

## **Botschaftsentscheid für Flüchtlinge statt illegaler Schleusung**

**Prof. Dr. Harald Dörig**

### **A. Einleitung**

Derzeit sind weltweit mehr als 51,2 Millionen Menschen auf der Flucht.<sup>1</sup> Das ist die höchste Zahl seit dem Ende des 2. Weltkriegs. Die Zahlen steigen weiter - u.a. aufgrund der Konflikte im Nahen Osten. Ein Drittel der Flüchtlinge ist ins Ausland geflohen, zwei Drittel sind Binnenvertriebene innerhalb ihres Landes. Hauptaufnahmeländer sind die Nachbarstaaten der Konfliktherde. Aber auch die Zahl der nach Europa strebenden Flüchtlinge steigt, Hauptaufnahmeland ist Deutschland. Im Jahr 2014 wurden in Deutschland 173.072 neue Asylbewerber registriert, das waren 57 Prozent mehr als im Vorjahr.<sup>2</sup> Für 2015 erwartet das Bundesministerium des Innern einen weiteren deutlichen Anstieg auf 300.000 Antragsteller. Die meisten Flüchtlinge kommen mit Hilfe von Schleppern, davon im Vorjahr allein 170.000 als illegale Seewegmigranten über das Mittelmeer. Mehr als 3.000 von ihnen ertranken. Die Schlepper verdienen damit zwischen 5.000 und 7.000 USD pro Person.<sup>3</sup>

Im Folgenden sollen die rechtlichen Grundlagen für den Zugang von Flüchtlingen nach Europa, die Kriterien für die Schutzgewährung und die Zuständigkeitsregeln für Asylverfahren innerhalb der EU dargestellt werden. Anschließend zeigt der Verfasser eine Alternative zur lebensgefährlichen Flucht in Gestalt des Botschaftsentscheids in den Herkunftsländern auf.

### **B. Rechtsgrundlagen für den Zugang von Flüchtlingen nach Europa**

Die Rechte von Flüchtlingen sind in unterschiedlichen Rechtsquellen geregelt. Die völkerrechtlichen Garantien finden sich in der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK).<sup>4</sup> Dieser sind weltweit 145 Staaten beigetreten, darunter alle EU-Mitgliedstaaten. Sie bildet auch den Grundstein („cornerstone“) für das mittlerweile etablierte Gemeinsame Europäische Asylsystem - so der EuGH in mehreren Grundsatzurteilen.<sup>5</sup> Darin werden die Merkmale definiert, die die Flüchtlingseigenschaft begründen und es werden Asylbewerbern und Flüchtlingen bestimmte grundlegende Rechte gewährt. Dazu zählt insbesondere das Verbot, einen Flüchtling in ein Land zurückzuschicken, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht wird (Verbot des Refoulement).

---

<sup>1</sup> Daten des UN Flüchtlingshilfswerks UNHCR vom 10.06.2014

<sup>2</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Schlüsselzahlen Asyl 2014 (Stand: 16.02.2015)

<sup>3</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Entscheiderbrief 2/2015, S. 6 f.

<sup>4</sup> Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951, BGBl. II 1951, S. 559

<sup>5</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 05.09.2012, C-71/11 und C-99/11, „Y und Z“, Rn. 47

Die Konvention - wie auch die auf ihr aufbauenden unionsrechtlichen und nationalen Regelungen - gewähren jedoch kein Recht auf Zugang zu einem bestimmten Zufluchtsstaat, es muss nur gewährleistet sein, dass keine Rückführung in einen Verfolgerstaat erfolgt.<sup>6</sup> Das folgt schon daraus, dass die fluchtbedingte Einreise ohne Visum als unrechtmäßig angesehen wird, selbst wenn Leben oder Freiheit des Flüchtlings bedroht sind (Art. 31 GFK). Außerdem erlegt die Konvention den Staaten Verpflichtungen nur gegenüber „den in ihrem Gebiet befindlichen Flüchtlingen“ auf (etwa Art. 4 GFK) auf, nicht aber gegenüber Flüchtlingen außerhalb ihres Territoriums. Allerdings greift die Verpflichtung, niemanden in den Verfolgerstaat zurückzuschicken, auch schon bei Stellung eines Asylantrags an der Grenze. Denn schon mit der Zurückweisung an der Grenze übt der Staat Hoheitsgewalt aus. Und selbst wenn beim Asylsuchenden an der Grenze noch nicht feststeht, ob er die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling erfüllt, kann dies jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Insofern entfaltet das Refoulement-Verbot verfahrensrechtliche Schutzwirkung auch zugunsten eines nur potentiellen Flüchtlings.

Auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährt das Recht auf Einreise nach Art. 3 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK nur den Angehörigen des Staates, in den die Einreise stattfindet.<sup>7</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat für Drittstaatsangehörige zwar kein Einreiserecht bejaht, wohl aber eine Schutzverpflichtung, wenn sie von Schiffen der Mitgliedstaaten auf dem Mittelmeer gerettet werden. Diese Schutzverpflichtung hat zum Inhalt, dass die Geretteten nicht in Staaten zurückgebracht werden dürfen, in denen ihnen eine unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK droht.<sup>8</sup> Der hierfür tragende Grund, dass mit einer Rückführung Hoheitsgewalt ausgeübt wird, lässt sich von der EMRK auf das Flüchtlingsrecht übertragen. Das bedeutet, dass die Verpflichtungen der GFK gegenüber allen Asylsuchenden bestehen, die sich auf dem Territorium eines Signatarstaats befinden oder seine Grenzorgane oder Schiffsbesatzungen um Hilfe ersucht haben. Sie besteht jedoch nicht gegenüber den Verfolgten, die sich noch in ihren Herkunftsländern oder in Transitländern aufhalten. Deshalb ist es bisher auch das Ziel der nach Europa strebenden Flüchtlinge, nicht in Nordafrika zu stranden, sondern das Hoheitsgebiet eines europäischen Staats zu erreichen.

Die gleiche Rechtslage ergibt sich aus dem EU-Regelungswerk für das Asylrecht, aus dem grundgesetzlichen Recht auf Asyl und aus dem einfachgesetzlichen nationalen Flüchtlingsrecht.

### **C. Kriterien für die asylrechtliche Schutzgewährung**

Die Kriterien für die asylrechtliche Schutzgewährung ergeben sich aus dem das Unions- und Völkerrecht umsetzenden Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes

<sup>6</sup> vgl. Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl. 2014, S. 380 Rn. 1223; Noll in: Zimmermann, The 1951 Convention - Commentary, Oxford 2011, Art. 31 Rn. 1; a.A. Eichenhofer, ZAR 2013, 135, 140

<sup>7</sup> vgl. Hoppe in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 3 ZP IV Rn. 4; Eichenhofer, ZAR 2013, 135, 137

<sup>8</sup> EGMR, Urteil vom 23.02.2012 (GK), 27.765/09, NVwZ 2012, 809, „Hirsi Jamaa/Italien“ Rn. 81, 134 und 180

(AsylVfG). Mit einer Gesetzesnovelle von 2013<sup>9</sup> wurde eine Entwicklung abgeschlossen, in der das deutsche nationale Recht an höherrangiges Unionsrecht angeglichen wurde. Die unionsrechtlichen Regelungen bauen ihrerseits auf der GFK auf und ergänzen und präzisieren sie.

## I. Das Regelungswerk der EU

Das Unionsrecht hat mit dem Vertrag von Amsterdam von 1997<sup>10</sup> die Asylpolitik aus dem einzelstaatlichen Kompetenzbereich in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft überführt. Die neuen Kompetenznormen ermöglichten die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften und bildeten damit die erste Phase für das Gemeinsame Europäische Asylsystem.<sup>11</sup> Auf dieser Grundlage wurde 2003 eine Richtlinie über Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern erlassen (Aufnahmerichtlinie), 2004 eine Richtlinie mit den Kriterien für die Flüchtlingsanerkennung (Anerkennungsrichtlinie) und 2005 eine Richtlinie zum Asylverfahren (Asylverfahrensrichtlinie). Eine Vollregelung erfolgte 2003 für die Bestimmung des für das Asylverfahren zuständigen Mitgliedstaats in Gestalt der Dublin-Verordnung.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Dezember 2009<sup>12</sup> begann die zweite Phase des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Gegründet auf Art. 78 Abs. 2 AEUV soll nun ein höherer Grad der Angleichung der Rechtsvorschriften erreicht werden mit dem Ziel der Schaffung eines in der gesamten Union gültigen einheitlichen Asylstatus.<sup>13</sup> Auf dieser Grundlage wurden in den vergangenen vier Jahren die oben genannten drei Richtlinien zum Asylrecht<sup>14</sup> und die Dublin-Verordnung<sup>15</sup> neu gefasst. Aus der Anerkennungsrichtlinie 2011/95/EU vom 13. Dezember 2011<sup>16</sup> ergeben sich die Kriterien für die Flüchtlingsanerkennung. Sind die Voraussetzungen für die Flüchtlingsanerkennung nicht erfüllt, kann subsidiärer Schutz nach Art. 15 der Anerkennungsrichtlinie gewährt werden, etwa wegen der Gefahr von Gewaltakten in einem bewaffneten Konflikt.

## II. Die Voraussetzungen der Schutzgewährung

Der Flüchtlingsbegriff ist durch die Anerkennungsrichtlinie genauer definiert worden, als das in der GFK der Fall ist. Erforderlich sind danach eine begründete Furcht vor Verfolgung und ein fehlender Schutz hiervoor im Heimatland. Der Begriff der Verfolgung setzt eine Verfolgungshandlung (Art. 9) und einen geeigneten, in der Richtlinie abschließend aufgeführten Verfolgungsgrund (Art. 10) voraus, auf dem die

<sup>9</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU vom 28.08.2013, BGBl. I S. 3474

<sup>10</sup> Vertrag von Amsterdam vom 02.10.1997, BGBl. 1998 II S. 386; vgl. hierzu Winkler in: Bergmann/Lenz, Der Amsterdamer Vertrag, 1998, S. 45 ff. ©

<sup>11</sup> Vgl. Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl. 2014, S.43 ff.

<sup>12</sup> Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007, BGBl. 2008 II S. 1038, 1039

<sup>13</sup> Dieses Ziel ist gegenwärtig noch nicht rechtlich umgesetzt, vgl. BVerwG, Urteil vom 17.06.2014 - 10 C 7.13 - juris, Rn. 29

<sup>14</sup> Richtlinie 2011/95/EU vom 13. Dezember 2011 (Neufassung der Anerkennungsrichtlinie), Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 (Neufassung der Asylverfahrensrichtlinie), Richtlinie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 (Neufassung der Richtlinie zu Aufnahmebedingungen)

<sup>15</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 vom 26. Juni 2013, ABl. EU 2013 L 180/31

<sup>16</sup> ABl. EU 2011 L 337/9

Verfolgung beruht. Eine Verfolgungshandlung ist eine besonders schwere Rechtsverletzung, typischerweise eine schwere Verletzung eines grundlegenden Menschenrechts wie es von der EMRK geschützt wird. Darunter fallen etwa Folter, schwerwiegende Eingriffe in Leib, Leben und Freiheit, aber unter bestimmten Voraussetzungen auch Eingriffe in die Religionsfreiheit, sexuelle Selbstbestimmung und politische Betätigung sowie der Entzug der Staatsangehörigkeit. Eine Verfolgungshandlung kann auch in der Kumulierung unterschiedlicher Diskriminierungsmaßnahmen bestehen, wenn der Asylsuchende davon ähnlich schwer betroffen ist wie im Fall der schweren Menschenrechtsverletzung. Diese Kriterien hat der deutsche Gesetzgeber wortgleich in § 3 a AsylVfG übernommen.

Während schwerwiegende Eingriffe in Leib, Leben und Freiheit sowie Folter zu den bereits seit langem anerkannten Verfolgungshandlungen zählen, reichen eine wirtschaftliche Notlage oder Gefahren durch Naturkatastrophen nicht zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft. Erforderlich ist immer eine Rechtsgutverletzung, die auf einem gezielten Handeln eines Verfolgers beruht. Diese Rechtsgutverletzung muss dem Einzelnen oder einer bestimmten Gruppe von Menschen zudem aus einem der in Art. 10 Anerkennungsrichtlinie abschließend aufgeführten Gründe drohen, also wegen der Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Überzeugung. Der Verfolgungshandlung wohnt damit ein diskriminierendes Element inne, während Schutz vor Gefahren, die nicht auf einem ausgrenzenden Verhalten beruhen, durch EU-Regelungen über den sogenannten „subsidiären Schutz“ und durch ergänzende nationale Abschiebungsverbote gewährt wird. So wird etwa Schutz vor den spezifischen Gefahren eines bewaffneten Konflikts durch Art. 15 c der Anerkennungsrichtlinie gewährt.

Das bedeutet, dass etwa Syrer aufgrund des dort herrschenden Bürgerkrieges große Chancen haben, in den Mitgliedstaaten der EU jedenfalls subsidiären Schutz zu erhalten. Kommt noch ein ausgrenzendes Merkmal hinzu, das etwa für dort lebende Christen eine erhöhte Gefahr begründet, sind in aller Regel die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling erfüllt. So erhielten im Jahr 2014 ca. 73 % der syrischen Asylantragsteller in Deutschland den Flüchtlingsstatus und weitere ca. 15 % den subsidiären Schutzstatus.<sup>17</sup>

Neben dem Schutz als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter nach der Anerkennungsrichtlinie gibt es weitergehende nationale Schutzformen. So gewährt etwa Schweden denjenigen Ausländern nationalen Schutz, die wegen einer Umweltkatastrophe (environmental disaster) nicht in ihr Heimatland zurückkehren können.<sup>18</sup> Und das deutsche Aufenthaltsrecht gewährt denen ergänzenden nationalen Schutz, denen im Fall der Abschiebung eine schwere Gefahr für Leib und Leben droht - etwa wegen fehlendem Zugang zu Lebensmitteln oder wegen Verschlimmerung einer schweren Erkrankung, die im Heimatland nicht adäquat behandelt werden kann.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Antwort der Bundesregierung vom 19.12.2014, BT-Drs. 18/3627, S. 17

<sup>18</sup> Kapitel 4 § 2 Nr. 3 Schwedisches Ausländergesetz vom 25.09.2005; vgl. auch Brouers, ZUR 2012, 81, 85

<sup>19</sup> BVerwG, Urteil vom 22.03.2012 - 1 C 3.11 - BVerwGE 142, 179 Rn. 34; Urteil vom 31.01.2013 - 10 C 15.12 - BVerwGE146, 12 Rn. 38

## D. Die Zuständigkeit für Asylverfahren innerhalb der EU

Da die EU als Rechtsraum mit weitgehend einheitlichen Standards für Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigter gilt, ist nunmehr durch die Dublin-Verordnung von 2013 festgelegt<sup>20</sup> (zuvor durch die Vorgängerregelung von 2003), welcher Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist. Der Asylsuchende kann sich also nicht das Zufluchtsland seiner Wahl aussuchen, sondern wird einem bestimmten EU-Mitgliedstaat zugewiesen, typischerweise dem Staat, in dem er die EU erstmals betreten hat (Art. 13). Lässt sich das Einreiseland nicht feststellen, ist der Staat zuständig, in dem der Ausländer erstmal einen Asylantrag gestellt hat (Art. 3 Abs. 2). Sonderregelungen gelten u.a. für unbegleitete Minderjährige und Antragsteller, die schon Familienmitglieder in einem bestimmten Mitgliedstaat haben.

Ein Asylbewerber, der in Griechenland oder Italien in die EU eingereist ist, aber nach Deutschland weiterreist und hier einen Asylantrag stellt, müsste also zur Durchführung des Verfahrens auf diese Länder verwiesen werden, gegebenenfalls zwangsweise an diese überstellt werden. Da Deutschland von EU-Nachbarstaaten umringt ist, dürfte es hier eigentlich nur wenige Asylverfahren geben. Die Hauptlast wäre bei den Mittelmeerländern zu erwarten. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr werden weltweit die meisten Asylanträge in Deutschland gestellt. Während im Jahr 2013 in Deutschland 127.000 Asylbewerber ihren Antrag stellten, waren es in Griechenland nur 8.225, in Italien 27.930 und in Spanien 4.500.<sup>21</sup> Auch in Relation zur Bevölkerungszahl der einzelnen Länder nahm Deutschland deutlich mehr Asylbewerber auf als die meisten mediterranen Länder. Das beruht zum einen darauf, dass Länder wie Italien mit der Registrierung der Flüchtlinge überfordert waren, diese in großer Zahl in Länder nördlich der Alpen weiterreisten und dann bei dortiger Asylantragstellung nicht mehr feststellbar war, über welches Land sie in die EU kamen. Aber selbst wenn ein Abgleich der Eurodac-Datenbank einen Treffer für ein anderes Land ergab und Deutschland diese Länder daraufhin im Jahr 2014 um Übernahme von insgesamt 35.000 Asylbewerbern ersuchte, konnten faktisch nur rund 4.000 Asylbewerber an den zuständigen Mitgliedstaat überstellt werden.<sup>22</sup>

Ein Grund für die geringe Zahl von Überstellungen an die zuständigen Mitgliedstaaten sind administrative Probleme beim Übernahmeverfahren, insbesondere in den um Aufnahme ersuchten Ländern. Der zweite Grund liegt jedoch in systemischen Mängeln des Asylsystems einzelner Mitgliedstaaten, die Deutschland eine Überstellung aus Rechtsgründen verbieten. Derartige systemische Mängel hat der EGMR für Griechenland in einem Urteil vom Januar 2011 bejaht.<sup>23</sup> Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die dortigen Asylverfahren erhebliche strukturelle Mängel aufweisen, sodass Asylbewerber sehr geringe Chancen hätten, dass ihr Antrag von den griechischen Behörden ernsthaft geprüft werde. Mangels eines wirksamen Rechtsbehelfs seien sie letztlich nicht gegen eine willkürliche Abschiebung in ihr Herkunftsland geschützt. Zudem sei die Unterbringung der Asylbewerber derart unzureichend, dass sie zur Obdachlosigkeit oder zur Unterbringung in überbelegten Räumen führe, bei der die Betroffenen teilweise auf

<sup>20</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 vom 26. Juni 2013, ABl. EU 2013 L 180/31

<sup>21</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Entscheiderbrief 7/2014, S. 2 auf der Grundlage von Eurostat-Zahlen

<sup>22</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Februar 2015, S. 8

<sup>23</sup> EGMR, Urteil vom 21.01.2011 - 30696/09 - NVwZ 2011, 413, „M.S.S./Belgien und Griechenland“ insbesondere Rd. 223 - 332

dem nackten Boden schlafen, Wasser aus der Toilette trinken müssten und keinen Möglichkeit erhielten, sich an frischer Luft zu bewegen. Der Gerichtshof wertete die Unterbringung der Asylbewerber als eine gegen Art. 3 EMRK verstoßende erniedrigende Behandlung, die eine Überstellung an Griechenland ausschließt. Die Bundesrepublik hat auf diese Rechtsprechung bereits 2011 mit einem Abschiebestopp nach Griechenland reagiert.

Allerdings ist Griechenland nicht der einzige Problemstaat. Bürgerrechtsorganisationen haben Verfahrens- und Unterbringungsängel auch in Italien, Malta, Ungarn, Bulgarien und Rumänien beklagt und einzelne Kammern an Verwaltungsgerichten haben auch in Bezug auf diese Länder ein Überstellungsverbot ausgesprochen. Dem ist der EGMR in Bezug auf Italien ein Stück weit gefolgt, bisher aber nicht für andere EU-Staaten. Für Italien hat er im November 2014 entschieden, dass die Aufnahme und Unterbringung von Asylbewerbern in Italien Mängel aufweise, diese aber dem griechischen Systemversagen nicht vergleichbar seien.<sup>24</sup> Für die besondere Fallgestaltung einer Familie mit sechs minderjährigen Kindern müsse der überstellende Mitgliedstaat jedoch die individuelle Zusicherung Italiens über eine ordnungsgemäße Unterbringung der Familie und die Wahrung der Familieneinheit einholen. Dies gilt nach einer neueren Entscheidung des EGMR jedoch nicht für einen alleinstehenden jungen Mann, dessen Überstellung nach Italien Art. 3 EMRK nicht entgegenstehe.<sup>25</sup>

Anders als der EGMR betont der EuGH in seinem Urteil vom Dezember 2011 das „Prinzip des gegenseitigen Vertrauens“, das dem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem und gerade auch der Dublin-Verordnung zugrunde liege.<sup>26</sup> Danach sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Behandlung der Asylbewerber in jedem einzelnen Mitgliedstaat in Einklang mit den Erfordernissen der GR-Charta, der GFK und der EMRK erfolgt. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass dieses System in der Praxis auf größere Funktionsstörungen in einem bestimmten Mitgliedstaat stoße. Allerdings hebe nicht jede Rechtsverletzung durch den zuständigen Mitgliedstaat die Zuständigkeitsregeln der Dublin-Verordnung auf. Auf dem Spiel stehe nämlich der „Daseinsgrund der Union und die Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, konkret des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“.<sup>27</sup>

Zu den Regeln des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems gehört auch, dass ein im Mitgliedstaat A zugesprochener Schutzstatus der Beantragung von internationalem Schutz in einem weiteren EU-Mitgliedstaat entgegensteht, jedenfalls wenn das vom betreffenden Mitgliedstaat gesetzlich so geregelt ist. In Deutschland ist dies seit 1. Dezember 2013 der Fall (§ 60 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Abs. 2 Satz 2 AufenthG).<sup>28</sup> Zu einer solchen Regelung wurden die Mitgliedstaaten durch Art. 33 Abs. 2 Buchst. a der Asylverfahrensrichtlinie 2013 ausdrücklich ermächtigt.<sup>29</sup> Ein Problem besteht allerdings darin, dass ein Asylbewerber aus der Eurodac-Datenbank gelöscht wird, wenn er in einem Mitgliedstaat anerkannt und ihm dort ein

<sup>24</sup> EGMR, Urteil vom 04.11.2014 (GK) - 29217/12 - NVwZ 2015, „Tarakhel /Schweiz“ Rn. 115 und 120 ff.

<sup>25</sup> EGMR, Entscheidung vom 13.01.2015 - 51428/10 - A.M.E./Niederlande, Rn. 35 f.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 - C 411/10 und C 493/10 - NVwZ 2012, 417, „N.S.“ Rn. 79

<sup>27</sup> ebenda Rn. 83

<sup>28</sup> Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17.06.2014 - 10 C 7.13 - juris, Rn. 28 ff.

<sup>29</sup> Richtlinie 2013/32/EU vom 26.06.2013, ABl. EU 2013 L 180/60

Aufenthaltstitel erteilt wurde. Das erschwert es, Mehrfachantragstellungen zu erkennen. Hier wäre eine entsprechende Änderung der Eurodac-Verordnung<sup>30</sup> zu befürworten.

Hilfreich zur Verringerung der ungleichmäßigen Verteilung von Asylbewerbern und im Ergebnis dann häufig auch des dauerhaften Verbleibs von Flüchtlingen wäre eine EU-Verordnung, die das deutsche Asylbewerberleistungsgesetz ersetzt. Die Sozialleistungen an Asylbewerber differieren gravierend innerhalb der EU, sodass es für Asylbewerber einen deutlichen Unterschied macht, ob sie ihr Verfahren in Deutschland durchführen oder aber in Italien, Spanien oder Rumänien. Hier könnte die Festlegung einheitlicher Bedarfssätze durch eine EU-Verordnung Abhilfe leisten.<sup>31</sup>

Letztlich wird sich die gravierende Ungleichverteilung der Asylsuchenden aber nur begrenzt beeinflussen lassen. Zu groß sind die Sogwirkung von Arbeitsmärkten und der Wunsch des Zusammenlebens mit Familienangehörigen oder jedenfalls Menschen der gleichen Nationalität. Daher sind die im politischen Raum angestellten Überlegungen zu einer Änderung der Dublin-Verordnung zwar richtig, kurieren aber nur an den Symptomen, wenn sie etwa eine Verteilung der Antragsteller in Relation zur Bevölkerungszahl oder in Anlehnung an den innerdeutschen Verteilungsschlüssel der Asylbewerber auf die einzelnen Bundesländer („Königsteiner Schlüssel“) fordern. An den Ungleichgewichten der Zuwanderung werden administrative Maßnahmen letztlich wenig ändern können. Sinnvoll erscheint daher ein finanzieller Belastungsausgleich. Dies könnte mit Hilfe eines EU-Flüchtlingsfonds geschehen, aus dem die Sozialhilfeleistungen für Asylbewerber und anerkannte Schutzberechtigte für die ersten fünf Jahre ihres Aufenthalts dem Mitgliedstaat voll erstattet werden.

## **E. Einführung eines Botschaftsentscheids für Flüchtlinge als Alternative zur illegalen Schleusung**

Wie eingangs näher ausgeführt (Abschnitt B) gewähren weder die Genfer Flüchtlingskonvention noch Unionsrecht einen Zugang von Flüchtlingen nach Europa. Das ist Ausprägung des Grundsatzes der Souveränität von Staaten, die eigenverantwortlich über die Einreise von Dritten in ihr Staatsgebiet entscheiden. Da derzeit allerdings hinreichende Möglichkeiten des legalen Zugangs nach Europa fehlen, beuten kriminelle Schlepper die Not von Menschen aus, die einen Weg in eine Zukunft ohne Gewalt und Verfolgung suchen. Um diesem unbefriedigenden Zustand entgegen zu wirken, müssen Alternativen für eine legale Einreise nach Europa für die wirklich Schutzbedürftigen eröffnet werden. Geeignet hierfür erscheinen unter noch näher darzustellenden Rahmenbedingungen externe Verfahren zur Erteilung einer Zugangsberechtigung nach Europa. Derartige Verfahren können in den Herkunftsländern und auf den Transitrouten der Flüchtlinge angeboten werden.

Nach den Feststellungen der europäischen Grenzschutzagentur Frontex haben im Jahr 2014 mehr als 276.000 Migranten illegal die EU-Außergrenzen überschritten,

<sup>30</sup> Art. 16 Verordnung (EU) Nr. 603/2013 vom 26.06.2013, ABl. EU 2013 L 180/1

<sup>31</sup> So auch der Vorschlag des Verwaltungsrichters Prof. Dr. Jan Bergmann, Stuttgart

170.000 von ihnen nahmen die gefährliche Route über das Mittelmeer.<sup>32</sup> Das ist mehr als eine Verdoppelung gegenüber dem Jahr 2013. Hinzu kommt eine hohe Dunkelziffer. Die meisten der Betroffenen wurden von Schleppern nach Europa gebracht. Mehr als 3.000 von ihnen starben auf der gefährlichen Seeroute, knapp 5.000 konnten gerettet werden.<sup>33</sup> Das illegale Einschleusen von Migranten in Zielländer wie Europa oder Nordamerika ist zu einem Milliardengeschäft geworden. Menschenschmuggel ist heute nach dem Drogenhandel das einträglichste Geschäft organisierter krimineller Banden.<sup>34</sup> Dem wird versucht, durch verstärkte Strafverfolgung von Schleusern und verstärkte Kontrollmaßnahmen entgegen zu wirken.<sup>35</sup> Aber verhindern lässt sich Menschenschmuggel genauso wenig wie Drogen- und Waffenhandel.

Den von Gewalt und Verfolgung in ihren Heimatländern bedrängten Menschen können schon nach geltendem Recht Alternativen zur illegalen Einreise eröffnet werden. Das sind zum einen Maßnahmen des sogenannten „Resettlement“. Im Rahmen dieses Verfahrens erklären sich aufnahmebereite Staaten bereit, eine bestimmte Zahl von Menschen aus Krisengebieten ohne Durchführung eines förmlichen Asylverfahrens aufzunehmen. So hat Deutschland von 2009 bis 2010 insgesamt 2.500 irakische Flüchtlinge aufgenommen und sich in den Jahren 2013 und 2014 zur Aufnahme von 20.000 syrischen Flüchtlingen bereit erklärt, deren Aufnahme mittlerweile weitgehend abgeschlossen ist.<sup>36</sup> Die aufzunehmenden Personen werden vom UN-Flüchtlingshilfswerk (UNHCR), von den Bundesländern oder in besonderen Fällen vom Auswärtigen Amt oder vom Bundesministerium des Innern dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zur Aufnahme vorgeschlagen. Dieses trifft die Aufnahmeentscheidung. Die Personen erhalten zunächst eine befristete Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre, die verlängerbar ist und in einen Daueraufenthalt münden kann.

Die zweite Alternative ist die Durchführung externer Verfahren zur Prüfung der Schutzbedürftigkeit von Flüchtlingen, etwa in Verfahrenszentren in Nordafrika. Sie wurde im Jahr 2004 vom früheren Bundesinnenminister Schily angestrebt, im Ergebnis aber nicht umgesetzt.<sup>37</sup> Nun wurde sie erneut von Bundesinnenminister de Maiziere ins Gespräch gebracht und auf dem EU-Gipfel im März 2015 beraten.<sup>38</sup> Die Verfahrenszentren könnten vom UNHCR betrieben werden, der in der Tat langjährige Erfahrungen mit der Statusfeststellung von Flüchtlingen hat. Zahlreiche Länder außerhalb Europas übertragen dem UNHCR diese Aufgabe. Im Jahr 2013 hat die UN-Einrichtung knapp 200.000 derartige Verfahren durchgeführt.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> EU Kommission, Fachmitteilung vom 13.01.2015: Smuggling of Migrants in Europe and the EU response, MEMO/15/3261

<sup>33</sup> Vgl. Europäische Grundrechteagentur, Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection, FRA Focus 02/2015, S. 2

<sup>34</sup> Vgl. Nicola/Musumeci, Bekenntnisse eines Menschenhändlers. Das Milliardengeschäft mit den Flüchtlingen, 2015, S. 48; Winfried von Bredow, Schattenseite der Globalisierung, FAZ vom 07.03.2015

<sup>35</sup> Vgl. Strategieplan der EU zur Beseitigung des Menschenhandels vom 19.06.2012, COM(2012) 286 endgültig

<sup>36</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Humanitäre Aufnahme (Stand: 01.03.2015), [www.bamf.de](http://www.bamf.de)

<sup>37</sup> Die in einem Vermerk (ohne Datum) zusammengefassten damaligen Überlegungen des Bundesministers des Innern sind abgedruckt in: Bröcker, Die externen Dimensionen des EU-Asyl- und Flüchtlingsrechts im Lichte der Menschenrechte und des Völkerrechts, 2010, Anhang S. 2 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 14.11.2014 „Europäische Asylpolitik in Afrika“, FAZ vom 13.03.2015 „EU streitet über Lager in Afrika“

<sup>39</sup> Michael Kagan, RSDwatch vom 11.09.2014



Die Durchführung externer Verfahren zur Feststellung des Schutzbedarfs von Flüchtlingen in Drittstaaten außerhalb Europas ist insofern zulässig, als Asylbewerber keinen Anspruch auf Zugang zu einem Zufluchtsland ihrer Wahl haben, auch keinen Anspruch auf Einreise nach Europa.<sup>40</sup> Allerdings muss eine rechtsstaatlichen Maßstäben entsprechende und gefahrfreie Durchführung der Verfahren gewährleistet sein.<sup>41</sup>

Externe Verfahren können unterschiedliche Rechtsqualität haben. Sie können echte Anerkennungsverfahren darstellen, die etwa von dem Europäischen Asylunterstützungsbüro EASO<sup>42</sup> in Sammelzentren in ausgewählten afrikanischen oder asiatischen Ländern durchgeführt werden. Dem Ergebnis des Verfahrens käme Bindungswirkung innerhalb der EU zu. Im Fall einer ablehnenden Entscheidung wären mögliche erneute Anträge der Betroffenen nur noch im engen Rahmen als asylrechtliche Folgeanträge zulässig. Ein entscheidendes Problem liegt darin, dass im Falle einer Bindungswirkung derartiger Verfahren auch wirksamer Rechtsschutz gegen ablehnende Entscheidungen eingeräumt werden müsste, z.B. vor dem erstinstanzlichen Gericht der Europäischen Union (EuG) entsprechend Art. 46 Asylverfahrensrichtlinie. Einen wirksamen, nicht notwendigerweise gerichtlichen Rechtsbehelf verlangt der EGMR für im Mittelmeer gerettete Bootsflüchtlinge vor ihrer Zurückführung nach Nordafrika.<sup>43</sup> Die Verfahren würden in ihrer Bedeutung dann der von Nichtregierungsorganisationen stark kritisierten australischen Praxis externer Asylverfahren entsprechen, wonach die Asylanträge von Bootsflüchtlinge in Verfahrenszentren auf Nauru und in Papua-Neu Guinea, also in Staaten außerhalb des eigenen Staatsgebietes, nach den Regeln der GFK geprüft und abschließend beschieden werden („Pazifische Lösung“).<sup>44</sup>

Eine andere Rechtsqualität haben derartige externe Verfahren dann, wenn sie lediglich ein komplementäres Angebot zu nationalen Schutzsystemen darstellen. In dieser Ausgestaltung begegnen sie keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken.<sup>45</sup> Sie könnten dann durchaus vom UN-Flüchtlingshilfswerk - etwa in Ägypten, Tunesien oder Marokko - im Auftrag der EU durchgeführt werden. Eine ablehnende Entscheidung des UNHCR dürfte dann aber keine Rechtsfolgen für ein Anerkennungsverfahren in den EU-Mitgliedstaaten haben, falls es dem Asylsuchenden gelingt, ungenehmigt nach Europa zu gelangen. Dieses Modell favorisiert offenbar das deutsche Innenministerium. Allerdings bleibt das praktische Problem, dass dafür ein Konsens innerhalb der Europäischen Union herbeigeführt werden und für die Durchführung derartiger Verfahren eine neue Infrastruktur aufgebaut werden muss. Außerdem werden viele Flüchtlinge andere Fluchtrouten wählen als über Länder, in denen solche Verfahrenszentren des UNHCR eingerichtet wären.

<sup>40</sup> Vgl. Bröcker, Fußn. 37, S. 242

<sup>41</sup> Vgl. Garlick, International Journal of Refugee Law 2006, 601, 611 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Verordnung (EU) Nr. 439/2010 vom 19.05.2010 zur Einrichtung eines Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen, ABl. EU 2010 L 132/11

<sup>43</sup> EGMR, Urteil vom 23.02.2012 (GK), 27.765/09, NVwZ 2012, 809, „Hirsi Jamaa/Italien“ Rn. 205-207

<sup>44</sup> Vgl. die Vereinbarungen von Australien mit Nauru und Papua Neu Guinea vom August 2013, verfügbar unter: <http://www.dfat.gov.au/international-relations/themes/people-smuggling-trafficking/Pages/people-smuggling-and-trafficking.aspx>

<sup>45</sup> So auch Noll/Fagerlund/Liebaut, Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU, Brüssel 2002, S. 63 ff.; Bröcker, Fußn. 37, S. 317 ff.

Eine rechtsstaatlich unbedenkliche und zugleich an schon bestehende Strukturen anknüpfende Alternative zur illegalen Schleusung stellt die Erteilung humanitärer Visa an Asylbewerber durch deutsche Botschaften und Konsulate dar. Schon nach geltendem Recht kann Ausländern zum Zweck der Aufnahme aus dem Ausland eine Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen erteilt werden (§ 22 AufenthG). Die Einreise ist dann aufgrund eines nationalen humanitären Visums möglich. Für die Erteilung derartiger Visa sind die deutschen Auslandsvertretungen zuständig. Das Visum wird im Inland dann in einen Aufenthaltstitel umgewandelt.<sup>46</sup>

Deutschland hat in 228 Ländern der Welt Auslandsvertretungen, darunter 148 Botschaften. Entsprechendes gilt für die anderen EU-Mitgliedstaaten. Damit besteht die Möglichkeit, dass sich Asylsuchende in ihren Heimatländern (bei Kriegsgefahr auch in Nachbarländern) an die Deutsche Botschaft wenden und dort ihr Schutzbegehren vorbringen. Das Botschaftspersonal kann - jedenfalls nach entsprechender Schulung - die Begründetheit des Schutzbegehrens in vergleichbarer Weise prüfen wie Entscheider des UNHCR. Erscheint das Schutzbegehren begründet, kann ein humanitäres Visum zwecks Einreise nach Deutschland ausgestellt werden. Allerdings kann die Erteilung derartiger Visa - wie beim Resettlement - realistisch nur im Rahmen bestimmter jährlich neu zu bestimmender Kontingente erfolgen.

Die Möglichkeit, Schutz über die deutsche Auslandsvertretung zu erlangen, soll keine Ausschlusswirkung gegenüber der Durchführung eines regulären Asylverfahrens in Deutschland haben. Sie stellt vielmehr einen komplementären Zugangsweg zur Schutzgewährung in Europa dar. Allerdings macht eine wegen Feststellung fehlenden Schutzbedarfs getroffene Negativentscheidung der Botschaft dem Ausländer auch klar, dass seine Chancen auf eine Anerkennung in Deutschland gering sind. Die Auslandsvertretung kann den Betroffenen aber zugleich über einen möglichen Fachkräftebedarf in Deutschland informieren und ihm Wege der legalen Zuwanderung zum Zweck der Arbeitsaufnahme aufzeigen.

Entscheidet sich der Ausländer trotz Negativentscheidung der Botschaft für eine illegale Einreise in die Bundesrepublik, können die zuständigen deutschen Behörden über die Visadatei im Ausländerzentralregister jedenfalls die Identität des Betroffenen feststellen. Hierfür wäre allerdings neben der nach § 49 Abs. 5 Nr. 5 AufenthG heute schon zum Zweck der Sicherheitsüberprüfung zulässigen Abnahme von Fingerabdrücken des Antragstellers durch die Auslandsvertretung auch deren zentrale Speicherung hilfreich, wie sie bereits für Schengen-Visa im europäischen Visa-Informationssystem (VIS) vorgeschrieben ist.<sup>47</sup> Die Vorschriften für die Speicherung von Fingerabdrücken für nationale Visa sollten denen der Schengen-Visa angeglichen werden. Das wirkt der von Schleppern empfohlenen Praxis entgegen, dass die Asylbewerber ihre Identität durch Vernichtung ihrer Pässe und Identitätsurkunden vor Einreise in die EU verschleiern und dann bei negativem Ausgang des Anerkennungsverfahrens nur schwer in ihr Herkunftsland zurückgeführt werden können.

Frankreich hat bereits Erfahrungen mit der Praxis der Erteilung von humanitären Visa gesammelt. Dort erhielten im Jahr 2010 Opfer des Erdbebens in Haiti und irakische

<sup>46</sup> Vgl. Ziffer 22.1.2 der Allgemeinen VV zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, GMBL.2009, 877

<sup>47</sup> Vgl. Art. 9 Nr. 6 der Verordnung (EG) Nr. 767/2008 vom 09.07.2008, ABI. EU 2008 L 218/60

Christen derartige Visa. Von 2012 bis Januar 2015 hat Frankreich zudem 1.400 Syrern entsprechende Visa erteilt, damit sie nach Frankreich einreisen und dort ihr Asylverfahren betreiben konnten.<sup>48</sup> Hieran kann angeknüpft werden.

## **F. Ergebnis**

Deutschland ist zum Hauptaufnahmeland für Flüchtlinge in Europa geworden. Die meisten von ihnen kommen im Wege der illegalen Schleusung. Zur Kriminalitätsbekämpfung wie aus humanitären Gründen ist es geboten, denjenigen Alternativen einer legalen Einreise zu eröffnen, bei denen ein wirklicher Schutzbedarf besteht. Hierfür eignen sich komplementäre Angebote des Zugangs nach Europa wie die Erteilung humanitärer Visa durch die deutschen Auslandsvertretungen, die es in 228 Ländern der Welt gibt. Die Botschaften prüfen die Begründetheit des Schutzbegehrens und erteilen bei positivem Ausgang des Verfahrens - innerhalb eines jährlich neu zu bestimmenden Kontingents - humanitäre Visa. Das Verfahren könnte zunächst durch Modellversuche in ausgewählten deutschen Botschaften erprobt werden. Die Möglichkeit, ein reguläres Verfahren der Flüchtlingsanerkennung in Deutschland zu betreiben, wird hiervon nicht berührt.

---

<sup>48</sup> Vgl. Europäische Grundrechteagentur, Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection, FRA Focus 02/2015, S. 10