



## **Die Genfer Flüchtlingskonvention: Errungenschaften und Herausforderungen aus europäischer Perspektive**

Dr. Reinhard Marx, Rechtsanwalt

Vortrag beim 11. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz am 20. Juni 2011

### **I. Europas Verantwortung für den Flüchtlingsschutz**

Die Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951 wurde im Rahmen der Vereinten Nationen diskutiert und verabschiedet, zielte jedoch vorrangig auf die Bewältigung des europäischen Flüchtlingsproblems. Dies verdeutlichen insbesondere die ursprünglichen zeitlichen und geographischen Beschränkungen der Konvention: Die Europaklausel (Art. 1 B) ermöglichte den Vertragsstaaten eine Begrenzung auf europäische Herkunftsländer. Darüber hinaus enthielt die Flüchtlingsdefinition einen Stichtag, wonach nur Verfolgungsereignisse berücksichtigt wurden, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten waren. Offensichtlich sollte nur für die Flüchtlinge eine Lösung gefunden werden, die als Folge des Krieges nach 1945 in Europa Schutz suchten. Beide Beschränkungen der Konvention wurden insbesondere von den afrikanischen Ländern so verstanden, dass die Konvention lediglich ein Schutzinstrument für europäische Flüchtlinge darstellte.<sup>1</sup> Erst das New Yorker Protokoll von 1967 hob die Stichtagsbegrenzung auf und verwandelte die Konvention dadurch in ein universelles Instrument.

Es ist dieser historische Hintergrund, der die besondere Verantwortlichkeit Europas, und hier in erster Linie der Europäischen Union, für die Aufnahme von Flüchtlingen und Asylsuchenden beleuchtet. Europa wählte zur Lösung des europäischen Flüchtlingsproblems nicht – wie bei der ein Jahr zuvor verabschiedeten Menschenrechtskonvention – den europäischen, sondern den Weg über die Vereinten Nationen. Hier wird deutlich, dass Europa schon damals sein Flüchtlingsproblem als *internationale Herausforderung* verstand, von der internationalen Gemeinschaft Unterstützung bei der Lösung seines eigenen Flüchtlingsproblems erwartete, aber auch Schutzinstrumente entwickeln wollte, die nicht nur auf Europa beschränkt bleiben sollten, sondern auf alle Flüchtlingssituationen angewandt werden konnten.

Andererseits, die europäische Lösung beim Menschenrechtsschutz kann nicht als Rückzug aus der internationalen Verantwortung begriffen werden. Die Menschenrechtskonvention wird vorrangig im *innerstaatlichen Spannungsverhältnis* zwischen der nationalen Regierung und den ihrer Gewalt unterworfenen Personen praktisch wirksam. Der europäischen Lösung dieser Frage wohnt also keine isolationistische Tendenz inne. Vielmehr war das europäische Modell wegweisend für die Menschenrechtspakte der Vereinten Natio-

---

<sup>1</sup> Von Glahn, Der Kompetenzwandel internationaler Flüchtlingshilfeorganisationen – vom Völkerbund bis zu den Vereinten Nationen, 1992, S. 124.



nen von 1966 und viele weitere universelle und nationale Instrumente. Dass auch der Menschenrechtsschutz eine universelle Dimension hat, blieb anfangs unterbelichtet. Der Refoulementcharakter insbesondere von Art. 3 geht nicht aus dem Normtext hervor, sondern wurde erst 1989 in der berühmten Soering-Entscheidung des Gerichtshofes entwickelt. Das fünf Jahre zuvor verabschiedete Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter, das in Art. 3 ein ausdrückliches Refoulementverbot enthält, war nach den Entscheidungsgründen u.a. inspirierend für diese Entwicklung.<sup>2</sup>

Den Schöpfern der Flüchtlingskonvention war von Anfang an bewusst, dass ein ausschließlich auf europäische Herkunftsländer bezogenes Schutzinstrument der universellen Dimension des Flüchtlingsproblems nicht gerecht werden konnte. Deshalb die Ambivalenz, die in der Europaklausel ihren Ausdruck fand, den Vertragsstaaten aber lediglich eine Wahlmöglichkeit eröffnete. Anders als beim Menschenrechtsschutz geht es hier nicht lediglich um das innerstaatliche Spannungsverhältnis, sondern um die Beziehungen des Flüchtlings zu einer Vielzahl von Staaten: zum Herkunftsstaat, zu den Transitstaaten und zum Aufnahmestaat. Und man darf den Verfassern der Konvention nicht die Naivität unterstellen, dass sie 1951 davon ausgegangen wären, nur Europa habe ein Flüchtlingsproblem, und dieses sei vorübergehender Natur. Vielmehr dienten die ursprünglichen zeitlichen und geographischen Begrenzungen der schnellen Konsensfindung unter den Staaten mit der Option einer späteren universellen Öffnung.

60 Jahre später stellen wir fest, dass die Europäische Union zu einem aktiven und bedeutenden Akteur im Flüchtlingsschutz geworden ist. Der gemeinsame Wille der europäischen Völker nach Integration brachte auch eine gemeinsame Asyl- und Flüchtlingspolitik hervor, zunächst in Formen der Regierungszusammenarbeit, seit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 in Form der Vergemeinschaftung. Gewiss, dieser Integrationsprozess ist widersprüchlich und ambivalent, hin und her gerissen zwischen den Zielen der Bekämpfung der illegalen Einwanderung einerseits und der Aufnahme von Flüchtlingen andererseits. Doch gilt es festzuhalten, dass sich die sekundärrechtlichen Instrumente der Union im Flüchtlingsbereich sämtlich auf die beiden Konventionen von 1950 und 1951 beziehen und sich damit dem Achtungsanspruch dieser völkerrechtlichen Instrumente unterwerfen. Die Mitgliedstaaten sind damit in zweifacher Weise an die Konvention von 1951 gebunden, einerseits über den nationalen Ratifizierungsakt und andererseits als Mitgliedstaaten der Union im Rahmen des unionalen Anwendungsvorrangs.

Die Union knüpft mit ihren Rechtsakten im Flüchtlingsrecht an ihre historisch überkommene besondere Verantwortung für den Flüchtlingsschutz an. Es stellt sich die Frage, ob die Union die Herausforderungen der Konvention richtig begreift und praktisch in die Tat umsetzt. Nach 60 Jahren Konvention sind die europäischen Aufnahmegesellschaften gefordert, sich zu vergewissern, ob sie die Herausforderungen der Konvention, die sie seinerzeit selbst maßgeblich geprägt haben, richtig begriffen haben. In einem gemeinsa-

---

<sup>2</sup> EGMR, EZAR 933 Nr. 1 S. 5 = EuGRZ 2989, 319 = NJW 1990, 2183 - *Soering*



men Prozess sollten Regierungen wie nichtstaatliche Organisationen Bilanz ziehen, ob sie auf dem richtigen Weg sind und ob es Änderungsbedarf gibt.

Diesen Fragen kann anhand der zentralen Schlüsselemente des Flüchtlingsschutzes nachgegangen werden, nämlich:

1. des Zugangs schutzbedürftiger Personen in die Union,
2. der Aufnahme von Flüchtlingen in der Union und
3. der Verständigung auf den Personenkreis schutzbedürftiger Personen.

## II. Zugang schutzbedürftiger Personen in die Union

Vorweg, nach einem Vierteljahrhundert Bemühungen, die irreguläre Einwanderung zu kontrollieren, steht die Union vor der schwierigsten Herausforderung ihrer Geschichte im Flüchtlingsschutz. Seit Schaffung des gemeinsamen Binnenmarktes versucht die Union, die irreguläre Einwanderung zu kontrollieren; Fluchtwege zu verstopfen; die Folgen sehen wir heute tagtäglich, auf dem Mittelmeer. Die Union verfehlt mit ihrem Kampf gegen die irreguläre Migration das zentrale Anliegen des Flüchtlingsrechts: Dieses will insbesondere den spontan, also irregulär einreisenden Flüchtling schützen. Nicht Abwehr, sondern Schutz der spontanen Flüchtlinge ist die zentrale europäische Herausforderung.

Die Konvention regelt die Frage des Zugangs nicht direkt. Vielmehr enthält sie lediglich ein Verbot der Zurückweisung und Abschiebung von Flüchtlingen in das Herkunftsland, das Refoulementverbot in Art. 33. Dieses Schlüsselement der Konvention hat sich aber seit 1951 insbesondere auch durch die europäische Praxis als ein „*lebendiges Instrument*“ („living instrument“) dynamisch entwickelt. 1953 zog *Nemiah Robinson* in seinem Kommentar zur Konvention aus den Diskussionen der Bevollmächtigtenkonferenz den Schluss, dass Art. 33 lediglich Flüchtlinge schütze, die es – legal oder illegal – geschafft hätten, in das Aufnahmeland hineinzukommen, nicht jedoch die Flüchtlinge, die an der Grenze um Asyl nachsuchten.<sup>3</sup> Inzwischen ist jedoch allgemein anerkannt, dass das Refoulementverbot auch an der Grenze gilt und damit vor Zurückweisungen schützt.

Doch die Entwicklung ging noch weiter: Noch 1994 urteilte der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten, dass Art. 33 GFK nicht auf Hoher See gelte. Doch auch hierüber ist die internationale und europäische Entwicklung hinweggegangen. Seit den 1990er Jahren ist eine völkerrechtliche Entwicklung festzustellen, die auf Ausweitung der bislang territorial gebundenen Verantwortung geht. Hier ist die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes, des höchsten Gerichtes der Vereinten Nationen, unmissverständlich: Die

<sup>3</sup> *Nemiah Robinson*, *Convention relating to the Status of Refugees. A Commentary*, 1953, reprinted by UNHCR 1997, S. 138.



Herrschaftsgewalt der Staaten ist zwar grundsätzlich territorialgebunden. Wird sie außerhalb des nationalen Territoriums ausgeübt, löst sich die menschenrechtliche Bindung nicht auf. Den Staaten ist es nicht erlaubt, sich aus ihren internationalen Verpflichtungen zu lösen, wenn sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausüben.<sup>4</sup> Auch der Menschenrechtsausschuss, das Überwachungsorgan des Bürgerrechtspaktes, sieht die Vertragsstaaten aufgrund von Art. 2 Abs. 1 IPbPr in der Verpflichtung, die Konventionsrechte zu beachten und sicherzustellen, dass alle Personen *innerhalb* ihres Territoriums *und* darüber hinaus alle Personen, die ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen sind, diese Rechte in Anspruch nehmen können. Daraus folge, dass die Vertragsstaaten die Inanspruchnahme der Konventionsrechte durch alle Personen *innerhalb ihrer Gewalt* oder ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherstellen müssen, auch wenn sie sich *nicht innerhalb ihres Gebietes* aufhielten.<sup>5</sup> Eine territoriale Vorverlagerung von Grenzkontrollen hebt also nicht die aus dem Refoulementverbot folgenden staatlichen Verpflichtungen auf. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ausdrücklich die extraterritoriale Wirkung der Menschenrechtskonvention an Bord von Schiffen des Flaggenstaates anerkannt.<sup>6</sup> Entscheidend kann danach nicht der Ort sein, an dem sich der Betroffene und das Herrschaftsgewalt ausübende staatliche Organ befinden. Vielmehr gibt es außerhalb des Staatsgebietes des Herkunftslandes keinen Ort, an dem das Refoulementverbot nicht gilt, sei es innerhalb des eigenen Territoriums des um Schutz ersuchten Staates, an dessen Grenze, oder jenseits seiner Staatsgrenze.<sup>7</sup> Das inzwischen zur zwingenden Regel des Völkerrechts (*ius cogens*) erstarkte Prinzip des Refoulementschutzes nach Art. 33 Abs. 1 GFK (*Abschiebungsschutz*) gilt damit auch auf Hoher See. Das Exekutivkomitee von UNHCR hatte bereits 1988 diesen fundamentalen Grundsatz des Flüchtlingsschutzes entwickelt.<sup>8</sup>

Die normativen Vorgaben sind damit eindeutig. Doch wie reagiert die Union hierauf? Anfangs durch Negation. Im Ratsprogramm von 2003, also noch vor Einrichtung der Grenzschutzagentur FRONTEX, wurde die Umdrehung von Booten als eine *Methode der Grenzkontrolle* vorgeschlagen.<sup>9</sup> Inzwischen sind die Leitlinien für FRONTEX überarbeitet worden und stellen klar, dass keine Person „ausgeschifft oder auf andere Weise den Behörden eines Landes überstellt werden“ darf, wenn die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbotes besteht.<sup>10</sup> Damit erkennt die Union an, dass das Refoulementverbot der Konventionen von 1950 und 1951 auch auf Hoher See gilt. Ob damit auch ein Recht auf Zugang in die Union verbunden ist, ist bislang nicht geklärt. Die auch mit Hilfe von FRONTEX durchgeführten Abdrängungen der Flüchtlinge

---

<sup>4</sup> Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

<sup>5</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 31(80) „Nature of the General Obligation imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Par. 10.

<sup>6</sup> EGMR, EGMR, EuGRZ 2002, 133 (139), § 73 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

<sup>7</sup> *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2007, S. 245.

<sup>8</sup> UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 53 (XXXIX) (1988).

<sup>9</sup> EU, Doc. No. 15445/03, paras. 30, bullet point 4.31.

<sup>10</sup> Ratsbeschluss vom 26. April 2010 (2010/252/EU) zur Ergänzung des Schengener Grenzkodex hinsichtlich der Überwachung der Seegrenzen, Anhang Teil I Nr. 1.2.



nach Libyen durch italienische Behörden belegen eher, dass die Union ein solches Recht wohl nicht anerkennt. Vieles spricht aber dafür, dass aus dem Refoulementprinzip auch ein Anspruch auf Aufnahme in der Union folgt. Die Unterbringung der abgedrängten Flüchtlinge in Libyen war jedoch jedenfalls mit den Grundsätzen der Union unvereinbar, wonach die Überstellung an ein Land, das die Flüchtlinge unmenschlich oder erniedrigend behandelt, untersagt ist. Bereits deshalb ist der Forderung des Menschenrechtsbeauftragten der Bundesregierung zu folgen, dass die Union die etwa 5.000 Schutzbedürftigen, die an Libyens Grenzen festsitzen und weder nach Libyen noch in ihre Herkunftsländer Eritrea, Äthiopien oder Somalia zurückkönnen, aufnimmt. Er begründet dies damit begründet, dass „500 Millionen Europäer sich nicht von 5000 humanitären Flüchtlingen abschrecken lassen sollten“.<sup>11</sup> Das Prinzip der Wiedergutmachung spricht für eine derartige humanitäre Aufnahmeaktion. Die Union könnte ein Zeichen setzen, dass sie den demokratischen Aufbruchprozess im Mittleren Osten aktiv unterstützt

Die Union steht bei der Frage des Zugangs vor folgender *Herausforderung*: Gewiss kann ihr niemand das Recht bestreiten, den Zugang in die Union zu kontrollieren. Sie ist aber zugleich verpflichtet, auf wirksame Weise sicherzustellen, dass schutzbedürftige Personen nicht zurückgedrängt werden. Vielmehr ist ihnen der Zugang zu einem Verfahren zu ermöglichen. Die Union darf diese Aufgabe nicht an derart menschenrechtlich verwaahlte Staaten wie Libyen abschieben. Damit wird sie ihrer bewusst übernommenen Verantwortung für Flüchtlinge nicht gerecht. Dabei steht insbesondere FRONTEX im Fokus der Kritik. Ob diese stets berechtigt ist, ist schwer zu beurteilen. Die Union hat es jedoch in der Hand, unberechtigter Kritik durch Transparenz und Partizipation nichtstaatlicher Organisationen zu begegnen. Das Unbehagen mit FRONTEX beruht insbesondere darauf, dass Aktionen auf Hoher See nicht überprüfbar, nicht überschaubar sind. Daher sollte die Union ein menschenrechtliches Monitoring-System nach dem Vorbild der Abschiebebeobachtungen am Düsseldorfer und Frankfurter Flughafen einrichten. Dadurch kann das Refoulementverbot auch auf Hoher See gewährleistet werden. UNHCR, der Kommission und nichtstaatlichen Organisationen ist die Möglichkeit einzuräumen, Operationen von FRONTEX im Rahmen eines Monitoring-Systems zu beobachten und mit den Verantwortlichen Problemanzeigen konstruktiv aufzugreifen. Dies mag eine auf Effizienz fixierte Verwaltung stören, ist aber eine menschenrechtliche Selbstverständlichkeit und funktioniert im Übrigen in Düsseldorf und Frankfurt am Main sehr gut.

### **III. Aufnahme in der Union**

Berühmt ist die Formel, die Genfer Flüchtlingskonvention verspreche Flüchtlingen kein Recht auf Asyl, sondern nur auf Rechte im Asyl. Das Recht auf Asyl steht danach unter nationalem Vorbehalt. Die Rechtslage ist jedoch weitaus differenzierter, als es diese platte Formel vermuten lässt. Für die Union stellt sich zunächst die Frage, ob sie ein aus der Konvention folgendes Recht auf Aufnahme zugunsten von Flücht-

---

<sup>11</sup> Süddeutsche Zeitung vom 16. Juni 2011.



lingen anerkannt hat. Daran schließt sich die Frage an, in welchem Mitgliedstaat dieses Recht Wirksamkeit entfaltet. Damit wird die Frage der fairen und gerechten Lastenverteilung in der Union angesprochen.

### 1. *Verfahrensschutz und Aufnahmeanspruch*

Zutreffend ist im Ausgangspunkt, dass die Konvention nicht unmittelbar ein Aufnahmerecht gewährt. Die dynamische Entwicklung des Refoulementprinzips hat sich jedoch über die Jahre dahin entwickelt, dass die Vertragsstaaten in ihrer Verwaltungspraxis vor einer Abschiebung in den Herkunftsstaat die Flüchtlingseigenschaft prüfen. UNHCR hatte bereits 1987 darauf hingewiesen, dass Feststellungsverfahren zur Identifizierung von Schutzbedürftigen erforderlich sind, um das Risiko der Verletzung des Refoulementverbotes optimal zu reduzieren.<sup>12</sup> Das Refoulementverbot der Konvention erfordert daher die Einrichtung von Verfahren. Wird in einem derartigen Verfahren die Flüchtlingseigenschaft festgestellt, folgt daraus ein Recht auf Aufnahme. Da die Union Flüchtlingen ein Recht auf Aufnahme im Unionsgebiet verspricht, verbietet sich eine Verweisung der Flüchtlinge an Drittstaaten. Die in das nationale Ermessen gestellten Drittstaatenregelungen in Art. 26, 27 und 36 der Verfahrensrichtlinie sind zu streichen. Sie sind mit dem Grundrecht auf Asyl nach Art. 18 der Charta unvereinbar.

Damit hat die Union als handelnder Akteur des Völkerrechts anerkannt, dass Asylsuchenden, die in einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren als Flüchtlinge identifiziert werden, nach Art. 33 GFK ein Recht auf Aufnahme in der Union haben. Art. 7 der Verfahrensrichtlinie sichert ein Verbleibsrecht während des Verfahrens, Art. 24 der Qualifikationsrichtlinie gewährt Flüchtlingen ein Aufenthaltsrecht. Die Union darf es nicht zulassen, dass Mitgliedstaaten diesen erreichten Rechtsstandard auch weiterhin durch Anwendung ihrer nationalen Drittstaatenregelungen unterlaufen. Sie muss ihnen diese Fluchtwege versperren.

### 2. *Faire und gerechte Lastenteilung*

Beantwortet ist damit aber noch nicht die Frage, wer das Aufnahmerecht gewährt. Die Union hat zwar im Prinzip ein aus Art. 33 der Konvention folgendes Recht auf Zugang zu einem Verfahren und auf anschließende Aufnahme des Flüchtlings anerkannt und damit in vorbildlicher Weise den Flüchtlingsschutz weiter entwickelt. Sie hat es bislang aber noch nicht vermocht, ein gerechtes Verteilungssystem innerhalb der Union einzuführen. In einer europäischen Union integrierter souveräner Staaten muss für die Aufnahme von Flüchtlingen ein fairer und gerechter Aufnahmeschlüssel gefunden werden. Damit stellt sich die zweite große Herausforderung im Flüchtlingsschutz, vor der die Union derzeit steht.

---

<sup>12</sup> UNHCR, Note on International Protection, UN doc. A/AC.96/694 (1987), Nr. 28; Meijers, IJRL 1990, 428 (433); Marx, IJRL 1995, 383 (401).



In den Schlussfolgerungen seines Treffens im finnischen Tampere im Oktober 1999 bekräftigte der Europäische Rat die Verpflichtungen aus dem Amsterdamer Vertrag und beschloss, auf „*ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem hinzuwirken*, das sich auf die uneingeschränkte und allumfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention stützt, und „auf kurze Sicht“ eine „*klare und praktikable Formel* für die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylbegehrens zuständigen Staates“ finden sollte.<sup>13</sup> Die Verordnung Dublin II erstrebt dementsprechend die schrittweise Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, das auf längere Sicht zu einem gemeinsamen Asylverfahren und einem unionsweit geltenden einheitlichen Status führen soll (Erwägungsgrund Nr. 5). Dieses Gemeinsame Europäische Asylsystem will im Rahmen der „*schrittweisen Schaffung eines Raums ohne Binnengrenzen*, in dem der freie Personenverkehr“ gewährleistet wird, ein „*Gleichgewicht der Zuständigkeitskriterien im Geiste der Solidarität*“ erreichen (Erwägungsgrund Nr. 8).

Das derzeitige Dubliner System wird diesem Anspruch jedoch bereits im Ansatz nicht gerecht. Vielmehr leidet es an einem *Geburtsfehler*: Dieser besteht darin, dass es nicht als *Lastenteilungsinstrument* konzipiert ist und es damit die vertragliche Verpflichtung zur Solidarität unter den Mitgliedstaaten (Art. 80 AEUV) bereits aus strukturellen Gründen verfehlen muss. Vielmehr wurde es als reines *Zuständigkeitsbestimmungsverfahren* konzipiert, mit dem im Rahmen des europäischen Asylsystems *ausschließlich* die Frage der Zuständigkeit des Mitgliedstaates für die Prüfung eines Asylbegehrens festgelegt wird. Ein einheitliches Verfahren und ein einheitlicher Status in der Union wurden nicht zur Voraussetzung für die Anwendung der Verordnung gemacht.

Von Anfang an zielte die Kritik gegen das Dubliner System auf den strukturellen Fehler, dass durch die Anknüpfung der Zuständigkeitsbestimmung an die *illegale Einreise* des Asylsuchenden in das Unionsgebiet die grenznahen Mitgliedstaaten unverhältnismäßig belastet werden. Es scheint Evidenzen zu geben, dass insbesondere das auf die illegale Einreise bezogene Zuständigkeitskriterium zu einer signifikanten Ungleichgewichtigkeit innerhalb der Union zu Lasten der grenznahen Mitgliedstaaten führt. Das Dubliner System ist strukturell so konzipiert, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten mit Verweis auf die irreguläre Einreise der Flüchtlinge diese von innen an die Außengrenzen abdrängen können. Dies wiederum birgt die Gefahr in sich, dass die betroffenen Grenzstaaten Maßnahmen anwenden können, die darauf abzielen, den Zugang zu ihrem Territorium oder zum Asylverfahren zu verhindern.<sup>14</sup> Das grundlegende, in Art. 80 AEUV verankerte „*Prinzip der Solidarität*“, durch Zuständigkeitskriterien ein „*Gleichgewicht im Geiste der*

<sup>13</sup> Ratsdokument SN 200/99, 16. Oktober 1999.

<sup>14</sup> *European Council on Refugees and Exiles*, Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered, March 2008, S. 16; *Weinzierl*, Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU, 2005, S. 160; s. auch *Blake*, The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union, in: Implementing Amsterdam (*Guild/Harlow*), 2001, S. 94 (108 ff.); *Marx*, European Journal of Migration and Law 2001, 7 (18 f.); *Schröder*, ZAR 2003, 126 (130).



*Solidarität*“ (Erwägungsgrund Nr. 8 Verordnung (EG) 343/2003) zu erreichen, kann damit aufgrund der immanenten strukturellen Funktionslogik des Dubliner Systems kaum praktische Wirksamkeit erlangen.

Darüber hinaus wird das angestrebte Ziel, für die Betroffenen nachvollziehbare und gerechte Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates zu schaffen, dadurch unterlaufen, dass eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren des Dubliner Systems nicht erfüllt ist, nämlich, dass Asylsuchende auf Grund einheitlicher gesetzlicher Grundlagen und Praxis in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage sind, ein gleichwertiges Schutzniveau in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht zu finden.<sup>15</sup> Die Kommission kritisiert vielmehr, dass die Unterschiede in der Behandlung von Asylbegehren zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen. Grund hierfür seien die mangelhafte Umsetzung der Rechtsakte sowie unterschiedliche Ansätze bei der praktischen Durchführung.<sup>16</sup>

Seit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte Mitte der 1980er Jahre geht das gemeinsame Interesse der Union dahin, die Binnenwanderung innerhalb der Union zu unterbinden und die Außengrenzen wirksam zu kontrollieren. Dabei ist jeder Mitgliedstaat vorrangig daran interessiert, dass nicht er, sondern die anderen Mitgliedstaaten das Aufnahmeversprechen für Flüchtlinge einlösen. Diesem sozusagen gemeinsamen negativen Interesse dient das Kriterium der irregulären Einreise. Die Grenzstaaten stehen vertraglich in der Verpflichtung, irregulär einreisende Asylsuchende beim Grenzübertritt zu identifizieren und zu kontrollieren (Art. 77 Abs. 1 Buchst. b) und c) AEUV). Nach geltendem Unionsrecht werden andererseits die Mitgliedstaaten, die ihre vertraglichen Verpflichtungen wirksam erfüllen, bestraft, weil das Zuständigkeitssystem der Verordnung ihnen die gesamte Verantwortung für die Aufnahme der Flüchtlinge aufbürdet und die Union sie für die Übernahme dieser Aufgabe nicht entlastet. Es ist davon auszugehen, dass viele grenznahe Staaten Asylsuchende nicht registrieren und erkennungsdienstlich behandeln, sondern weiter ziehen lassen, durchwinken, sodass die um Asyl ersuchten Mitgliedstaaten den Einreisestaat nicht identifizieren können. Würden die grenznahen Mitgliedstaaten ihre vertraglichen Verpflichtungen korrekt erfüllen, kann prognostiziert werden, dass wohl das gesamte Asylsystem wegen Überlastung dieser Staaten zusammen brechen würde. Dass eine derartige Dramatik bislang nicht eingetreten ist, ist vermutlich in der fehlenden Vertragstreue dieser Mitgliedstaaten begründet. Vertragsuntreue hält danach das System am Leben.

Dies ist kein hinnehmbarer Zustand in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“ Wird kein faires und gerechtes Verteilungssystem eingeführt oder werden keine wirksamen alternativen Lösungsstra-

---

<sup>15</sup> *UNHCR*, Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung, März 2009, S. 3.

<sup>16</sup> *Kommission der EG*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Künftige Asylstrategie – Ein integriertes Konzept für EU-weiten Schutz, KOM(2008) 360, 17. Juni 2008, S. 3.



tegien entwickelt, spricht Vieles dafür, dass vertragstreues Verhalten der grenznahen Mitgliedstaaten eine schwerwiegende Krise des europäischen Asylsystems hervorrufen wird.

Um der aufgezeigten Gefahr wirksam vorzubeugen, sollte das Zuständigkeitskriterium der illegalen Einreise ersatzlos aufgehoben und ein unionsweites Verteilungssystem eingeführt werden, in dem nach Maßgabe verbindlicher Aufnahmequoten und unter Berücksichtigung legitimer Interessen von Asylsuchenden diese auf die einzelnen Mitgliedstaaten verteilt werden. Unmöglich ist dies nicht, wenn der gemeinsame politische Wille nicht auf Abdrängung der internen Verantwortung, sondern auf eine gerechte Lastenverteilung unter den Mitgliedstaaten geht. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem erfordert die Herstellung einer Balance, die sowohl die Interessen der Flüchtlinge, der kleinen wie der mächtigen, der zentralen wie der grenznahen Mitgliedstaaten zu einem gerechten Ausgleich bringt.

Der von der Kommission vorgelegte Entwurf zur Änderung der Verordnung will zwar das Dubliner System verbessern sowie insbesondere sicherzustellen, dass die individuellen Bedürfnisse der Asylsuchenden berücksichtigt werden.<sup>17</sup> Ein faires und gerechtes Lastenverteilungssystem wird jedoch nicht angegangen. Andererseits wird ein vorübergehender Aussetzungsmechanismus vorgeschlagen, auf den sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in *M.S.S.* ausdrücklich bezieht.<sup>18</sup> Diese Entscheidung hat zugleich deutlich gemacht, dass die Vorstellung „sicherer Mitgliedstaaten“ eine menschenrechtsblinde Fiktion ist, vielmehr schwerwiegende Störungen in den nationalen Asylsystemen vorkommen und Asylsuchende dagegen wirksam zu schützen sind. Es ist davon auszugehen, dass der Europäische Gerichtshof die Vorabentscheidungsersuchen aus London, Dublin und Kassel in diesem Sinne beantworten und damit bestätigen wird, dass vor einer Überstellung an andere Mitgliedstaaten dem Hinweis auf Grundrechtsverletzungen nachzugehen und zu diesem Zweck Eilrechtsschutz zu gewähren ist.

Im bilateralen Rechtsverkehr innerhalb der Mitgliedstaaten darf der Eilrechtsschutz nicht abgeschafft werden. Der Gerichtshof hat Belgien in *M.S.S.* gerügt, dass der Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an andere Mitgliedstaaten nur unzureichend ausgestaltet sei und darin eine Verletzung von Art. 13 der Konvention erkannt.<sup>19</sup> In Deutschland ist jedoch nicht einmal ein unzureichender, sondern wird seit August 2007 überhaupt kein Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an andere Mitgliedstaaten mehr zugelassen. Der deutsche Gesetzgeber hat es mit dem nunmehr vorliegenden Entwurf eines Richtlinienumsetzungsgesetzes versäumt, seinen Verpflichtungen aus der Konvention nachzukommen. Dem ist unverzüglich durch einen Änderungsantrag entgegenzuwirken, sodass § 34a Abs. 2 AsylVfG, soweit er auch Überstellungen an Mit-

---

<sup>17</sup> Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country-national or a stateless person, COM(2008)820.

<sup>18</sup> EGMR, InfAusIR 2011, 221 (224) = NVwZ 2011, 413 – *M.S.S.*

<sup>19</sup> EGMR, InfAusIR 2011, 221 (225) – *M.S.S.*



gliedstaaten einbezieht, aufgehoben werden kann. Es entspricht nicht dem verfassungskräftigen Gebot der Europarechtsfreundlichkeit, erst auf eine Verurteilung durch ein europäisches Gericht zu warten, bevor die Rechtslosstellung der Flüchtlinge aufgehoben wird. Vielmehr sind die Vorgaben in *M.S.S.* eindeutig.

#### IV. Schutzbedürftige Personen

Der Flüchtlingsbegriff der Konvention beruht auf dem Konzept der *individuellen* Verfolgung. Dieses Erfordernis bezeichnet sozusagen europäische Erblast. Afrika hatte bereits 1969 und Lateinamerika 1984 ein darüber hinausgehendes, gegen allgemeine aus inneren Unruhen hervorgehende Gefahren gerichtetes Schutzkonzept entwickelt. Das Mandat von UNHCR wurde bereits in den 1970er Jahren durch Beschlüsse der Generalversammlung wiederholt erweitert, um in derartigen Fluchtsituationen Unterstützung und Schutz anbieten zu können. Die Union brauchte bis 2004, bietet aber insoweit ein höchst widersprüchliches Schutzkonzept an. Mit *Elgafaji* hat der Gerichtshof zwar klargestellt, dass das Individualkonzept bei Art. 15 Buchst. c) der Qualifikationsrichtlinie keine Anwendung findet.<sup>20</sup> Welcher Gefahrengrad an dessen Stelle tritt, hat er jedoch offen gelassen.<sup>21</sup> Munter wenden die Mitgliedstaaten, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht, Konzepte an, die im Asylrecht zur Erfassung gruppengerichteter Verfolgungen entwickelt wurden, aber auf dem Konzept der Individualverfolgung beruhen, und schrauben damit den Gefahrengrad des Schutzkonzeptes des Art. 15 Buchst. c) derart hoch, dass es leer läuft. Die 2001 in Kraft getretene Richtlinie zur vorübergehenden Aufnahme, die auf eine individuelle Prüfung der Verfolgung verzichtet, ist ein Papiertiger; soweit ersichtlich, wurde sie auch im elften Jahr ihrer Geltung noch nicht angewandt. Die Angst vor der Sogwirkung lähmt die politische Handlungsfähigkeit der Union.

Doch nun zum individuellen Schutzkonzept. Bereits zum 50. Jahrestag der Konvention kritisierte UNHCR, dass im Gegensatz zu den ursprünglichen Zielen der Konvention die politischen Strategien in der Staatenpraxis das Ziel verfolgten, durch Anwendung restriktiver Kriterien den Kreis der Schutzbedürftigen zu verengen.<sup>22</sup> Bereits aus Anlass des 30. Jahrestages der Konvention wurde in der Literatur gerügt, dass zwar der Verfolgungsbegriff unverändert geblieben sei, sich jedoch seine Anwendungspraxis nachhaltig verschärft habe.<sup>23</sup> Ob die Union mit der Qualifikationsrichtlinie diesem Trend wirksam entgegen steuert, ist offen.

Dagegen spricht, dass die Richtlinie das Schlüsselement des Verfolgungsbegriffs, nämlich die *Furcht vor Verfolgung* stiefmütterlich behandelt. Der Fokus scheint vielmehr auf einem objektiven Gefahrenbegriff gelegt worden zu sein, wie er insbesondere in der deutschen Rechtsprechung seit Beginn der 1980er Jah-

<sup>20</sup> EGMR, NVwZ 2009, 705 (706 f.) Rdn. 34 ff. – *Elgafaji*.

<sup>21</sup> Kritisch hierzu auch *Bank*, NVwZ 2009, 695 (697).

<sup>22</sup> Report of UNHCR vom 27. April 2000, E/2000/18, Nr. 19.

<sup>23</sup> *Grahl-Madsen*, ArchVR 1982, 441 (429, 422).



re entwickelt und verfestigt wurde. Das internationale Konzept des Flüchtlings beruht aber auf einem differenziert angelegten Konzept, das ist die „begründete“ „Furcht“ vor Verfolgung. Zwar reicht danach allein die Furcht vor Verfolgung nicht aus. Vielmehr muss diese auch begründet sein. Das bedeutet aber, dass nicht ein objektiver Gefahrenbegriff durch die Figur des „besonnenen“ und „vernünftig denkenden“ Dritten in das Asylverfahren eingeschmuggelt werden darf, sondern es in erster Linie auf die konkrete Situation des Flüchtlings vor seiner Ausreise ankommt. Ein abstrakter Dritter ist letztlich der europäisch denkende und handelnde Rechtsanwender. Dieser Maßstab ist jedoch blind, kann die Bedrohungslagen in kulturell fremden Regionen dieser Welt nicht erkennen, wenn er nicht die subjektive Furcht des Flüchtlings ernst nimmt.

Die Mitgliedstaaten stehen aufgrund der Vereinheitlichung der Kriterien zur Anwendung des Flüchtlingsbegriffs vor spannenden Herausforderungen. Die Qualifikationsrichtlinie beruht auf dem Begriff der Konvention. Zweifelsfragen sind nicht nach Maßgabe der Richtlinie, vielmehr ist diese in Übereinstimmung mit Art. 1 A Nr. 2 der Konvention auszulegen, durch den Gerichtshof. Damit rückt eine besondere Herausforderung ins Blickfeld. Da die Konvention anders als die Menschenrechtskonvention von 1950 und die nachfolgenden universellen Menschenrechtsübereinkommen keinen Überwachungsmechanismus kennt, gibt es auch keine Instanz, die für die Vertragsstaaten verbindlich Auslegungsfragen klärt. Vielmehr werden Zweifelsfragen nach der Vertragsrechtskonvention durch Gewohnheitsrecht, also durch sich entwickelnde „Staatenpraxis“ (Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WVRK) entschieden. Im Lichte dieses völkerrechtlichen Hintergrunds wird der europäische Integrationsprozess auf die universelle Fortentwicklung des Flüchtlingsbegriffs einen erheblichen Einfluss nehmen und kommt dem Gerichtshof eine besondere Verantwortung zu, den universellen Flüchtlingsschutz weltoffen und liberal fortzuentwickeln und so Staatenpraxis hervorzubringen, die beispielgebend für andere Regionen wirkt. Skeptisch stimmen aber die Stolpersteine auf dem Weg zu diesem Ziel:

1. Dem Gerichtshof fehlt bislang im Flüchtlingsrecht die erforderliche Erfahrung. Andererseits handhabt er Vorabentscheidungsverfahren so, dass kompetenter Sachverstand wie er insbesondere bei UNHCR vorhanden ist, nicht zugelassen wird. Anders als beim Gerichtshof in Straßburg und bei vielen anderen höheren nationalen Gerichten haben weder UNHCR noch anerkannte internationale nichtstaatlichen Organisationen in diesen Verfahren einen prozessualen Status.

2. Der Gerichtshof hat die Aufgabe, eine bislang sehr uneinheitliche Praxis in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen. Er muss also ein für ihn neues Gebiet klären, kann diesen Klärungsprozess aber nur unzulänglich vollziehen, weil den Mitgliedstaaten in vielen Bereichen die Möglichkeit eingeräumt worden ist, unterhalb der vereinbarten Mindestnormen zu bleiben. Ob es dem Gerichtshof gelingt, einerseits internationale Standards in einer für ihn neuen Materie zu entwickeln und andererseits nach Maßgabe dieser Standards die nationalen Flucht Klauseln einzufangen, bleibt eine spannende Frage.



3. Maßstab für den Gerichtshof ist ein sekundärrechtliches Instrument, das selbst nicht in allen Bereichen dem Flüchtlingsbegriff der Konvention gerecht wird, wie z.B. der Ausschluss von Nachfluchtgründen im Folgeantragsverfahren, die Anwendung des internen Schutzkonzeptes trotz bestehender Zugangshindernisse ins Herkunftsland sowie die mit Art. 1 F GFK nicht vereinbare Erweiterung der Ausschlussgründe verdeutlicht.

### **Schlussbemerkung**

Die Bilanz nach 60 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention kann für die Union nur eine vorläufige sein. Begleitet wird uns weiterhin der Spagat der Mitgliedstaaten zwischen den Zielen der Bekämpfung der irregulären Migration und der Fortentwicklung des Flüchtlingsschutzes. Die europäischen Institutionen sind dabei zu unterstützen, Verfahren und Regelungen hervorzubringen, welche die Mitgliedstaaten an das zweite Ziel binden.

Um das zentrale Problem des Zugangs in die Union zu lösen, müssen die Regierungen der Mitgliedstaaten die zivilgesellschaftlichen Strukturen einbeziehen. Ein menschenrechtliches Monitoring-System kann viel dazu beitragen, dass das Refoulementverbot auch auf Hoher See gewährleistet wird. Das allein reicht aber nicht. Vielmehr ist den auf Hoher See aufgegriffenen Flüchtlingen ein Recht auf Zugang zum Verfahren in der Union zu gewähren.

Um eine sich abzeichnende dramatische Krise des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems abzuwenden, sollte das Zuständigkeitskriterium der illegalen Einreise ersatzlos aufgehoben und ein unionsweites Verteilungssystem eingeführt werden, in dem nach Maßgabe verbindlicher Aufnahmequoten und unter Berücksichtigung legitimer Interessen von Asylsuchenden diese auf die einzelnen Mitgliedstaaten verteilt werden. Gegen Überstellungen von Asylsuchenden an andere Mitgliedstaaten ist Eilrechtsschutz zu gewähren, damit ernsthaften Beschwerden nachgegangen werden kann. Haft im Rahmen der Überstellungen ist in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ nur verantwortbar, wenn begründeter Verdacht des Untertauchens besteht. Gegenüber Minderjährigen hat sie vollständig zu unterbleiben. Diese dürfen ohnehin nicht gegen ihren Willen an andere Mitgliedstaaten weiter gereicht werden, wenn sie dort nicht in die Obhut von Verwandten gelangen. Schließlich: Damit die europäische Staatenpraxis nicht den offenen und liberalen Ansatz der Konvention verfehlt, ist nach geeigneten Wegen zu suchen, internationalen Sachverstand in den Verfahren vor dem Gerichtshof zuzulassen.