrift nicht anwenden und haben sie Eilrechtsschutz gegen die Überstellung an den ersuchten Mitgliedstaat zuzulassen.

3. a) Unionsrecht untersagt den Mitgliedstaaten die Inanspruchnahme von Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003, wenn die Mitgliedstaaten mit ihren nationalen Drittstaatenregelungen *eine unwiderlegliche Vermutung der Sicherheit im Drittstaat* anordnen.
b) Solange § 34a AsylVfG nicht aufgehoben worden ist, dürfen die Verwaltungsgerichte deshalb diese Vorschrift nicht anwenden und haben sie Eilrechtsschutz gegen die Abschiebung in einen „sicheren“ Drittstaat zuzulassen.
4. Das primärrechtlich gewährleistete Grundrecht auf wirksamen Eilrechtsschutz (Art. 47 GRCh) verpflichtet die Mitgliedstaaten, den von Überstellungen betroffenen Asylsuchenden effektiven Zugang zum nationalen Eilrechtsschutzverfahren zu gewährleisten. Mit dieser Verpflichtung ist eine nationale Regelung, deren erklärtes Ziel darin besteht, den Eilrechtsschutz auszuschließen, nicht vereinbar.
5. Da die Funktion der Abschiebungsanordnung nach § 34a Abs. 1 in Verb. mit § 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG darin besteht, die unmittelbare Durchführung der Überstellung an den Mitgliedstaat sowie die Abschiebung in den „sicheren“ Drittstaat nach der Zustellung zu gewährleisten (BVerfGE 94, 49 (105 f.)), darf das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Vollzug der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 keine Abschiebungsanordnung, sondern hat es eine Abschiebungsandrohung nach Maßgabe der Regelungen in § 34 und § 36 AsylVfG zu erlassen.
6. Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten, nationale Regelungen vorzuhalten, welche die Berufung auf systemische Mängel im Asylverfahren oder bei den Aufnahmebedingungen für Asylbewerber sowie auf personenspezifische Risiken im Sinne von Art. 4 GRCh im Eilrechtsschutzverfahren gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten und Abschiebungen in „sichere“ Drittstaaten und darüber hinaus auch gewährleisten, dass derartigen Behauptungen von Antragstellern im Eilrechtsschutzverfahren sorgfältig und erschöpfend nachgegangen wird.
7. Die Mitgliedstaaten haben nach Unionsrecht wirksam dafür Sorge zu tragen, dass das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ausgeübt wird, wenn eine Überstellung an den an sich zuständigen Mitgliedstaat wegen Art. 4 GRCh unzulässig und ein anderer Mitgliedstaat nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nicht zuständig ist.
8. Die Verwaltungsgerichte haben im Eilrechtsschutzverfahren darauf zu achten, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge das Ermessen zum Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nicht durch unionsrechtswidrige Inanspruchnahme der Zustimmungsfiktion des Art. 18 Abs. 7 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 unterläuft.

Begründung

1. Im Auftrag von Amnesty International, Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., DER PARITÄTISCHE WOHLFAHRTSVERBAND, Deutscher Caritasverband e.V., Deutsches

Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der EKD, Neue Richtervereinigung und Pro Asyl sollen nachfolgend das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 21. Dezember 2011 in den Rechtssachen C-411/10 und C-493/10 – *N.S. und M.E.* – erläutern und insbesondere die hieraus zu ziehenden rechtlichen Schlussfolgerungen wie auch die politische Bedeutung für das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) aufgezeigt werden. Das Urteil erging auf Anfragen des Court of Appeal im Vereinigten Königreich (London) sowie des High Court in Irland (Dublin). Inhaltlich gleichlautende Vorabentscheidungsersuchen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs¹ sowie des Verwaltungsgerichts Sofia (Bulgarien)² sind noch anhängig, werden aber wohl im Sinne der jetzt erfolgten grundsätzlichen Klärung beantwortet werden. Allerdings wird sich der Gerichtshof noch einmal mit der jetzt offen gelassenen Frage auseinandersetzen müssen, ob Art. 3 Abs. 2 Verordnung ein einen durchsetzbaren subjektiven Anspruch des Antragstellers auf Ausübung des Selbsteintrittsrecht gegenüber dem um Schutz ersuchten Mitgliedstaat gewährt.³ Die Verfahren, die jetzt entschieden wurden, sowie die vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Fragen betreffen Asylsuchende, die über Griechenland in das Unionsgebiet eingereist und in andere Mitgliedstaaten weiter gereist waren. Der Sachverhalt des bulgarischen Verfahrens ist nicht bekannt.

2. In allen Verfahren geht es um die Frage, ob der ersuchende Mitgliedstaat bei gravierenden Störungen des nationalen Asylsystems im ersuchten Mitgliedstaat nach Unionsrecht verpflichtet ist, den Asylsuchenden an den zuständigen Mitgliedstaat ohne Prüfung der dortigen Situation gegebenenfalls mit Zwang zu überstellen. Der Gerichtshof hat diese Frage verneint und darüber hinaus auch die Frage angesprochen, inwieweit das Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung im Rahmen von Überstellungen relevant werden kann.

I. Keine unwiderlegliche Vermutung der Sicherheit der Mitgliedstaaten

¹ Hess.VGH, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 6 A 2717/09.

² Beschluss vom 18. Oktober 2011 in der Rechtssache C-528/11 *Zuheyra Freyeh Halaf*.

³ Hess.VGH, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 6 A 2717/09, Vorlagefrage Nr. I 4.

3. Aus unionsrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass der Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Generalanwältin⁴ festgestellt hat, dass „eine Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 auf der Grundlage einer *unwiderleglichen Vermutung*, dass die Grundrechte des Asylbewerbers in dem für die Entscheidung über seinen Antrag normalerweise zuständigen Mitgliedstaat beachtet werden, mit der Pflicht der Mitgliedstaaten zur *grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung* der Verordnung Nr. 343/2003 *unvereinbar* ist“ (Rdn. 99 ff.). Die Bundesregierung hatte dagegen im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in dem es ebenfalls um die Überstellung eines Asylsuchenden an Griechenland ging,⁵ mit Bezugnahme auf Erwägungsgrund Nr. 2 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003, wonach die Mitgliedstaaten für Drittstaatsangehörige – also für Asylsuchende – als „sichere Staaten“ gelten, die Auffassung vertreten, das Unionsrecht werde ebenso wie die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung vom „Konzept der unwiderleglichen Vermutung der Sicherheit der Mitgliedstaaten“ beherrscht. Da das Sekundärrecht in dieser Frage nicht eindeutig ist, greift der Gerichtshof auf den Grundsatz der grundrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts⁶ zurück.

4. Diese Feststellung des Gerichtshofs ist für das GEAS und die Bundesrepublik von zentraler Bedeutung, da der Gerichtshof hiermit deutlich gemacht hat, dass er dieses an den Grundrechten der Charta messen will. Unvereinbar mit der Charta ist ein »blindes«, d.h. von keinerlei zusätzlichen Vorbedingungen abhängiges Vertrauen in die Sicherheit der Mitgliedstaaten, wie es bei uns 1996 von forschenden Stimmen in der verfassungsrechtlichen Literatur gefordert wurde.⁷ Die Besorgnis um den „Daseinsgrund der Union“ veranlasst den Gerichtshof zwar zu der Feststellung, dass der Gesetzgeber für den Erlass der Verordnung ein „*gegenseitiges Vertrauen*“ vorausgesetzt hat (Rdn. 79), aber eben kein blindes, das Asylsuchende in ihrer Not an der kruden Rechtsfiktion der „Sicherheit“ scheitern lässt.

⁴ Schlussanträge der Generalanwältin *Verica Trstenjak* vom 22. September 2011 in der Rechtssache C-411/10, Rdn. 118.

⁵ BVerfG - 2 BvR 2015/09 – , Eilrechtsbeschluss vom 8. September 2009, NVwZ 2009, 1281 = InfAuslR 2009, 472 = AuAS 2009, 248, Einstellungsbeschluss vom 25. Januar 2011, BVerfGE 128, 224.

⁶ S. hierzu *Reinhard Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung), 2010, S. 135 ff., mit weiteren Hinweisen, www.ramarx.de/Interessantes/Beiträge.

⁷ So *Christian Tomuschat*, EuGRZ 1996, 381.

5. Das Urteil des Gerichtshofs hat nicht nur für die Anwendung der Verordnung Nr. 343/2003, sondern insbesondere auch für die deutsche verfassungsrechtliche Situation weitreichende Folgen: Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) liegt der „verfassungsunmittelbaren Erklärung der Mitgliedstaaten zu sicheren Drittstaaten“ die Vorstellung zugrunde, dass ein Ausländer in allen Mitgliedstaaten Schutz vor Verfolgung und vor Weiterschickung finden kann. Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe sich bei der Regelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG davon leiten lassen, dass in allen Mitgliedstaaten die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gelten und beide Konventionen auf der Grundlage gemeinsamer Rechtsüberzeugungen im Rahmen der Flüchtlingspolitik auch „*prinzipiell* angewandt“ würden. Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe durch Schaffung der Norm des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 GG im Jahre 1993 ein für allemal entschieden, dass in Zukunft alle Mitgliedstaaten sichere „Drittstaaten“⁸ seien.⁹ Bekanntlich führte diese Rechtsprechung zum Scheitern des Dublin-Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, weil beide Seiten die während der mündlichen Verhandlung von der Richterbank in das Rechtsgespräch eingebrachte Anregung einer „*verfassungskonformen Durchbrechung der verfassungsunmittelbaren Sicherheitsgeltung*“ aus jeweils entgegengesetzten Motiven abgelehnt hatten. In seinem Einstellungsbeschluss ließ das Gericht aber durchblicken, „dass mit der Überforderung des Asylsystems eines Mitgliedstaates verbundene transnationale Probleme vornehmlich auf der Ebene der Europäischen Union zu bewältigen sind.“¹⁰ Das Urteil *N.S. und M.E.* des Europäischen Gerichtshofs ist ein erster Schritt zur Bewältigung der aufgezeigten Probleme. Ihm müssen nunmehr auf nationaler Ebene die notwendigen Schritte folgen.

6. Zur Lösung ist in erster Linie der Gesetzgeber berufen, der die bisherigen nationalen Instrumente zur Anwendung des europarechtlichen Zuständigkeitssystems unverzüglich an den Vorgaben des Gerichtshofs anpassen muss. Bis dahin sind Rechtsprechung und Verwaltung nach dem unionalen Anwendungsvorrang gehalten, nicht mit Unionsrecht übereinstimmende nationale Regelungen und überkommene Grundsätze der

⁸ Aus unionsrechtlicher Sicht sind *Mitgliedstaaten* keine *Drittstaaten*. Dementsprechend differenziert Art. 16a Abs. 2 Satz 1 zwischen Mitgliedstaaten (1. Alt.) und sicheren Drittstaaten (2. Alt.).

⁹ BVerfGE 94, 49 (88) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

Verwaltungspraxis nicht mehr anzuwenden: Zwar hatte bereits der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in *M.S.S.* am 21. Januar 2011 aus Art. 3 in Verbindung mit Art. 13 EMRK die Verpflichtung der Vertragsstaaten abgeleitet, vor einer Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat im Rahmen einer *Einzelfallprüfung* die Einhaltung der aus Art. 3 EMRK folgenden Verpflichtungen durch den zuständigen Mitgliedstaat zu prüfen.¹¹ Damit waren § 27a und § 34a Abs. 2 AsylVfG bereits aus konventionsrechtlicher Sicht nicht mehr haltbar, weil sie die Einzelfallprüfung ausschließen. Den gebotenen Konsequenzen haben sich jedoch Bundesregierung und Gesetzgeber bislang entzogen. Entscheidungen des EGMR binden zunächst nur die Verfahrensbeteiligten. Das Bundesverwaltungsgericht wich zur Durchsetzung seiner Bürgerkriegsrechtsprechung in den 1990er Jahren sogar bewusst mit dem Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung von dessen Rechtsprechung ab.¹² Rechtsprechung und Literatur erkennen der Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung von Grundrechten allenfalls Orientierungswirkung zu, diese im Zweifel im Sinne der Rechtsprechung des EGMR auszulegen,¹³ vorausgesetzt, es handelt sich um eine gefestigte Rechtsprechung. Zweifel überkamen nach *M.S.S.* aber weder den Gesetzgeber noch die Bundesregierung.¹⁴ Rechtlich gezwungen werden, § 34a AsylVfG außer Kraft zu setzen, können sie unter Berufung auf *M.S.S.* nicht.

7. Das ist im Unionsrecht völlig anders: Anders als ein völkerrechtlicher Vertrag wie die EMRK stellt das Europarecht als supranationales Recht eine eigene, autonome Rechtsordnung dar, die für alle 27 Mitgliedstaaten verbindliche Normen und Handlungsanweisungen enthält. Als Folge der Übertragung der Zuständigkeit für das Asyl- und Flüchtlingsrecht auf die Union durch den Amsterdamer Vertrag von 1997 wird in der verfassungsrechtlichen Literatur in Art. 23 Abs. 1 GG die verfassungsrechtliche Grundlage für die Asylrechtsgewährung in Deutschland gesehen.¹⁵ Das Schweigen des Art. 16a Abs. 5 GG zur Zulässigkeit einer

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011, BVerfGE 128, 224 (226).

¹¹ EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09, Rdn. 288 ff., 342 ff., NVwZ 2011, 413 (416) – *M.S.S.*

¹² BVerwGE 104, 265 (275) = EZAR 043 Nr. 21 = NVwZ 1997, 1131 = InfAuslR 1997, 341.

¹³ BVerfGE 74,358 (370); 82, 106 (120); *Dietrich Schindler*, Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldem, M. Kummer/H. v. Walder (Hrsg.), 1973, S. 273 (289); *Hans A. Stöcker*, NJW 1982, 1905 (1909); *Paul Kirchhof*, EuGRZ 1994, 16 (31 f.); *Georg Rees*, EuGRZ 1996, 350.

¹⁴ S. hierzu BT-Drs. 17/4827 vom 21. Februar 2011.

¹⁵ *Zimmermann*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 2009, C Art. 16a, Rdn. 236 f; *Zimmermann*, NVwZ 1998, 450 (454); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn.

Übertragung des Asylrechts auf die Union legt die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Art. 23 Abs. 1 GG nahe.¹⁶ Darüber hinaus kann durch diese bereichsspezifische und nicht auf Gemeinschaftsrecht, sondern auf völkerrechtliche Verträge verweisende Klausel bereits ihrem Wortlaut nach nicht die verfassungsrechtliche Integration in die Union im Bereich des Asylrechts vollzogen werden. Aus grundrechtlicher Perspektive ist daher das GEAS im Sinne der rechtlichen Klärung durch den EuGH maßgebend, soweit Unionsrecht durchgeführt wird (Art. 51 GRCh). In diesem Zusammenhang stellt der Gerichtshof fest, dass die Mitgliedstaaten Unionsrecht im Sinne von Art. 51 GRCh ausüben, wenn sie ihr Ermessen nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ausüben (Rdn. 68). Da die Prüfung, ob die Grundrechte einer Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat entgegenstehen, nach dieser unionalen Norm ausgeübt wird, haben die Mitgliedstaaten Unionsrecht und damit auch die widerlegliche Vermutungsregel zu beachten. Die *Drittstaatenregelung* des Art. 16a Abs. 2 GG darf mit der Vorgabe der unwiderleglichen Sicherheitsvermutung von Mitgliedstaaten nicht mehr angewandt werden.

8. Eine Identitätsverletzung der bundesdeutschen Verfassungsordnung¹⁷ ist nicht ersichtlich. Solange das auf nationaler Ebene verwirklichte Maß an staatlich garantierten Grundrechten durch Unionsrecht gewahrt bleibt, stellt sich die Frage der Kollision zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht nicht.¹⁸ Eine grundrechtskonforme Klärung der Bedeutung und Tragweite nationaler Grundrechte verwirklicht vielmehr im hohen Maße die freiheitssichernde Funktion des demokratischen Rechtsstaates und führt auch nicht zu einer Kollision mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, da nach dessen Auffassung die Bundesrepublik Deutschland Schutz zu gewähren hat, wenn Abschiebungshindernisse durch Umstände begründet werden, die ihrer Eigenart nach nicht vorweg im Rahmen des verfassungsunmittelbaren Konzepts der normativen Vergewisserung berücksichtigt werden können und damit „von vornherein außerhalb der Grenzen liegen, die der Durchführung eines solchen Konzepts aus sich selbst heraus gesetzt sind.“¹⁹ Derartige Umstände sind u.a.

37; Becker, in: v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2005, Art. 16a Abs. 5 Rdn. 229; Schmahl, ZAR 2001, 3 (11); a.A. Pagenkopf, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 16a Rdn. 106.

¹⁶Daniel Fröhlich, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 105 ff.

¹⁷BVerfGE 89, 155 (188).

¹⁸Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas. Ein Essay, 2011, S. 70 f.

¹⁹BVerfGE 94,49 (99) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702), Hervorhebung nicht im Original.

Zuwiderhandlungen gegen Art. 3 EMRK im zuständigen Mitgliedstaat. Eine Kollision zwischen Verfassungsrecht und Unionsrecht ist damit nicht ersichtlich, wohl aber eine Kollision des § 34a AsylVfG mit Unionsrecht, weil er dem Vollzug der starren Unwiderleglichkeitswirkung der Sicherheitsvermutung dient und zu diesem Zweck den Eilrechtsschutz gezielt ausschließen will. Mit einer derartigen gesetzgeberischen Konzeption kann die vom Gerichtshof geforderte Widerleglichkeit der Sicherheitsvermutung nicht praktisch wirksam durchgesetzt werden. Gerade die auf § 34a Abs. 1 in Verb. mit § 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG beruhende Zustellungspraxis hat in der Vergangenheit im Zusammenhang mit Eilrechtsschutzverfahren im Blick auf geplante Überstellungen an Griechenland bei den Verwaltungsgerichten vehemente Kritik ausgelöst.

II. Keine unwiderlegliche Vermutung der Sicherheit von Drittstaaten

9. Aus Anlass des Verfahrens hat der Gerichtshof auch die sekundärrechtliche Drittstaatenregelung des Art. 36 RL 2005/85/EG behandelt und damit auch weitreichende Aussagen für das deutsche Konzept der unwiderleglichen Sicherheitsvermutung von Drittstaaten im Sinne von Art. 16a Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG getroffen. Eher versteckt in der Entscheidungsbegründung verweist der EuGH auf die Drittstaatenregelung: Nachdem er ausgeführt hat, dass eine Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 insgesamt nicht auf der Grundlage einer unwiderleglichen Vermutung erfolgen darf, weil eine *sekundärrechtliche Bestimmung* nicht die Garantien der Grundrechte in Frage stellen darf (Rdn. 100), stellt er im unmittelbaren Anschluss an Rdn. 100 fest, „dies wäre insbesondere bei einer Bestimmung, nach der bestimmte Staaten in Bezug auf die Beachtung der Grundrechte ‚sichere Staaten‘ sind, der Fall, wenn sie als unwiderlegbare Vermutung ausgelegt werden müsste, die jeden Gegenbeweis ausschließt“ (Rdn. 101). Nach Art. 36 RL 2005/85/EG, „der das europäische Konzept der sicheren Drittstaaten betrifft“, kann ein Drittstaat zwar nur dann als „sicherer Drittstaat“ angesehen werden, wenn er die GFK und EMRK nicht nur ratifiziert hat, sondern ihre Bestimmungen auch einhält. Eine solche Formulierung weist aber darauf hin, dass die *bloße Ratifizierung* der Konventionen oder in der Sprache des BVerfG lediglich eine

„prinzipielle“ Anwendung durch einen Staat *nicht eine unwiderlegliche Vermutung* ihrer *Einhaltung* zur Folge haben kann. Dieser Grundsatz gilt sowohl für die Mitgliedstaaten wie auch für Drittstaaten. In Deutschland hat die Drittstaatenregelung derzeit jedoch keine rechtliche Bedeutung mehr, weil die verbliebenen Drittstaaten nach Anlage I zum AsylVfG mit der Union assoziiert sind und deshalb im GEAS wie Mitgliedstaaten behandelt werden.

10. Der Gerichtshof war von den vorliegenden Gerichten nicht gefragt worden, die Vereinbarkeit von Art. 36 RL 2005/85/EG mit Unionsrecht zu prüfen, sondern hat diese Frage aus Anlass dieses Verfahrens von sich aus geklärt. Art. 36 Abs. 1 RL 2005/85/EG *ermächtigt* die Mitgliedstaaten „*keine* oder keine umfassende Prüfung des Asylantrags und der *Sicherheit des Asylbewerbers* durchzuführen, wenn dieser aus einem „sicheren Drittstaat“ nach Art. 36 Abs. 2 RL 2005/85/EG einzureisen versucht oder eingereist ist. Sekundärrecht erlaubt den Mitgliedstaaten also, ihre nationale Drittstaatenregelung im Rahmen der Anwendung von Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 so zu gestalten, dass ungeachtet des konkreten Sachvorbringens des Asylsuchenden keine Prüfung der Sicherheit im „sicheren Drittstaat“ zugelassen wird. Unschwer ist hier die deutsche Handschrift und die Folie des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG zu erkennen. Art. 36 Abs. 1 RL 2005/85/EG stellt damit die Garantien der Grundrechte in Frage und ist grundrechtskonform im Sinne einer widerleglichen Vermutung zu korrigieren. Die Mitgliedstaaten dürfen sich deshalb im Rahmen ihrer nationalen Drittstaatenregelung nicht mehr auf Art. 36 Abs. 1 RL 2005/85/EG, soweit er den völligen Wegfall der Einzelfallprüfung erlaubt, berufen, sondern dürfen von dieser Norm nur in grundrechtskonformer Weise Gebrauch machen und haben deshalb stets den Widerlegungsvortrag zuzulassen.

11. Im Klartext: Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 erlaubt den Mitgliedstaaten, anstelle der Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat zwar die Abschiebung in einen Drittstaat *unter Wahrung der Bestimmungen der GFK*. Diese Öffnungsklausel für Mitgliedstaaten wird aus unionsrechtlicher Sicht im Rahmen von Art. 36 RL 2005/85/EG (*Verfahrensrichtlinie*), aus nationaler Sicht im Rahmen von Art. 16a Abs. 2 GG und § 26a, § 34a AsylVfG praktiziert. Nach der eindeutigen Feststellung des EuGH verdrängt Unionsrecht aber nationale Befugnisse, Asylsuchende nach Maßgabe einer unwiderleglichen Vermutung in einen Drittstaat abzuschicken. Die Verwaltungsgerichte haben deshalb Art. 3 Abs. 3 der

Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nach Maßgabe der unionsrechtlichen widerleglichen Vermutung zu handhaben.

III. Reichweite der Widerlegungsmöglichkeit

1. Funktion der Widerlegungsmöglichkeit

12. Der Gerichtshof geht zwar von einer widerleglichen, aber doch von einer *Vermutungswirkung* der Sicherheit der Mitgliedstaaten aus und begründet dies damit, die Prüfung der Rechtstexte, die das GEAS bildeten, ergebe, dass dieses in einem Kontext entworfen worden sei, der die Annahme zulasse, „dass alle daran beteiligten Staaten, ob Mitgliedstaaten oder Drittstaaten, die Grundrechte beachten, einschließlich der Rechte, die ihre Grundlage in der GFK und dem Protokoll 1967 sowie in der EMRK finden, und dass die *Mitgliedstaaten einander insoweit Vertrauen entgegenbringen* dürfen“ (Rdn. 78). Die bezeichneten Drittstaaten sind nicht die „sicheren Drittstaaten“ nach Art. 36 Abs. 2 RL 2005/85/EG, sondern die am GEAS beteiligten Drittstaaten, derzeit Norwegen und die Schweiz. Nur für die Mitgliedstaaten gilt das Vertrauensprinzip. Unter diesen Bedingungen müsse „die *Vermutung* gelten, dass die Behandlung der Asylbewerber *in jedem einzelnen Mitgliedstaat* in Einklang mit den Erfordernissen der Charta sowie mit der GFK und der EMRK steht“ (Rdn. 80)

13. Allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass dieses System in der Praxis „auf größere Funktionsstörungen“ in einem bestimmten Mitgliedstaat stoße, sodass „eine *ernstzunehmende Gefahr* besteht, dass Asylbewerber bei einer Überstellung in diesen Mitgliedstaat in einer Weise behandelt werden, die mit ihren *Grundrechten unvereinbar* ist.“ Aber nicht „jede Verletzung eines Grundrechts durch den zuständigen Mitgliedstaat, sondern „*systemische Mängel*“ im Asylverfahren oder den Aufnahmebedingungen, die eine „*unmenschliche oder erniedrigende Behandlung* der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber im Sinne von Art. 4 GRCh implizieren“, ist mit diesem Grundrecht unvereinbar (Rdn. 86). Anschließend verweist der Gerichtshof auf die Situation in Griechenland und auf die Entscheidung *M.S.S.* des EGMR. Das hierin „beschriebene Ausmaß der Beeinträchtigung der Grundrechte zeugt von einer systemischen Unzulänglichkeit des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber“ (Rdn. 87). Damit die Union und ihre

Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz der Grundrechte der Asylsuchenden nachkommen könnten, „obliegt es nach alledem in Situationen wie denen der Ausgangsverfahren den Mitgliedstaaten einschließlich der nationalen Gerichte, einen Asylbewerber nicht an den ‚zuständigen Mitgliedstaat‘ im Sinne der Verordnung Nr. 343/2003 zu überstellen, wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta ausgesetzt zu werden“ (Rdn. 94).

2. Systemische Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen

14. Der Asylsuchende kann im Widerlegungsvortrag nicht jegliche Verletzung eines Grundrechts nach der Charta durch den zuständigen Mitgliedstaat (Rdn. 82, 84 f.), jedoch „systemische Mängel“ des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen, die eine „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber“ belegen, geltend machen (Rdn. 94). Der Gerichtshof verwendet zwar wiederholt auch im Zusammenhang mit dem Widerlegungsvortrag den Plural Grundrechte, reduziert den Widerlegungsvortrag aber eindeutig auf Art. 4 GRCh, und das ist – wie der Gerichtshof an anderer Stelle ausdrücklich klarstellt (Rdn. 106) - Art. 3 EMRK. Auch die Generalanwältin hatte in ihren Schlussanträgen ausgeführt, der durch die Charta gewährte Grundrechtsschutz dürfe „nicht hinter dem durch die EMRK gewährten Schutz zurückbleiben.“²⁰ In Anknüpfung an *M.S.S.* bezieht der Gerichtshof die Schutzwirkung von Art. 4 GRCh alternativ einerseits auf das *Asylverfahren*, andererseits auf die *Aufnahmebedingungen* im zuständigen Mitgliedstaat. Mit dem Hinweis auf systemische Mängel verweist er auf strukturelle Störungen, die ihre Ursache im Gesamtsystem des nationalen Asylverfahrens haben. Es müssen also nicht „planmäßige“ und „absichtlich“ herbeigeführte Funktionsstörungen aufgezeigt werden.

²⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Verica Trstenjak* vom 22. September 2011 in der Rechtssache C-411/10, Rdn. 148.

15. Im Blick auf das *Asylverfahren* gelten folgende Grundsätze: Werden „systemische“ Mängel im zuständigen Mitgliedstaat beim Zugang zum Asylverfahren (Art. 6 RL 2005/85/EG) und wird darüber hinaus aufgezeigt, dass systemische Störungen dazu führen, dass Asylanträge nicht einzeln, objektiv und unparteiisch geprüft und entschieden (Art. 8 Abs. 2 RL 2005/85/EG) sowie die nach Art. 10 RL 2005/85/EG gewährleisteten Verfahrensgarantien für Antragsteller und das Recht auf eine wirksame Überprüfung ablehnender Asylentscheidungen (Art. 23 RL 2005/85/EG) verletzt werden, handelt der Mitgliedstaat, der den Asylsuchenden gleichwohl an diesen Mitgliedstaat überstellt, Art. 4 GRCh zuwider.

16. Der EGMR hat erstmals in *M.S.S.* aus dem Zusammenhang von Art. 13 und Art. 3 EMRK abgeleitet, dass der Asylsuchende, der sich gegenüber dem seinen Asylantrag prüfenden Mitgliedstaat auf die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbotes nach Art. 3 EMRK durch den zuständigen Mitgliedstaat beruft, nicht belegen muss, dass dort tatsächlich dieses Verbot verletzt wird. Seien den Behörden schwerwiegende Mängel des Asylverfahrens im zuständigen Mitgliedstaat aufgrund zuverlässiger Berichte internationaler und nichtstaatlicher Organisationen bekannt, dürfe dem Asylsuchenden nicht die vollständige *Beweislast* dafür auferlegt werden, dass das dortige Asylsystem nicht wirksam sei. Unter diesen Umständen dürfe sich der ersuchende Mitgliedstaat nicht auf Zusicherungen des ersuchten Mitgliedstaates, dass dem Asylsuchenden dort keine konventionswidrige Behandlung drohen werde, verlassen. Vielmehr hätte er zu überprüfen, auf welche Weise dort in der Praxis die Gesetzgebung angewandt werde. Wären sie dieser Verpflichtung nachgekommen, wäre ihnen bei einer solchen Ausgangslage bekannt geworden, dass der Asylsuchende im Falle der Überstellung ein tatsächliches und individuelles Risiko, Art. 3 EMRK zuwider behandelt zu werden, ausgesetzt sein würde. Der Umstand, dass eine große Anzahl von Asylsuchenden derselben Situation wie der Antragsteller ausgesetzt sei, verringere ein konkretes Risiko in keiner Weise.²¹

17. Im Ergebnis verschiebt der EGMR bei systemischen Mängeln des Asylverfahrens im Zielstaat, die aufgrund zuverlässiger Erkenntnisquellen bekannt sind, die Beweislast vom Asylsuchenden auf die Behörde. Die Darlegungslast des Asylsuchenden umfasst den Hinweis

auf die zuverlässigen Quellen. Können die aufgrund dessen im Blick auf Art. 3 EMRK sich aufdrängenden Risiken für den Asylsuchenden nicht konkret und sachbezogen für seinen Fall ausgeräumt werden, darf die Überstellung nicht vollzogen werden. Offensichtlich zielen die vom EuGH bezeichneten „systemischen Mängel“ des Asylverfahrens im zuständigen Mitgliedstaat auf diese Belgien betreffenden Ausführungen in *M.S.S.* Für das Unionsrecht muss lediglich anstelle von Art. 3 EMRK die Bestimmung des Art. 4 GRCh gesetzt werden. Macht der Asylsuchende unter Hinweis auf Berichte internationaler Menschenrechtsorganisationen systemische Mängel im Asylverfahren des zuständigen Mitgliedstaates – in *M.S.S.* Griechenland – geltend, ist der um Schutz gebetene Mitgliedstaat – in *M.S.S.* Belgien – verpflichtet nachzuweisen, dass das dortige Asylverfahren wirksam und in der Lage ist, den Asylantrag nach Maßgabe unionsrechtlicher Vorgaben zu behandeln. Kann der um Prüfung des Asylantrags gebetene Mitgliedstaat dies nicht belegen und überstellt er gleichwohl den Asylsuchenden an den zuständigen Mitgliedstaat, verletzt er Art. 4 GRCh. In Griechenland waren und sind die systemischen Mängel des Asylverfahrens eindeutig. Zu prüfen bleibt für die Zukunft, in welchen grenznahen, durch die Reiserouten betroffenen Mitgliedstaaten systemische Mängel des Asylverfahrens bestehen.

18. Im Blick auf die *Aufnahmebedingungen für Asylsuchende* gelten nach dem EuGH folgende Grundsätze: Behauptet der Asylsuchende gegenüber dem Mitgliedstaat, in dem er Asyl beantragt, „systemische Mängel“ der Aufnahmebedingungen, die eine *unmenschliche oder erniedrigende Behandlung* der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber“ belegen, darf er nicht überstellt werden. Auch hier bezieht der EuGH sich auf *M.S.S.* Insoweit ist in der Rechtsprechung des EGMR in den letzten Jahren eine *dynamische Entwicklung des Beweisstandards* zu beobachten. Denn es geht um die Aufgabe, einen bestimmten Standard der sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen festzulegen, dessen Unterschreitung unter dem Gesichtspunkt der unmenschlichen Behandlung Art. 3 EMRK ins Spiel bringt:

19. 1997 hatte der EGMR in *D v. UK* am Beispiel eines an *AIDS* erkrankten Drogenkuriers Art. 3 EMRK vom Erfordernis eines gezielten, vorsätzlichen Handlungsbegriffs entkoppelt,

²¹ EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09, Rdn. 351 ff. (359) – *M.S.S.*, in NVwZ 2011, 413 (417 f.) nicht vollständig abgedruckt.

vielmehr ausschließlich auf die gesundheitlichen Folgen der Abschiebung abgestellt, dies aber auf ganz außergewöhnliche Ausnahmefälle begrenzt.²² Elf Jahre später hob die Große Kammer erneut den besonderen Ausnahmecharakter dieses Ansatzes hervor, der es nur zulasse, dem Vertragsstaat die Verantwortung für die medizinische Behandlung aufzuerlegen, wenn die „humanitären Gründe zwingend“ gegen eine Abschiebung sprechen würden. Art. 3 EMRK suche einen „fairen Ausgleich zwischen den Anforderungen des allgemeinen Interesses der Gesellschaft und den Erfordernissen des Schutzes der Rechte des Einzelnen“²³ Damit ist der Beweisstandard bei Gesundheitsgefährdungen auf ganz außergewöhnlich tödliche Gefahren beschränkt (*D.v.U.K.*-Standard). Dieses bislang insbesondere im Rahmen von Art. 8 EMRK angewandte Abwägungsmaß wurde allerdings von den drei dissentierenden Richtern mit Hinweis auf den notstandsfesten Charakter der Norm entschieden abgelehnt.²⁴

20. Diese Ausführungen machen deutlich, welches sensible Feld der Gerichtshof in *M.S.S.* betreten hat. Wenige Monate nach *M.S.S.* nutzte er die Gelegenheit, am Beispiel der Unterbringung von Rückkehrern in Lagern für Binnenvertriebene in Somalia den *M.S.S.*-Standard auch in Abgrenzung zum Beweisstandard in *D.v.U.K.* zu konkretisieren und auf den hierfür maßgeblichen Unterschied hinzuweisen: Danach wird die erforderliche Prüfung deshalb nicht nach Maßgabe des *N.v.U.K.*-Tests,²⁵ sondern anhand der in *M.S.S.* entwickelten Kriterien²⁶ durchgeführt, weil die humanitäre Krise durch die Konfliktparteien verursacht worden ist.²⁷ Die dem Gerichtshof vorgeworfene Spaltung des Grundrechtsschutzes, weil er für Asylbewerber einen höheren Standard als für Staatsangehörige eingeführt habe,²⁸ trifft nicht zu. Denn in *Sufi und Elmi* bezog er diesen Standard auf Staatsangehörige.

21. Übertragen auf das GEAS bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Voraussetzungen für ein wirksames und faires Asylsystem zu schaffen. Schaffen sie keine zureichenden und wirksamen Vorkehrungen zur Erfüllung dieser supranationalen Verpflichtung mit der Folge, dass die Aufnahmebedingungen für

²²EGMR, Rdn. 49, EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 = InfAuslR 1997, 381 (383) = NVwZ 1997, 1127 – *D. v. U. K.*

²³EGMR, HRLJ 2008, 289 (295) = NVwZ 2008, 1334 Rdn. 44 – *N.v.U.K.*

²⁴EGMR, HRLJ 2008, 289 (296 ff) – *N.v.U.K.*, in NVwZ nicht abgedruckt.

²⁵EGMR, HRLJ 2008, 289 (295) = NVwZ 2008, 1334 Rdn. 43 ff. – *N. v. U.K.*

²⁶EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09 Rdn. 254 ff., NVwZ 2011, 413 (415 ff.) – *M.S.S.*

²⁷EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 8319/07, 11449/07 Rdn. 267 bis 292, 296 – *Sufi and Elmi*.

²⁸*Daniel Thym*, ZAR 2011, 368 (370).

Asylbewerber in systemischer Weise unterhalb des gebotenen Standards von Art. 3 EMRK herabsinken, dürfen diese nicht am Maßstab der ganz außergewöhnlich tödlichen Gefahren des *D.v.U.K.*-Standards bewertet werden, sondern nach Maßgabe des in *M.S.S.* gesetzten Standards. Eine durch die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber im zuständigen Mitgliedstaat hervorgerufene Situation extremer Armut für Asylbewerber, die durch die Unfähigkeit gekennzeichnet ist, Grundbedürfnisse wie Nahrung, Hygiene und Unterbringung zu erfüllen, begründet ein tatsächliches Risiko, einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt zu werden²⁹ und steht einer Überstellung von Asylsuchenden an diesen Mitgliedstaat entgegen. Gemessen an diesen Grundsätzen stehen die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in Italien derzeit einer Überstellung an diesen Mitgliedstaat entgegen.

3. Drohende Zuwiderhandlungen gegen Art. 4 GRCh aufgrund besonderer Unterscheidungsmerkmale

22. Die vorlegenden Gerichte wollten eine Klärung der Frage, ob bei der Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat „die Grundrechte *des* Antragstellers“ zu beachten sind. Für den denkbar weitreichendsten Fall, dass die Grundrechte *aller* Antragsteller in *vergleichbarer Lage* bedroht sind, hat der Gerichtshof eine Klärung herbeigeführt: Ohne dass es auf die konkrete Person des einzelnen Asylsuchenden ankommt, muss er eine Zuwiderhandlung gegen Art. 4 GRCh befürchten, wenn „*systemische Mängel*“ des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen eine „*unmenschliche oder erniedrigende Behandlung*“ der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber“ belegen (Rdn. 86). Nach dem EGMR verringert der Umstand, dass sich eine große Anzahl von Asylsuchenden in derselben Situation wie der Antragsteller befindet, ein konkretes Risiko in keiner Weise.³⁰ Das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen sind unter diesen Voraussetzungen Gefährdungsfaktoren, die sich zu einem tatsächlichen Risiko verdichten, dass der konkrete Asylsuchende in seinem Grundrecht aus Art. 4 GRCh verletzt werden wird. Die Gefahrenprognose löst sich damit von der Person des Antragstellers ab und entlastet ihn von der Darlegung konkreter Bedrohungen, die gezielt

²⁹EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09 Rdn. 254 ff., NVwZ 2011, 413 (415 ff.) – *M.S.S.*

gegen seine Person gerichtet sind. Ist letzteres der Fall, kommt es auf systemische Mängel des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen nicht an.

23. Es geht dem Gerichtshof darum, klarzustellen, dass nicht bereits der „*geringste Verstoß*“ gegen die Rechtsakte des GEAS die Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat hindert, weil dies die entsprechenden Verpflichtungen nach diesem System aushöhlen würde (Rdn. 82, 84 f.). Andererseits weist er auf die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach der Grundrechtscharta hin (Rdn. 86), hebt aber zugleich hervor, dass die Verwirklichung des GEAS auf gegenseitigem Vertrauen und einer Vermutung der Beachtung des Unionsrechts, genauer der Grundrechte, durch die anderen Mitgliedstaaten beruhe (Rdn. 83). In den weiteren Ausführungen bleibt unklar, ob eine Durchbrechung der Vermutungswirkung nur bei Darlegung systemischer Mängel des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen zugelassen werden soll oder auch bei ernsthaften und auf besonderen Unterscheidungsmerkmalen beruhenden drohenden Zuwiderhandlungen gegen Art. 4 GRCh. Jedenfalls würde der Daseinsgrund der Union und damit das GEAS auf dem Spiel stehen, wenn bereits beim geringsten Verstoß gegen die Rechtsakte des GEAS die Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat in Frage stehen würde (Rdn. 84).

24. Eine Beschränkung der Widerlegung der Vermutungswirkung auf systemische Mängel und damit eine Nichtberücksichtigung eines ernsthaften personenspezifischen Gefährdungsrisikos, das seine Ursache nicht in derart systemischen Mängeln hat, würde Art. 3 EMRK und damit Art. 4 GRCh verletzen. Wird vom Asylsuchenden ein »*ernsthaftes Risiko*«, im zuständigen Mitgliedstaat einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt zu werden,³¹ geltend gemacht, hat der ersuchende Mitgliedstaat diesem Vorbringen nachzugehen und darf nicht mit dem Hinweis, nur bei systemischen Mängeln werde die Vermutungswirkung durchbrochen, die Überstellung vollziehen. Art. 3 EMRK steht nicht unter dem Vorbehalt einer „strukturellen“, „systembedingten“ Verletzung, sondern allein unter dem Vorbehalt der Darlegung eines »*ernsthaften Risikos*« seiner Verletzung, unabhängig davon, auf welchen Gründen die drohende Zuwiderhandlung beruht. Ob der

³⁰ EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09, Rdn. 359 – *M.S.S.*

EuGH Art. 4 GRCh im Rahmen des GEAS unter den Vorbehalt „systemisch“ bedingter Verletzungen stellen will, bleibt offen. Jedenfalls wäre eine derartige Auslegung des Urteils konventionswidrig und damit auch unionsrechtswidrig (Art. 4 GRCh in Verb. mit Art. 6 Abs. 3 EUV). Sie würde auch nicht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes übereinstimmen, weil dieser Bedeutung und Tragweite der Grundrechte der Charta in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR zu den entsprechenden Konventionsrechten bestimmt.³²

25. Um sich auf Art. 13 EMRK zu berufen, muss die Behauptung der Rechtsverletzung „vertretbar“ („*arguable*“) sein.³³ Wird die schlüssige Behauptung vorgebracht, im zuständigen Mitgliedstaat unmenschlicher Behandlung ausgesetzt zu werden, muss vor einer Überstellung dieser Behauptung sorgfältig nachgegangen werden. Die Mitgliedstaaten können sich in diesem Zusammenhang nicht automatisch auf die Zuständigkeitsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 berufen. Vielmehr wäre es unvereinbar mit Ziel und Zweck der EMRK, wenn die Mitgliedstaaten sich dadurch von den sie treffenden Verpflichtungen aus der EMRK befreien könnten.³⁴ Derartige Zuständigkeitsbestimmungen rechtfertigen im Lichte von Art. 3 EMRK auch keine Beschränkung des Vorbringens auf „systemische“ Mängel“. Dies erhöht zwar bei nicht personenspezifischen Gefährdungsfaktoren die Anforderungen an den Widerlegungsvortrag. Maßgebend ist jedoch, dass die Verpflichtung des ersuchten Mitgliedstaats nach Art. 3 EMRK allein von einer vertretbaren Behauptung einer Rechtsverletzung abhängig ist. Nur im Blick auf nicht personenspezifische Gefährdungslagen kann die Rechtsprechung des EGMR dahin interpretiert werden, dass die Zulässigkeit der Beschwerde von einer begründeten Behauptung systemischer Mängel abhängig ist

26. Für das deutsche Recht hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, nicht vom Konzept der normativen Vergewisserung erfasst seien auch „Ausnahmesituationen, in denen

³¹EGMR, NVwZ 1992, 869 (870) (Rdn. 111 und 115) – *Vilvarajah*; EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1331) Rdn. 131 – *Saadi*.

³²EuGH, NVwZ 2012, 97 (100) Rdn. 70 – *Derici*.

³³EGMR, Urteil vom 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 99 – *Muminov*.

³⁴EGMR, Urteil vom 7. März 2000 – Nr. 43844/88 - *T.I gegen Vereinigtes Königreich*, EZAR 933 Nr. 8 = InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 (302); EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, - *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

der Drittstaat selbst gegen den Schutzsuchenden zu Maßnahmen politischer Verfolgung oder unmenschlicher Behandlung (Art. 3 EMRK) greife und dadurch zum Verfolgerstaat“ werde.³⁵ Die nachträgliche dynamische Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR zum Handlungsbegriff des Art. 3 EMRK konnte das BVerfG damals noch nicht berücksichtigen. Da die verfassungsunmittelbare unwiderlegliche Vermutungswirkung von vornherein bei einem schlüssigen Vortrag, dass im zuständigen Mitgliedstaat eine personenspezifische Gefährdung nach Art. 3 EMRK droht, keine Anwendung findet, bedarf es auch keiner Berufung auf eine Widerlegungsmöglichkeit. Die Vermutung der Vertragstreue der Mitgliedstaaten mag es rechtfertigen, das Vorbringen des Asylsuchenden besonders sorgfältig zu prüfen, rechtfertigt also solche aber nicht eine Einschränkung auf nur systemisch bedingte Zuwiderhandlungen.

27. Der Asylsuchende muss konkrete Gründe bezeichnen, um beurteilen zu können, ob im Falle der Abschiebung im Zielstaat ein tatsächliches Risiko besteht, einer Behandlung ausgesetzt zu werden, die über die durch Art. 3 EMRK gesetzte Grenze hinausgeht.³⁶ Das tatsächliche Risiko bezieht sich auf eine bestehende »objektive Gefahr«, einer Art 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung unterworfen zu werden. Der Gerichtshof differenziert dabei zwischen unerheblichen »bloßen Möglichkeiten« sowie dem beachtlichen »ernsthaften Risiko« einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.³⁷ *Diplomatische Zusicherungen* befreien die Behörden nicht von der sorgfältigen und notwendigerweise strengen Prüfung, ob im konkreten Einzelfall derartige Zusicherungen in ihrer tatsächlichen Anwendung wirksame Garantien gegen die Folteranwendung gewährleisten.³⁸ Der Gerichtshof überprüft insoweit auch das reale Risiko einer Weiterschickung durch den Zielstaat in das Herkunftsland.³⁹ In *M.S.S.* hatte der EGMR Belgien ausdrücklich gerügt, weil es im Vertrauen auf die Zusicherung der griechischen Behörden, sie würden den

³⁵BVerfGE 94, 49 (99) = NVwZ 1996, 700 (705) = EZAR 208 Nr. 7.

³⁶EGMR, EZAR 933 Nr. 1, Rdn. 111 = EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183 – *Soering*; EGMR, EZAR 933 Nr. 3, Rdn. 113 = NVwZ 1992, 879 = InfAuslR 1992, 81 – *Vilvarajah*.

³⁷EGMR, NVwZ 1992, 869 (870) (Rdn. 111 und 115) – *Vilvarajah*; EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1331) Rdn. 131 – *Saadi*.

³⁸EGMR, NVwZ 2008, 1330 (1331) Rdn. 147 f. – *Saadi*; Human Rights Committee, Netherlands Quaterly of Human Rights, 2007, 293 – *Alzery*.

³⁹EGMR, InfAuslR 2010, 47 (48) – *Abdolkhani und Karimnia*; EGMR, U. v. 21. 1. 2011 – Nr. 30696/09 – *M.S.S.*

Beschwerdeführer nach den Regeln des GEAS behandeln, keine eigene Prüfung, ob diese auch wirksam in der Praxis angewandt werden,⁴⁰ durchgeführt hatte.

28. Damit ist festzuhalten, dass bei einer an den Grundrechten der Charta ausgerichteten Umsetzung von *N.S.* und *M.E.* dem EuGH nicht ohne greifbare Anhaltspunkte unterstellt werden kann, er habe den Widerlegungsvortrag auf systemische Mängel beschränken wollen. Dagegen spricht bereits, dass der Gerichtshof selbst eine grundrechtskonforme Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 fordert (Rdn. 77). Ist ernsthaft zu befürchten, dass überstellte Asylbewerber im zuständigen Mitgliedstaat eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 4 GRCh erleiden können, ist die Überstellung an diesen untersagt. Kann der Antragsteller nicht auf persönliche Unterscheidungsmerkmale, sondern allein auf das defizitäre Asylverfahren oder die Aufnahmebedingungen verweisen, wird das Beweismaß herabgestuft, wenn er unter Bezugnahme auf Berichte unabhängiger Menschenrechtsorganisationen „systemische Mängel“ belegen kann.

29. Diese an *M.S.S.* orientierte Klarstellung durch den Gerichtshof schließt nicht aus, ernsthafte Befürchtungen, dass bei einer Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat eine personenspezifische ernsthafte Gefahr der Zuwiderhandlung gegen Art. 4 GRCh droht, zu berücksichtigen. Vielmehr ist diesen Behauptungen nachzugehen. So müssen sich in Tschechien Asylsuchende einer sexologischen und phallometrischen Untersuchung unterziehen, um die Behauptungen des Antragstellers, er befürchte Verfolgung wegen seiner Homosexualität, zu überprüfen. Da die Weigerung, in eine derartige Prüfung einzuwilligen, den Zugang zum dortigen Asylverfahren versperrt, droht bei einer Überstellung eine Verletzung von Art. 3 EMRK.⁴¹ Wird kein wirksames Asylverfahren eingeleitet, ist dies nach Art. 3 EMRK relevant. Ebenso stehen unmenschliche Unterbringungsbedingungen für minderjährige Flüchtlinge⁴² oder individual bezogene Gefahren für Angehörige bestimmter Minderheiten, wie z.B. die Roma in bestimmten osteuropäischen Mitgliedstaaten der Überstellung entgegen.

⁴⁰ EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09, Rdn. 354 – *M.S.S.*

⁴¹ VG Schleswig, Beschluss vom 7. September 2009 – 6 B 32/09, BA, S. 3.

⁴² Bejaht für Ungarn von VG Ansbach, InfAuslR 2011, 313; VG Ansbach, InfAuslR 2011, 364.

IV. Ausübung des Selbsteintrittsrechts (Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003)

30. Zur Ausübung zum Selbsteintritt nach Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 stellt der Gerichtshof im Ausgangspunkt klar, dass das in dieser Norm den Mitgliedstaaten verliehene Ermessen Teil der von der Verordnung vorgesehenen Verfahren und daher nur ein Element des GEAS darstelle. Übe ein Mitgliedstaat dieses Ermessen aus, führe er damit Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh durch (Rdn. 68). Zutreffend wird zwar eingewandt, der Gerichtshof habe sich nicht zu möglichen Kriterien für einen Selbsteintritt geäußert.⁴³ Eine Analyse der Entscheidungsgründe ergibt jedoch, dass in den Fällen, in denen eine Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat wegen Art. 4 GRCh nicht zulässig ist und für die an sich zulässige Fortführung der Zuständigkeitsprüfung nach den Regeln der Verordnung (Rdn. 107) von vornherein keine Rechtsgrundlage besteht, eine Verpflichtung zur Übernahme der Zuständigkeit für den Mitgliedstaat besteht, in dem Asyl beantragt worden ist:

31. Reist der Asylsuchende über einen Mitgliedstaat illegal in das Unionsgebiet ein und anschließend weiter, ist der Einreisestaats zuständiger Mitgliedstaat (Art. 10 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Weisen das Asylverfahren oder die Aufnahmebedingungen in diesem Mitgliedstaat „systemische Mängel“ im Sinne von Art. 4 GRCh auf, darf an diesen nicht überstellt werden. Für eine Fortführung der Zuständigkeitsprüfung, wie sie der Gerichtshof fordert, bleibt nur dann Raum, wenn der Asylsuchende im Einreisestaat nach der illegalen Einreise keinen, sondern erst nach der Weiterreise in einem anderen Mitgliedstaat den Asylantrag stellt. In diesem Fall ist der Mitgliedstaat zuständig, in dem zuerst der Asylantrag gestellt wird (Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 343/2003), weil an den an sich nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung zuständigen Einreisestaat wegen systemischer Mängel des Asylverfahrens oder der Aufnahmebedingungen nicht überstellt werden darf. Der um Asyl ersuchte Mitgliedstaat ist in diesem Fall zuständig, es sei denn, er kann glaubhaft machen, dass der Asylsuchende sich auf der Weiterreise vom Einreisestaat zum ersuchten Mitgliedstaat länger als ununterbrochen fünf Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat (vgl. Art. 10 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Angewandt auf das

⁴³ *Constantin Hruschka*, *Asyl* 2012, 32 (34).

Verhältnis Griechenland Bundesrepublik Deutschland bedeutet dies, dass die Bundesrepublik nach Art. 13 der Verordnung zuständig ist.

32. Hat der Asylsuchende bereits im ersten und wegen der illegalen Einreise an sich zuständigen Mitgliedstaat den Asylantrag gestellt, ist dieser sowohl nach Art. 10 wie auch 13 der Verordnung zuständiger Mitgliedstaat. Ist eine Überstellung an diesen Mitgliedstaat wegen Art. 4 GRCh nicht zulässig, kommt die Auffangzuständigkeit nach Art. 13 der Verordnung nicht mehr in Betracht. In diesem Fall ist nach keinem Zuständigkeitskriterium ein anderer Mitgliedstaat zuständig bis auf den, an den wegen Art. 4 GRCh nicht überstellt werden darf. Der um Asyl ersuchte Mitgliedstaat kann allenfalls noch prüfen, ob sich der Asylsuchende auf der Weiterreise vom Einreisestaat zum ersuchten Mitgliedstaat länger als ununterbrochen fünf Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat (vgl. Art. 10 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003). Ist dies nicht der Fall, ist die Folge der Verpflichtung nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung, wonach die Mitgliedstaaten jeden Asylantrag zu prüfen haben, der an der Grenze oder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates gestellt wird, die Verpflichtung zum Selbsteintritt des um Asyl ersuchten Mitgliedstaates. Angewandt auf die Asylsuchenden, die über Griechenland eingereist waren, dort einen Asylantrag gestellt haben und anschließend über Italien und andere Mitgliedstaaten weitergereist sind, sich in den Transitstaaten aber nicht jeweils länger als fünf Monate ununterbrochen aufgehalten haben, bedeutet dies, dass die um Asyl ersuchte Bundesrepublik Deutschland den Antrag prüfen muss.

33. Es verletzt Unionsrecht, wenn der ersuchende Mitgliedstaat ohne Beweismittel oder Indizien (Art. 18 Abs. 3 der Verordnung) für einen länger als fünf Monate dauernden Aufenthalt im ersuchten Transitstaat an diesen ein Übernahmeersuchen richtet, weil in diesem Fall die Voraussetzungen für die Stellung eines Aufnahmeersuchens nicht bestehen (Art. 17 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 343/2003).⁴⁴ Ein unzulässiger Antrag begründet nicht die *Zustimmungsfiktion* des Art. 18 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 343/2003, sodass der ersuchende Mitgliedstaat gegenüber dem ersuchten Mitgliedstaat nicht von der zweimonatigen Verschweigungsfrist Gebrauch machen und deshalb die Überstellung nach Fristablauf nicht vollziehen darf. Auch wenn in einem derartigen Verfahren der ersuchte Mitgliedstaat der

⁴⁴ *Constantin Hruschka*, Asyl 2012, 32 (34).

Übernahme zustimmt, darf dies nicht als Selbsteintritt des ersuchten Mitgliedstaates nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung gewertet werden, weil das Aufnahmeersuchen als solches bereits Unionsrecht verletzt und damit das gesamte Verfahren unzulässig ist. Die Verschweigungsfrist dient nicht dazu, der Beweisnot des ersuchenden Mitgliedstaates abzuhelpfen. So ist die Zustimmung des ersuchten Mitgliedstaates auch unbeachtlich, wenn der ersuchende Mitgliedstaat ihn unzutreffend dahin informiert, dass er der erste Einreisestaat sei.⁴⁵ Legt der ersuchende Mitgliedstaat keine zureichenden Beweismittel im Sinne von Art. 18 Abs. 3 der Verordnung für die Dauer des erforderlichen Transitaufenthaltes gegenüber dem ersuchten Mitgliedstaat vor, ist er zuständig.⁴⁶

V. Gewährleistung von Eilrechtsschutz nach Art. 47 GRCh

34. Der EuGH hat sich zwar nicht unmittelbar mit der Frage des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an den zuständigen Mitgliedstaat auseinandergesetzt. Gleichwohl folgt aus seinen Ausführungen, dass in derartigen Fällen wirksamer Eilrechtsschutz zu gewährleisten ist. Wie bereits ausgeführt, hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Ausübung von Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 Durchführung von Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh darstellt. Der Gerichtshof weist in der Entscheidungsbegründung ausdrücklich auf die Eilrechtsschutzregel des Art. 19 Abs. 2 der Verordnung hin (Rdn. 22). Wie Art. 3 Abs. 2 die Ausübung des Selbsteintrittsrechts überlässt Art. 19 Abs. 2 der Verordnung die Regelung des Eilrechtsschutzes dem Ermessen der Mitgliedstaaten. Dieselben Gründe, die dafür sprechen, das Ermessen nach Art. 3 Abs. 2 als ein „Element des GEAS“ zu werten (Rdn. 68), tragen auch die Annahme, dass die Ausübung des Ermessens nach Art. 19 Abs. 2 der Verordnung ein Element dieses Systems ist und deshalb durch seine Ausübung Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh durchgeführt wird. Dafür spricht auch die ständige Rechtsprechung des EuGH, wonach Ermessensklauseln nur in Übereinstimmung mit den Rechten der EMRK und der Charta der Grundrechte in Anspruch genommen werden dürfen.⁴⁷ Ebenso wie die dem nationalen Ermessen anheim gegebene Ausübung des

⁴⁵ VG Ansbach, Beschluss vom 9. März 2011 – AN 11 E 11.30089, Anfrage an Italien, obwohl Einreise über Griechenland.

⁴⁶ Christian Filzwieder/Andrea Sprung, Dublin II-Verordnung, 3. Auflage, 2010, S. 144.

⁴⁷ EuGH, NVwZ 2006, 1033 (1034) Rdn. 58 ff. (62 f.) –EP gegen Rat; EuGH, InfAuslR 2010, 221 = NVwZ 2010, 697 Rdn. 44 – Chakroun.

Selbsteintrittsrechts nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung unionsrechtlich durch Art. 51 Abs. 1 GRCh eingebunden wird, wird deshalb die Ausübung des Ermessens bei der Regelung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen nach Art. 19 Abs. 2 GRCh unionsrechtlich nach Art. 51 Abs. 1 GRCh mit der Folge eingebunden, dass die Regelungen des Unionsrechts zum Rechtsschutz (Art. 47 GRCh) bei Überstellungen nach der Verordnung Anwendung finden und die Mitgliedstaaten sich für den Ausschluss des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen nicht auf Art. 19 Abs. 2 der Verordnung berufen können, da dieser grundrechtskonform im Sinne des Art. 47 GRCh auszulegen und anzuwenden ist.

35. Damit ist die ständige Rechtsprechung des EuGH zum primärrechtlichen Rechtsschutz⁴⁸ anzuwenden. Der Gerichtshof hat festgestellt, aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, dass alle Entscheidungen einer nationalen Behörde gerichtlich überprüfbar sein müssten, ergebe sich insbesondere im Hinblick auf die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung einer nationalen Behörde, dass ein mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein müsse, *einstweilige Anordnungen* zu erlassen, um die *volle Wirksamkeit* der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.⁴⁹ Der Gerichtshof begründet seine Auffassung damit, dass jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar wäre, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen werde, bereits im Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein wenn auch nur vorübergehendes Hindernis für die volle Wirksamkeit der Unionsnormen bildeten.⁵⁰ Ein Gericht, das unter

⁴⁸ S. hierzu *Reinhard Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung), 2010, S. 124 ff., mit weiteren Hinweisen, www.ramarx.de/Interessantes/Beiträge.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 19 ff., Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*; EuGH, Urteil vom 11. Januar 2001, Rs. C-1/99 Rdn. 46 - 48 – *Kofisa Italia Srl*.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 20, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*, mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 9. März 1978, Rs. 106/77, Rdn. 21 bis 23, Slg. 1978, 629 – *Simmenthal*.

diesen Umständen einstweilige Anordnungen erlassen würde, wenn dem nicht eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegenstünde, dürfe diese (nationale) Vorschrift nicht anwenden.⁵¹

36. Aus dem aus allgemeinen Grundsätzen wie auch aus Art. 47 GRCh abgeleiteten Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz folgt damit als immanenter Bestandteil dieses Grundrechts ein grundrechtlicher Anspruch auf Eilrechtsschutz auf Sicherstellung der vollen Wirksamkeit unionsrechtlich begründeter Rechtspositionen. Es obliegt den nationalen Gerichten, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionsrecht anzuwenden haben, entsprechend dem primärrechtlich verankerten Grundsatz der Mitwirkungspflicht die volle Wirkung seiner Bestimmungen zu gewährleisten, die sich für den Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts ergibt.⁵² Der nationale Richter übernimmt damit die Funktion eines europäischen Richters. Eine nationale Rechtsvorschrift, welche die Durchsetzung der vollen Wirksamkeit europarechtlicher Schutzpositionen im Eilrechtsschutzverfahren hindert, darf der nationale Richter nicht anwenden. Diese Verpflichtung trifft nach dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang jeden nationalen Richter.

37. Ein weiteres durchschlagendes Argument für die Sicherstellung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen folgt aus dem Zusammenhang der Entscheidung *N.S und M.E.* mit konventionsrechtlichen Vorgaben: Der vorliegende britische Court of Appeal wollte geklärt wissen, ob der Schutz der einer von der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 erfassten Person durch Art. 1, 18 und 47 GRCh gewährt werde, weiter reiche als der Schutz nach Art. 3 EMRK. Zur Beantwortung dieser Frage weist der Gerichtshof darauf hin, der EGMR habe nach dem Ergehen des Vorlagebeschlusses in *M.S.S.* festgestellt, dass Griechenland wegen der Mängel seines Asylverfahrens Art. 13 in Verb. mit Art. 3 EMRK und Belgien wegen der geplanten Überstellung an Griechenland Art. 3 EMRK zuwidergehandelt hätten (Rdn. 112). In *M.S.S.* hat der EGMR in den Art. 3 EMRK im Blick auf Belgien betreffenden

⁵¹ EuGH, Urteil vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 21, Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*

⁵² EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2005 – Rs. C-379/04, Rdn. 14 – *Dahms*, mit weiteren Hinweisen; EuGH, Urt. vom 17. September 2002, Rs. C-253/00, Rdn. 28 – *Munoz und Superior Fruiticola*; EuGH, Urt. vom 19. Juni 1990, Rs. C-213/89, Rdn. 28 Slg. 1990, I-02433 – *Factortame u.a.*; s. auch *Weinzierl*, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), 2009, S. 20.

Ausführungen (Rdn. 323 bis 361) ausgeführt, dass den belgischen Behörden im Zeitpunkt der Überstellung des Beschwerdeführers bekannt gewesen sei oder hätte bekannt gewesen sein müssen, dass in Griechenland keine Garantie dafür bestanden hätte, dass dort sein Asylantrag ernsthaft geprüft werden würde. Hätten die belgischen Behörden die Situation in Griechenland geprüft, hätten sie erkennen müssen, dass die dem Beschwerdeführer in Griechenland drohenden Gefahren konkret und individuell genug gewesen seien, um in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK zu fallen (Rdn. 358 f.).

38. In den auf den Zusammenhang von Art. 13 mit Art. 3 EMRK zielenden Ausführungen (Rdn. 370 bis 397) verweist der EGMR zunächst auf seine Feststellung, dass die belgischen Behörden Art. 3 EMRK verletzt hätten. Deshalb sei die Berufung des Beschwerdeführers auf den Schutz von Art. 13 EMRK „vertretbar“ („arguable“). Unter Bezugnahme auf seine gefestigte Rechtsprechung wiederholt der EGMR anschließend, dass „jeder Hinweis, wonach die Abschiebung in ein anderes Land den Beschwerdeführer einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Gefahr aussetzen werde, nach Art. 13 EMRK eine vollständige und sorgfältige Überprüfung erfordere“ (Rdn. 387). Diese Überprüfung könne nicht als nachrangige Verpflichtung behandelt werden, weil die Staaten eine Person nicht abschieben dürften, ohne zuvor ihre Beschwerde, dass die Abschiebung Art. 3 EMRK zuwiderliefe, so strikt wie möglich zu prüfen. Da das belgische Eilrechtsschutzverfahren diese Anforderungen nicht erfüllt habe, sei Art. 13 in Verbindung mit Art. 3 EMRK verletzt worden.⁵³

39. Die Ausführungen in *M.S.S.* entsprechen der Rechtsprechung des EGMR zum Eilrechtsschutz nach Art. 13 EMRK.⁵⁴ Es ist im Blick auf Verwaltungsentscheidungen, die Art. 3 EMRK zuwiderlaufende irreversible Folgen haben können, unvereinbar mit Art. 13 EMRK, dass diese vollzogen werden, bevor die zuständigen nationalen Instanzen deren Vereinbarkeit mit der Konvention überprüft haben, auch wenn den Vertragsstaaten im Blick auf die Ausgestaltung dieser Verfahren ein gewisses Ermessen eingeräumt wird. Daraus folgt,

⁵³ EGMR, Urteil vom 21. Januar 2011 – Nr. 30696/09, Rdn. 387 ff. – *M.S.S.*, mit Verweis auf EGMR, Urte. v. 5. Februar 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 81 bis 83, – *Conka*. EGMR, Urte. v. 26. April 2007 – Nr. 25389/05, Rdn. 66 bis 67 – *Gebremedhin*; so bereits EGMR, Urte. v. 11. Dezember 2000 – Nr. 42502/06, Rdn. 102 – *Muminov*.

dass Rechtsmittel aufschiebende Wirkung haben müssen. Es genügt nicht, dass der Beschwerdeinstanz die Möglichkeit eingeräumt wird, die Vollziehung der Maßnahme nach Ermessen auszusetzen. Denn Art. 13 EMRK stellt eine Garantie dar, erschöpft sich damit nicht in einer Absichtserklärung oder praktischen Absprache.⁵⁵ Diese Rechtsprechung umfasst sowohl Abschiebungen⁵⁶ wie auch Zurückweisungen an der Grenze. Ausdrücklich hat der Gerichtshof bezogen auf das Schnellverfahren im Transitbereich, in dem der beim zuständigen Richter eingelegte Rechtsbehelf nicht automatisch aufschiebende Wirkung hatte, festgestellt, dass dieses den Anforderungen von Art. 13 EMRK nicht genüge.⁵⁷

40. Ein Verfahren, in dem die aufschiebende Wirkung erst beantragt werden muss, bietet im Hinblick auf die durch Art. 3 EMRK absolut garantierten Rechte nach Ansicht des Gerichtshofes keine ausreichende Sicherheit. Fehlentscheidungen seien insbesondere in Eilrechtsschutzverfahren nie auszuschließen. Daher fehle eine hinreichende Garantie für die Gewährung des nach der Konvention geforderten vorläufigen Rechtsschutzes, wenn eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung fehle.⁵⁸ *M.S.S.* ist allerdings so zu verstehen, dass auch ein Verfahren, in dem die aufschiebende Wirkung erreicht werden kann, mit der Konvention vereinbar ist. Denn der EGMR hat nicht das Eilrechtsschutzsystem in Belgien als solches, sondern seine fehlende Wirksamkeit kritisiert. Ist ein nicht wirksames Eilrechtsschutzsystem konventionswidrig, verletzt die gänzliche Vorenthaltung eines derartigen Systems durch § 34a Abs. 2 AsylVfG erst recht die Konvention.

41. Indem der EuGH auf die Ausführungen in *M.S.S.* verweist, welche die Verpflichtungen Belgiens im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK betreffen, macht er damit zugleich auch die Ausführungen zu Art. 13 EMRK zum Inhalt des Unionsrechts. Ein zentraler Auslegungsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH ist, dass unionalen Grundrechten „die gleiche Bedeutung und Tragweite beizumessen ist“ wie entsprechenden Grundrechten nach

⁵⁴ S. hierzu *Reinhard Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung), 2010, S. 141 ff., mit weiteren Hinweisen, www.ramarx.de/Interessantes/Beiträge.

⁵⁵ EGMR, Urteil vom 5. Februar 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

⁵⁶ EGMR, Urteil vom 2. Dezember 2008 – Nr. 32733/08, – *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, NVwZ 2009, 965 (966).

⁵⁷ EGMR, Urteil vom 26. April 2007 – Nr. 25389/05, Rdn. 65 - 67 – *Gebremedhin*.

der Konvention in ihrer „Auslegung durch die Rechtsprechung des EGMR.“⁵⁹ Daher ist Art. 47 GRCh ebenso auszulegen und anzuwenden wie Art. 13 EMRK. Daraus folgt, dass § 34a Abs. 2 AsylVfG unionsrechtswidrig und aufzuheben ist: Die verfassungsrechtliche Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 Satz 3 GG zwingt nicht dazu, den Eilrechtsschutz gegen Überstellungen auszuschließen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, dass die Ausschlusswirkung dieser Verfassungsnorm nicht über die Grenzen hinausreiche, die dem normativen Vergewisserungskonzept gesetzt seien.⁶⁰ Kollisionen zwischen Verfassungsrecht und Unionsrecht bei Zulassung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen können danach nicht erkannt werden.

42. Da Art. 47 Abs. 1 GRCh im vollen Umfang auf Überstellungen Anwendung findet, kann der einfachgesetzliche Ausschluss des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen nicht aufrechterhalten werden. Nach Art. 47 Abs. 1 GRCh kann der Eilrechtsschutz nicht nur in besonderen Ausnahmefällen zugelassen werden und so wie bisher § 34a Abs. 2 AsylVfG prinzipiell aufrechterhalten, seine Geltungswirkung aber nur ausnahmsweise mit Hinweis auf die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Ausnahmefälle außer Acht gelassen werden. Ein derartiges Verfahren ist nach Art. 51 Abs. 1 in Verb. mit Art. 47 GRCh mit Unionsrecht nicht vereinbar. Darüber hinaus würde seine Beibehaltung die auf § 34a Abs. 1 in Verb. mit § 31 Abs. 1 Satz 4 AsylVfG beruhende Zustellungspraxis nicht beseitigen. Denn diese Normen verfolgen ja nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes den Zweck, die unmittelbare Durchführung der Überstellung an den Mitgliedstaat unmittelbar mit der Zustellung zu gewährleisten,⁶¹ führen also dazu, dass auch in den Fällen, in denen die Sicherheitsvermutung widerlegt werden könnte, durch Zustellung und gleichzeitigen Vollzug der Abschiebungsanordnung die Erlangung von Eilrechtsschutz verhindert würde.

43. Nach alledem können die Vorschriften des § 31 Abs. 1 Satz 4 und § 34a AsylVfG nicht mehr angewandt werden und trifft den Gesetzgeber eine unionale Verpflichtung, diese Vorschriften aufzuheben. Auch der Ausschuss gegen Folter hat in seinen abschließenden

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 5. Februar. 2002 – Nr. 51564/99, Rdn. 83, – *Conka*.

⁵⁹ EuGH, NVwZ 2012, 97 (100) Rdn. 70 – *Derici*.

⁶⁰ BVerfGE 94, 49 (102) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

⁶¹ BVerfGE 94, 49 (105 f.) = EZAR 208 Nr. 7 = NVwZ 1996, 700 (702).

Bemerkungen vom November 2011 die Bundesrepublik wegen des fehlenden Eilrechtsschutzes kritisiert und empfohlen, die Vorschrift, welche Rechtsmittel gegen die Überstellung im Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 ausschließt, aufzuheben.⁶² Der deutsche Richter darf daher nach der Klarstellung durch den EuGH § 34a Abs. 2 AsylVfG nicht mehr anwenden, sondern hat jeder vertretbaren Behauptung eines von der Überstellung an den zuständigen Mitgliedstaat betroffenen Asylsuchenden, dort bestehe für ihn eine konkrete Gefahr, einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt zu werden, in einem summarischen, dem Hauptsachverfahren vorgängigen Eilrechtsschutzverfahren nachzugehen.

Reinhard Marx, 6. Februar 2012

⁶² Ausschuss gegen Folter, Protokoll der 47. Tagung vom 31. Oktober bis zum 25. November 2011: Prüfung der von den Vertragsstaaten nach Artikel 18 des Übereinkommens vorgelegten Berichte – Deutschland, Rdn. 22.