

Die Drittstaatenregelung des Art. 16 a II GG aus verfassungsrechtlicher sowie völkerrechtlicher Sicht

**Rechtgutachten
im Auftrag der
Arbeitsgemeinschaft
Pro Asyl**

bearbeitet von

**Dr.Reinhard M a r x
Rechtsanwalt**

Frankfurt, 30. September 1993
(Übtragungsfehler durch Scannen)

Gliederung

1.	Vorbemerkung	S. 4
2.	Zur verfassungsrechtlichen Ausschlußregelung in Art. 16 a II 1 GG	6
2.1.	Materieller Inhalt der Drittstaatenregelung (Art. 16 a II 1 GG; §§ 26 a AsylVfG)	6
2.2.	Zur verfassungsrechtlichen Fragestellung	8
2.3.	Völkerrechtlicher Mindeststandard	14
2.3.1.	Vorbemerkung	14
2.3.2.	Inhalt des Prinzips des Non-Refoulements	16
2.3.3.	Der Rechtscharakter des Refoulementverbotes	21
2.3.4.	Notwendigkeit zwischenstaatlicher Abkommen	23
2.3.5.	Gebot und Umfang des völkerrechtlichen Verfahrensschutzes	28
2.3.6.	Völkerrechtliche Verpflichtung der Einzelfallprüfung mit Blick auf die Verfolgungssicherheit im Drittstaat	31
2.3.7.	Untersuchungsgegenstand der Einzelfallprüfung	36
2.4.	Verfassungsrechtlicher Inhalt von Art. 16 a I GG	37
2.4.1.	Vorbemerkung	37
2.4.2.	Der Einreisestatbestand im Sinne von Art. 16 a II 1 GG	38
2.4.2.1.	Begriff der Einreise	38
2.4.2.2.	Einreise aus einem "bestimmten" sicheren Drittstaat	40
2.4.3.	Inhalt des Ausschlußtatbestandes nach Art. 16 a II 1 GG	42
2.4.3.1.	Vorbemerkung	42
2.4.3.2.	Schutzzumfang des Asylrechts nach Art. 16 a I GG	43
2.4.3.2.1.	Dogmatische Struktur des Asylrechts nach Art. 16 a I GG	43
2.4.3.2.2.	Negatorische Schutzwirkung des Asylrechts	50
2.4.3.2.3.	Verfolgungsschutz durch Verfahrensschutz	52
2.5.	Rechtscharakter des Ausschlußtatbestandes von Art. 16 a II 1 GG	57
2.6.	Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung	66
2.7.	Kein gemeinschaftsrechtlicher Vorbehalt	69
2.8.	Verfassungskonforme Auslegung des AsylVfG	71
2.9.	Ausnahmen vom Ausschlußtatbestand des Art. 16 a II 1 GG	73
2.9.1.	Vorbemerkung	73
2.9.2.	Gesetzlich geregelte Ausnahmetatbestände	74
2.9.3.	Berufung auf Abschiebungsschutz gemäß § 51 1 AuslG	74
2.9.4.	Berufung auf humanitäre Abschiebungshindernisse	76
3.	Zum Ausschluß einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 16 a II 3 GG in Verbindung mit § 34 a II AsylVfG	79
3.1.	Vorbemerkung	79
3.2.	Zur verfassungsrechtlichen Fragestellung	80
3.3.	Umfang des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes	§3
3.4.	Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren	85
3.5.	Umfang der Gewährleistung vorläufigen Rechtsschutzes	§7
4.	Überprüfung der Drittstaatenregelung durch das BVerfG	92
4.1.	Vorbemerkung	92
4.2.	Richtervorlage (Art. 100 I 1 GG)	92
4.3.	Verfassungsbeschwerde (Art. 93 IV a GG; §§ 13 Nr. 8, 90 ff. BVerfGG)	95
5.	Schlußthesen	98

1.

Vorbemerkung

Das nachfolgende Gutachten behandelt lediglich einen Regelungskomplex aus der Gesamtkonzeption des neuen Asylrechts, wie er in Art. 16 a II GG Gestalt gefunden hat. Die Drittstaatenregelung kann aber wohl als der Eckpfeiler der Neuregelung des Asylrechts **schlechthin** bezeichnet werden. Die Begrenzung auf diese Materie erscheint daher gerechtfertigt. Die in Art. 16 a II GG festgelegte Drittstaatenregelung behandelt zwei unterschiedliche, wenn auch voneinander abhängige Regelungskomplexe: Art. 16 a II 1 GG regelt Art und Umfang der Verdrängung der asylrechtlichen Individualschutzgarantie, wobei insbesondere die Frage heftig umstritten ist, ob damit die verwaltungsrechtliche Einzelfallprüfung mit Blick auf die Sicherheit im "sicheren" Drittstaat kraft Verfassung (Art. 16 II 1 GG) bzw. kraft Gesetz (Art. 16 a II 2 GG; § 26 a I 1, II AsylVfG in Verbindung mit Anlage I) untersagt ist. Dagegen regelt Art. 16 a II 3 GG den Sofortvollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen bei Einreise über eine sichere Drittstaaten. Hierbei ist insbesondere ebenfalls heftig umstritten, ob dadurch ausnahmslos der einstweilige Rechtsschutz gegen Abschiebungsanordnungen nach § 34 a I AsylVfG unterbunden wird. Dies wird jedenfalls so vom Gesetzgeber gesehen (§ 34 a II AsylVfG). Dementsprechend werden nachfolgend die Fragen in dieser Reihenfolge behandelt.

Methodologisch knüpft die Untersuchung an Umfang und Inhalt der Asylrechtsgarantie an, wie dieser bisher in der Rechtsprechung insbesondere des BVerfG entwickelt worden ist. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil diese Garantie durch ihre Beibehaltung in Art. 16 a I GG nach wie vor Geltung hat. Vom so ermittelten Inhalt aus werden die Regelungen der Drittstaatenkonzeption einer Prüfung unterzogen. Diese Konzeption bringt wie keine andere Materie in Art. 16 a GG die **externe** Dimension des Asylrechts zum Ausdruck. Daher wird insbesondere der völkerrechtliche Inhalt des Flüchtlingsrechts untersucht und danach gefragt, ob und in welchem Umfang er für die Bestimmung von Umfang und Grenzen der Drittstaatenkonzeption der Verfassung fruchtbar gemacht werden kann. Dieser methodologischen Vorgehensweise liegt die Überzeugung zugrunde, daß das politi-

sche Asyl wie kein anderes Grundrecht in der Verfassung ein Grundrecht mit Auslandsbezug darstellt und damit zugleich unabweisbar auf den in der Staatenpraxis und im internationalen Recht entwickelten **völkerrechtlichen Mindeststandard** verweist. Wird das verfassungsrechtliche Asylrecht demgegenüber losgelöst vom Völkerrecht rechtlich bestimmt und politisch diskutiert, so ist wohl die Prognose nicht unbegründet, daß der Kampf um das politische Asyl mit der gleichen unbarmherzigen Härte wie in der Vergangenheit fortgeführt werden wird. Die Vergiftung des innenpolitischen Klimas wird dann weitergehen; wobei die Heftigkeit des Kampfes von den auf die jeweils vorherrschende politische Aktualität fixierten Medien in besonderer Weise abhängig ist.

Das politische Asyl ist Teil eines **universellen Menschenrechtsschutzes** und kann eigentlich nur mit diesem Verständnis innerstaatlich umgesetzt und in seinem Inhalt und seinen Grenzen nach dieser Vorgabe ermittelt werden. Die innerstaatliche Fixiertheit auf das Asylrecht, die Ermittlung seines Inhalts allein nach Maßgabe der Grundsätze einer am nationalen Verfassungsrahmen orientierten Grundrechtsdogmatik macht sich demgegenüber wehrlos gegen **nationalistische** Angriffe auf das politische Asyl, die aus dem politischen und gesellschaftlichen Kontext heraus geführt werden. Dagegen wird hier für die rechtliche Auseinandersetzung ein besonderer Schwerpunkt auf den universellen Konsens gelegt. Dieser Konsens, so wie er in den internationalen menschenrechtlichen Deklarationen und Konventionen seit 1945 Gestalt gefunden hat, wird in den innerstaatlichen Zusammenhängen herausgebildet, fortentwickelt und bewahrt. Der **internationale Menschenrechtsschutz** schwebt nicht im luftleeren Raum, sondern bedarf der Akzeptanz durch die nationalen Gemeinschaften. Bei internationalem Menschenrechtsschutz denkt der unbefangene Beobachter zumeist an die Vereinten Nationen und deren in der täglichen Rechtswirklichkeit kaum wahrnehmbaren Aktionen im Bereich des Menschenrechtsschutzes. Internationaler Menschenrechtsschutz verwirklicht sich jedoch auf zweifache Weise, nämlich, einerseits in den Verfahren auf der Ebene der Vereinten Nationen sowie andererseits in der täglichen innerstaatlichen Grundrechtspraxis. ohne nationale Praxis könnte universeller Menschenrechtsschutz überhaupt keine Wirkung entfalten - und umgekehrt. Dies ist der Zusammenhang, in dem das politische Asyl sich aktualisiert. Wird er vernachlässigt, bleibt dies nicht ohne Folgen.

Der völkerrechtliche Hintergrund des Asylrechts mag auch Hilfestellung dabei geben, das Verdikt der Verfassungswidrigkeit der verfassungsrechtlichen Drittstaatenkonzeption zu vermeiden. Eine **verfassungskonforme** Auslegung dieser Konzeption erscheint insbesondere auch unter Bezugnahme auf den in der Verfassung angelegten Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationaler Grundrechte möglich sowie insbesondere auch geboten und sollte auch vor allem deshalb versucht werden, um den für das politische Asyl gebotenen nationalen Konsens nicht noch weiter zu gefährden. Nicht ohne Not darf im demokratisch

verfaßten Staat der Vorwurf des **verfassungswidrigen Verfassungsrechts** erhoben werden. Diese juristische Überhöhung kann leicht in eine verfassungspolitische Sachgasse führen! Die Kritiker der Neuregelung des Asylrechts neigen häufig dazu, für sich den alleinigen Besitz der moralischen Wahrheit zu beanspruchen. Politisches Handeln muß aus der Sicht eines derartigen moralischen Ausschließlichkeitsdenkens von vornherein der Legitimation entbehren, ja, erscheint oft als schlechthin böse. Durch ein derartiges Denken werden aber zugleich unüberwindbare Barrieren für den gebotenen verfassungspolitischen Diskurs errichtet. Wenn das politische Asyl aus den es gefährdenden Denk- und Diskussionsblockaden herausgeholt werden, -wenn es für die Gesellschaft der Bundesrepublik wieder einen positiven Wert erhalten soll, dann muß der nationale Konsens über Grundfragen des Zusammenlebens auch im Bereich des Asylrechts neu definiert werden.

2. **Zur verfassungsrechtlichen Ausschlußregelung in Art. 16 a II 1 GG**

2.1. **Materieller Inhalt der Drittstaatenregelung (Art. 16 a II 1 GG; § 26 a AsylVfG)**

Die maßgebliche gesetzliche Definition des sicheren Drittstaates enthält Art. 16 a II 1 GG. § 26 a I 1 AsylVfG wiederholt lediglich den Inhalt dieser Verfassungsnorm und ist deshalb ohne eigenständige rechtliche Bedeutung. Nach Art. 16 a II 1 GG gibt es zwei Gruppen von sicheren Drittstaaten:

1. Mitgliedstaaten der **Europäischen Gemeinschaften (EG)** sind ohne weitere Voraussetzungen sichere Drittstaaten. Insoweit wird die Möglichkeit, Sicherheit im Drittstaat zu erlangen, bereits in der Verfassung unterstellt (BTDrS. 12/4152, S.4).

2. Bei der zweiten Gruppe der sicheren Drittstaaten wird der jeweilige Staat durch den Gesetzgeber festgelegt (Art. 16 a II 2 GG; § 26 a II AsylVfG i.V.m. Anlage I). Art. 16 -a II 1 GG enthält für diese gesetzgeberische Entscheidung die maßgeblichen materiellen Kriterien. Danach muß **sichergestellt** sein, daß in dem betreffenden Staat die **Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)** sowie die **Euröpäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)** angewandt werden.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Drittstaatenkonzeption muß also die bereits in der Verfassung vorgegebene Differenzierung zwischen den EG-Staaten (Art. 16 a II 1 GG) einerseits sowie den anderen sicheren Drittstaaten (Art. 16 a II 1 GG i.V.m. § 26 a II AsylVfG; Anlage I) andererseits berücksichtigt werden. Im ersten Fall hat der einfache Gesetzgeber keinen Handlungsspielraum. Dementsprechend sind die EGStaaten im Ausführungsgesetz zu Art. 16 a II 1 GG auch nicht ausdrücklich bezeichnet. Vielmehr werden diese Staaten mit dem Hinweis auf Art. 16 a II 1 GG in § 26 a I 1 AsylVfG einfachgesetzlich in Bezug genommen. Wird die EG erweitert, wird der Beitrittsstaat kraft Verfassung sicherer Drittstaat und gegebenenfalls aus der Anlage I zum AsylVfG gestrichen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber unterstellt damit in Ansehung aller EG-Staaten einen relativ einheitlichen Standard bei der Behandlung von Flüchtlingen und Asylsuchenden in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht.

Im Hinblick auf die zweite Fallgruppe enthält die Verfassung die vom einfachen Gesetzgeber bei seiner Entscheidung zu beachtenden Vorgaben: Bevor ein bestimmter Staat in die Reihe der "sicheren Drittstaaten" aufgenommen wird, hat der Gesetzgeber die Rechtslage im materiellen und verfahrensmäßigen Sinne sowie die Praxis in dem jeweiligen Drittstaat zu prüfen (BT, Drs., a.a.O.). In die Reihe sicherer Drittstaaten sollen nur europäische Staaten aufgenommen werden (BT-Drs. 12/4450, S. 21). Dieses Erfordernis ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 16 a II 1 GG. Denn Vertragsstaaten der EMRK können nur in den Europarat aufgenommene Staaten sein. Der sichere Drittstaat der nicht zugleich EG-Staat ist, muß durch Gesetz bestimmt werden (Art. 16 a II 2 GG; § 26 a II AsylVfG i.V.m. Anlage I). Eine Verordnung als Ermächtigungsgrundlage reicht damit nicht aus. Vielmehr ist zur **Aufnahme** eines bestimmten Staates in die Liste sicherer Drittstaaten ein Parlamentsgesetz erforderlich. Demgegenüber wird die Entscheidung, einen in der Anlage I bezeichneten Staat **nicht mehr** als sicheren Drittstaat zu behandeln, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates geregelt (§ 26 a III 1).

Durch diese Verfahrensregelung soll eine schnelle Reaktion auf die Veränderung der rechtlichen und politischen Situation in dem betreffenden Staat ermöglicht werden. Die Verordnung tritt sechs Monate nach ihrem Inkrafttreten automatisch außer Kraft (§ 26 a III 2 AsylVfG). Es bedarf daher eines Parlamentsgesetzes, wenn die Entscheidung der Bundesregierung nach § 26 a III 1 AsylVfG über die Dauer von sechs Monaten hinaus wirken soll. Unterbleibt eine parlamentarische Entscheidung über die Herausnahme des betreffenden Staates aus der Liste sicherer Drittstaaten, tritt die Anlage I zum AsylVfG mit Blick auf dieses Land wieder in Kraft. Eine Verlängerung der Verordnung ist damit unzulässig. Nach der derzeitigen Rechtslage (§ 26 a II AsylVfG i.V.m. Anlage I) sind folgende Staaten **sichere Drittstaaten** im Sinne des Gesetzes: **Finland, Norwegen, Österreich, Polen, Schweden, Schweiz** sowie die **Tschechische**

Republik.

2.2. Zur verfassungsrechtlichen Fragestellung

Nach Art. 16 a II 1 GG sowie § 26 a I AsylVfG kann sich nicht auf das Asylrecht nach Art. 16 a I GG berufen, wer aus einem sicheren Drittstaat einreist. Hinter diesem Ausschluß steht die gesetzgeberische Vorstellung, daß derjenige, der in seinem Heimatstaat zwar möglicherweise politisch verfolgt war, aber über einen sicheren Drittstaat einreist, nicht des Asylschutzes bedarf (BT, a.a.O.). Daher ist kraft Verfassungsrecht die Berufung aus das Asylrecht verwehrt (Art. 16 a II 1 GG). Im Innenausschuß wurde die Ratio dieser Regelung mehrheitlich damit begründet, es sei wesentlich, einen "gemeinsamen Asylraum Europa" anzustreben (BT-Drs. 12/4984, S. 46). Fraglich und umstritten sind Inhalt und Umfang der Ausschlußregelung in Art. 16 a II 1 GG.

Einigkeit besteht darüber, daß mit der Formulierung in Art. 16 a II 1 GG, derzufolge die Berufung auf das Asylrecht bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat ausgeschlossen ist, die Verfassung selbst einen **materiellen Ausschlußtatbestand** regelt⁽¹⁾. Denn Art. 16 a II 1 GG besagt, daß jemand trotz politischer Verfolgung in seinem Herkunftsland von dem Genuß des Asylrechts nach Art. 16 a I GG materiell ausgeschlossen ist. Hieraus wird gefolgert, von Verfassung wegen begründe Art. 16 a II 1 GG eine **unwiderlegbare Vermutung** dafür, daß ein Flüchtling, der aus einem sicheren Drittstaat einreist, nicht länger politisch verfolgt⁽²⁾, weil nicht mehr schutzbedürftig sei. Die Wirkung von Art. 16 a II 1 GG gehe mithin dahin, daß das Asylgrundrecht **von vornherein nicht entstehe** ⁽³⁾. Die Wahl des **Transportmittels** wandle den an sich bestehenden Individualanspruch in eine **Institutsgarantie** um ⁽⁴⁾.

(1) Günter Renner, Stellungnahme an den BT-Innenausschuß v. 25.2.1993, S.3; Victor Pfaff, Zu den geplanten Änderungen im Asylrecht, in: epd-Dokumentation Nr. 24-25/93, Flucht und Asyl (Heft 1), S. 12; Hubert Heinhold, Stellungnahme an den BT-Innenausschuß v. 25. z. 1993, in: Informationsbrief Nr. 64 des RAV, S. 38; Ulrich K. Preuß, Vorläufige Stellungnahme an den BT-Innenausschuß v. 10.3.1993, S. 7; Jutta Kremer, Der Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P zur Änderung des Grundgesetzes vom 19.1.1993, in: Art. 16 a GG und seine Folgen, in: ZDWF-Schriftenreihe Nr. 53, S. 16.

(2)Ulrich K. Preuß, a.a.O..

(3)So. Günter Renner, a.a.O..

(4)Hubert Heinhold, a.a.O..

Denkt man diese Ansicht konsequent zu Ende, beseitigt Art. 16 a II 1 GG auch die **verfahrensrechtliche Schutzwirkung** des Asylrechts. Verbürgt nämlich die Verfassung materiell kein Grundrecht, braucht sie auch kein Verfahren zur Verfügung zu stellen. Der materielle Ausschlußtatbestand nach Art. 16 a II 1 GG **versperrt damit nach dieser Ansicht** kraft Verfassung den **Zugang zum Asylverfahren**. Hierfür scheint zu sprechen, daß eine derartige Wirkung vom verfassungsändernden Gesetzgeber ausdrücklich gewollt zu sein scheint. Denn nach der gesetzlichen Begründung entfällt mit dem Ausschluß aus dem Kreis der Grundrechtsträger auch die **Vorwirkung** des verfahrensabhängigen **vorläufigen Bleiberechts** (BT-Drs. 12/4152, S. 4). Unstreitig ist andererseits, daß die Verfassung den Gesetzgeber nicht daran hindert, jenen, die wegen ihrer Einreise über einen sicheren Drittstaat kein materielles Asylrecht geltend machen können, gleichwohl den Zugang zum Verfahren zu eröffnen. Die Regelungen in g§ 18 IV Nr. 2; 26 a I Nr. 3 AsylVfG sind einfachgesetzlicher Ausdruck dieser Wirkung von Art. 16 a II 1 GG. Mit anderen Worten: Der Ausschlußtatbestand wirkt gegen den Flüchtling, nicht aber gegen den Staat: Auch wenn der Flüchtling über einen sicheren Drittstaat eingereist ist, behält der Staat sich das Recht vor, den Zugang zum Verfahren zu eröffnen. Hieraus wird gefolgert, das Grundrecht wandle sich in diesem Fall zum Gnadenrecht (5) bzw. zur Institutsgarantie (6) um.

Darüber hinaus wird dem Staat das Recht zugesprochen, den **Schutzbereich** einer Grundrechtsgewährleistung auch ganz erheblich **personell einzuschränken**. Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Verfassung keine Vorkehrungen dagegen biete, ein Grundrecht seinen Voraussetzungen nach nur wenigen Personen zu gewähren (7). Der verfassungsändernde Gesetzgeber dürfe fast alles. Insbesondere könne er ein Grundrecht so umschreiben, daß es in der Realität nur sehr beschränkt zur Anwendung komme und insbesondere aus einer Vielzahl potentiell Berechtigter der überwiegende Teil von vornherein aus der Grundrechtsgewährleistung ausgenommen werde (8). Nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers stünden allerdings die Menschenwürdegarantie (Art. 1 I GG) sowie die Grundrechte auf
r, Leben, der elementaren Freiheiten und der körperlichen Unver-
sehrtheit. Der Ausschluß aus dem asylrechtlichen Schutzbereich

(5) Hubert Heinhold, a.a.O..

(6) Victor Pfaff, a.a.O..

(7) Günter Renner, a.a.O., S. 2, der andererseits gewichtige Bedenken gegen den damit verbundenen "cordon sanitaire" erhebt (S. 6); zust. Victor Pfaff, a.a.O., S. 14.

(8) Michael Funke-Kaiser, Verfassungsrechtliche Beurteilung von Art. 16 a E-GG und völkerrechtliche Standards, in: epd, a.a.O., S. 28.

dürfe also nicht dazu führen, daß diese Rechtsgüter zur Disposition stünden (9).

Unklar sind die rechtlichen Folgerungen, die sich hieraus für die Inhaltsbestimmung von Art. 16 a II 1 GG ergeben. Regelmäßig wird nur lapidar auf die neben dem Asylrecht zu beachtenden humanitären Abschiebungshindernisse hingewiesen, ohne daß eine nähere grundrechtsdogmatische und verfahrensrechtliche Vertiefung des damit angesprochenen Problemkreises erfolgt. Ausdrücklich gegen **Ralf Rothkegel**, der eine subsidiäre Geltung des **Menschenwürdeschutzes** behauptet, der stets beim Ausfall des Asylrechtsschutzes greife (10), wird kritisch angemerkt, die Menschenwürdegarantie könne lediglich die Funktion einer Auslegungshilfe bei der Bestimmung des personellen Schutzbereichs des Asylrechts entfalten (11). Andererseits wird aber nicht bestritten, daß auch eine Abschaffung der individuellen Asylrechtsgarantie nichts zu bewirken vermöge, soweit es um den **Kernbereich** des Abschiebungsschutzes gehe. Art. 16 a GG ändere nichts und könne im Hinblick auf die Sperrwirkung von Art. 79 III GG auch nichts ändern, was Art. 2 I u. II GG regelten. Sei aber zuverlässig sichergestellt, daß im sicheren Drittstaat die GFK und EMRK angewandt würden, verlagere sich das Problem auf die einfachgesetzliche Ebene der Ausgestaltung des Ausführungsgesetzes (12). Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe aber mit Blick auf die Sicherheit im Drittstaat in Art. 16 a II 1 GG eine unwiderlegbare Vermutung geschaffen, so daß die von der Verfassung gebotene Prüfung im konkreten Einzelfall - soweit mögliche Bedrohungen der Garantie der Menschenwürde sowie des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Betracht kommen - untersagt sei Wegen des ausdrücklichen Fehlens einer **widerlegbaren Vermutung** mit Blick auf die Sicherheit im Drittstaat werden daher von vielen sowohl aus Gründen der Verfassung sowie auch des Völkerrechts erhebliche Bedenken geäußert (13).

Es bleibt festzuhalten, daß die in der Verfassung selbst verankerte Auscludierung eine Vielzahl bislang ungeklärter grundrechtsdogmatischer, verfassungstheoretischer und auch

(9) Günter Renner, a.a.O.; Michael Funke-Kaiser, a.a.O..

(10) Ralf Rothkegel, Ewigkeitsgarantie für das Asylrecht?, in: ZRP 1992, 222 (225).

(11) M. Funke-Kaiser, a.a.O., 5. 30.

(12) Michael Funke-Kaiser, a.a.O., S. 29.

(13) Jutta Kremer, a.a.O., S. 18, Hubert Heinhold, a.a.O., S. 39; Viehtor Pfaff, a.a.O., S. 19; Günter Renner, a.a.O., S. 6; UNHCR, Stellungnahme v. 23.3.1993 an den BT-Innen-ausschuß, S. 6, 10, 12; unklar Ulrich K. Preuß, a.a.O., 5.8.

verfahrensrechtlicher Probleme aufwirft. **Verfassungstheoretisch** ist bemerkenswert, daß die Verfassung mit Art. 16 a II - V GG ihren notwendig fragmentarischen Charakter einer Rahmenordnung für das Asylrecht weitgehend aufzugeben scheint. Im Grunde genommen regelt bereits Art. 16 a II GG mit Blick auf die Drittstaatenkonzeption vieles, was nach herkömmlichen Verfassungsverständnis erst ein Ausführungsgesetz im einzelnen zu regeln hätte. Das erkennbar werdende Bestreben, bereits in der Verfassung die den Grundrechtsanspruch ausschließenden Kriterien konkret festzulegen, stellt daher die **Grundrechtsdogmatik** und Verfassungstheorie vor schwierige Interpretationsfragen. Wohl zum ersten Mal in der Grundrechtsgeschichte der Bundesrepublik wird die wesentliche Ausgestaltung eines Grundrechts nicht dem einfachen Gesetzgeber aufgegeben. Vielmehr übernimmt bereits der verfassungsändernde Gesetzgeber diese Aufgabe. Der Interpretationsspielraum der Grundrechtsdogmatik und auch der des BVerfG wird damit in bislang beispielloser Weise erheblich verengt.

Die bislang nicht ansatzweise geklärte Rechtsfrage im Zusammenhang mit Art. 16 a II 1 GG zielt auf den Spielraum, den der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der inhaltlichen Bestimmung des **personellen Schutzbereichs** des Asylgrundrechts hat. Diese Frage zielt auf den Inhalt der Ausschlußwirkung von Art. 16 a II 1 GG. Ließe Art. 16 a II 1 GG das Asylgrundrecht des Art. 16 a I GG von vornherein nicht entstehen und beseitigte diese Verfassungsnorm zugleich auch die verfahrensrechtliche Schutzwirkung des Grundrechts auf Asyl, könnte der Frage nach der **Verfassungswidrigkeit einer Verfassungsnorm**, nämlich des Art. 16 a II 1 GG, mit all ihren verfassungsprozessualen und verfassungspolitischen Konsequenzen nicht ausgewichen werden. Eine derartige Wirkung von Art. 16 a II 1 GG ist jedoch nicht zwingend. Bevor daher vorschnell die Behauptung verfassungswidrigen Verfassungsrechts aufgestellt wird, ist der verfassungsrechtliche Inhalt des Ausschlußtatbestandes von Art. 16 a II 1 GG näher zu untersuchen. Diese Frage kann aber andererseits nicht ohne Untersuchung des **Grundrechtscharakters** sowie des **Inhalts des Asylgrundrechts** gelöst werden. Wenn dem Asylrecht das durch das **Völkerrecht** vorgegebene **Verbot der Kettenabschiebung** immanent ist, erfordert dies eine methodologische Herangehensweise an die gestellten Fragen von diesem Verbot aus. Erst wenn Inhalt und Umfang sowie Rechtscharakter dieses **Kernelements** eines sowohl verfassungs- wie völkerrechtlich vorgegebenen Grundrechtsschutzes für Flüchtlinge und Asylsuchende hinreichend bestimmt sind, können die durch den materiellen Asylausschluß nach Art. 16 II 1 GG aufgeworfenen Fragen umschrieben und gegebenenfalls einer Lösung zugeführt werden. Dabei wird auch danach zu fragen sein, ob der auf den Drittstaat bezogene Sicherheitsbegriff ganzheitlich definiert werden kann, um eine Aufsplitterung des Rechtsschutzes in Asylrechts- und Menschenwürdeschutzes zu vermeiden.

Das BVerfG hat bislang zum Inhalt des persönlichen Schutzzumfangs des Asylrechts nicht Stellung beziehen müssen. Es hat

zwar wiederholt hervorgehoben, Art. 16 II 2 GG habe das Asylrecht des politisch Verfolgten zum Grundrecht erhoben und damit das Asylrecht, **über das Völkerrecht**, und das Recht anderer Staaten **hinausgehend**, als subjektives Recht ausgestaltet, an das Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gebunden seien (14). Damit hat das Gericht aber lediglich zum **Rechtscharakter** des Individualrechts, nicht aber zu seiner persönlichen Reichweite Aussagen getroffen. In seiner ersten grundlegenden Entscheidung zum materiellen h zur Inhaltsbeas BVerfG aber mit Blick auf den **Umfang** des politischen Asyls die interpretative Leitlinie vorgegeben, auch diese sei "wesentlich bestimmt von der **Unverletzlichkeit der Menschenwürde**, die als **oberstes Verfassungsprinzip** nach der **geschichtlichen Entwicklung** des Asylrechts die Verankerung eines **weitreichenden Asylanspruchs** im Grundgesetz entscheidend bestimmt hat (15).

Für die Bestimmung der persönlichen Reichweite des Asylanspruchs nach Art. 16 a I GG kommt daher der **Menschenwürdegarantie** der Verfassung ein erhebliches Gewicht zu. Zugleich hat das BVerfG auch unmißverständlich klargestellt, daß die **gesetzliche Gestaltungsfreiheit ihre Grenze** in der speziellen Grundrechtsnorm des Art 16 II 2 GG finde. Deren **Reichweite** sei nach der Aufgabe der Asylrechtsgarantie zu bestimmen, die politisch Verfolgten **Schutz** vor den **Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates** sichern solle (16). Die Reichweite der Asylrechtsgarantie des Art. 16 a I GG wird also durch deren Funktion bestimmt, nämlich die **Gewährleistung** eines **effektiven** Schutzes vor Verfolgung nach Maßgabe der **Menschenwürdegarantie**. Dementsprechend ist das Asylrecht von seinem Ansatz her darauf gerichtet, den vor politischer Verfolgung **Flüchtenden** Zuflucht und Schutz zu gewähren (17). Nur wenn der von einem Drittstaat **erkennbar tatsächlich gewährte Schutz** so beschaffen ist, daß er dem Flüchtling eine **hinreichende Sicherheit** vor weiterer Verfolgung und vor Zurückschiebung dorthin oder Weiterschiebung in einen unsicheren anderen Staat gewährleistet, greift der Asylrechtsschutz nicht ein (18). **So weit die Zugriffsmöglichkeiten** der Verfolgungsorgane **reichen** - hinreichender Schutz vor diesen auch nicht durch einen anderen Staat gewährt wird -, so weit reicht damit nach der Verfassung auch der Schutzzumfang des Asylrechts.

Damit sind jedoch lediglich verfassungskräftige **Leitlinien** zur

(14) BVerfGE 54, 341 (356), 56, 216 (235).

(15) BVerfGE 54, 341 (357) - Hervorhebungen durch R.M.; 56, 216 (235).

(16) BVerfGE 56, 216 (236).

(17) BVerfG, InfAuslR 1992, 226 (228).

(18) VerfG, a.a.0..

Bestimmung des Inhalts der persönlichen Reichweite des Asylrechts aufgezeigt worden. Eine präzise dogmatische Struktur zu diesem Rechtsproblem hat das BVerfG bislang jedoch noch nicht entwickelt. Ansatzpunkte hierfür können der Rechtsprechung des BVerwG entnommen werden, welches mit Blick auf den Inhalt der persönlichen Schutzzumfangs des Asylrechts **dogmatisch** zwischen einem **Kernbereich** und einem **Vorhof** des Asylrechts differenziert. Nach seiner Ansicht hat das Grundrecht auf Asyl "zunächst einen **klar umrissenen und unverzichtbaren** Kerngehalt. Es verbürgt demjenigen, der vor politischer Verfolgung Zuflucht sucht, daß er

1. **an der Grenze** des zur Asylgewährung verpflichteten Staates nicht zurückgewiesen wird sowie

2. nicht in einen **möglichen Verfolgerstaat** abgeschoben wird, was einschließt, daß er auch in keinen Staat abgeschoben werden darf, in dem die **Gefahr der weiteren Abschiebung in einen Verfolgerstaat** besteht (19) (**Verbot der Kettenabschiebung**).

Damit sind die dogmatischen Strukturen des Individualanspruchs aus Art. 16 a I GG deutlich geworden: Politisch Verfolgte haben einen Anspruch auf **effektive Schutzgewährung** gegen Zugriffsmöglichkeiten ihres Herkunftsstaates gegenüber den um Asyl ersuchten Staat. Kann dieser die Verantwortung für die verfassungsrechtlich gebotene effektive Gewährleistung von **Verfolgungsschutz** nicht nach zwischenstaatlichen Regeln, die eben diesen Verfolgungsschutz sicherstellen sollen, auf einen dritten Staat übertragen, bleibt er für die Schutzgewährung zuständig. Der Individualanspruch des politisch Verfolgten richtet sich dabei zunächst gegen den um Asyl ersuchten Staat. Die Menschenwürdegarantie verbietet es diesem, den Asylsuchenden einem ungewissen Schicksal auszusetzen. Vielmehr hat er durch geeignete Verfahren und zwischenstaatliche Schutzvorkehrungen sicherzustellen, daß bei einer Abweisung des Asylsuchenden ein anderer Staat effektiven Verfolgungsschutz gewährleistet. Kann er dies nicht sicherstellen, hat er das Schutzbegehren zu prüfen und zu diesem Zweck den Aufenthalt des Asylsuchenden zu gestatten.

Damit ist der Inhalt des Individualanspruchs aus Art. 16 a I GG und somit auch der Inhalt des **persönlichen Schutzzumfangs** der Asylrechtsgarantie dogmatisch klar umrissen. Das BVerwG spricht insoweit von dem **unverzichtbaren Kerngehalt** des Asylrechts (20), von dem es einen hier nicht interessierenden Grundrechtssprache besser: unveräußerliche - Kerngehalt gibt Maß

(19) BVerwGE 49, 202 (205 f.) - Hervorhebungen durch R.M.; bestätigt in: BVerwGE 62, 206 (210); 69, 323 (325).

(20) BVerwGE 49, 202 (205).

und Richtung für verfassungsändernde und einfachgesetzliche Einschränkungen des Asylrechts vor. Hier setzt auch die Aufgabe der Grundrechtsdogmatik an, geltende Grundrechtseinschränkungen auf ihre Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen des Kerngehalts des Asylrechts zu überprüfen. Dabei müssen sich auch die bereits in der Verfassung selbst geregelten Einschränkungen an dieser verfassungsrechtlichen Richtschnur messen lassen.

Dies gilt im besonderen Maße für die Drittstaatenregelung des Art. 16 a II GG. Denn diese kann nur verfassungsrechtlichen Bestand haben, wenn hierdurch nicht der unveräußerliche Kerngehalt des Asylrechts berührt wird. Fraglich ist aber zunächst, in welchem Umfang völkerrechtliche Grundsätze Einfluß auf die Grundrechtstheorie gewinnen und den Inhalt des unverzichtbaren Kerngehalts in seinem Verhältnis zur Drittstaatenregelung mitbestimmen. Das Verbot der **Kettenabschiebung** gibt beredtes Zeugnis von dem Einfluß des Völkerrechts. Denn die hier durchschimmernde Kette berührt die zwischenstaatlichen Beziehungen. Deren rechtlicher Gehalt kann deshalb nicht ausschließlich nach innerstaatlichen Grundsätzen des Verfassungsrechts bestimmt werden.

Die durch Art. 16 a II 1 GG aufgeworfene verfassungsrechtliche Frage kann danach wie folgt umschrieben werden:

"welche materiell-rechtlichen Auswirkungen hat das Verbot der Kettenabschiebung (unveräußerlicher Kernbereich des Asylrechts) auf die Bestimmung von Umfang sowie Grenzen der Ausschlußregelung in Art. 16 a II 1 GG bei Einreisen über einen sicheren Drittstaat? Ist Art. 16 a II 1 GG einer verfassungskonformen Auslegung dahin zugänglich, daß bei Einreise über einen sicheren Drittstaat im konkreten Einzelfall eine Prüfung der Verfolgungssicherheit in diesem Staat geboten ist?"

2.3. Völkerrechtlicher Mindeststandard

2.3.1. Vorbemerkung

Zwar verweist die Gesetzesbegründung **nicht** auf den **völkerrechtlichen Mindeststandard** im Flüchtlingsrecht. Andererseits nimmt diese aber insbesondere bei der verfassungsrechtlichen Absicherung der Drittstaatenregelung auf die Genfer Flüchtlingskonvention sowie deren Anwendung in der Praxis der Staaten Bezug (BT-Drs. 12/4152, S. 4). Da zudem das Asylrecht Sachverhalte mit Auslandsbezug regelt und deshalb den bislang erreichten völkerrechtlichen Konsens nicht gefährden darf, kann bei der Bestimmung auch des **verfassungsrechtlichen** Inhalts des Asylrechts nicht der **völkerrechtliche Mindeststandard** unberücksichtigt bleiben. Das grundrechtsdogmatische Verhältnis zwischen Abs. 1 und 2 von Art. 16 a GG kann also nicht ohne Betrachtung der Beziehungen zwischen dem Asylstaat und dem möglicherweise verantwortlichen Drittstaat ermittelt wer-

den. Was von diesem rechtlich erwartet wird, darf hier nicht unterlaufen werden. Hieraus ergibt sich als **erste These**, daß eine in sich beständige Struktur des Asylgrundrechts aus den Kriterien zu entwickeln ist, die im Flüchtlingsrecht für den zwischenstaatlichen Verkehr gelten. Einen Anhalt hierfür gibt im übrigen auch Art. 16 a V GG.

Würde der Inhalt der Asylrechtsgarantie nach Art. 16 a I GG unter Absehung vom völkerrechtlichen Mindeststandard bestimmt werden, stünde die Grundrechtstheorie der nächsten Grundrechtsänderung hilflos gegenüber. Es folgt hieraus die **zweite These**, derzufolge es Aufgabe der Grundrechtsdogmatik ist, die bereits im völkerrechtlichen Flüchtlingsrecht entwickelten positiven Ansätze auch für die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Inhalts der Asylrechtsgarantie fruchtbar zu machen. Auch in der Rechtsprechung des BVerfG ist eine zunehmende Tendenz auszumachen, Grundgedanken des verfassungsrechtlichen Asylrechts aus dem Völkerrecht abzuleiten. So hat das Gericht festgestellt, die Asylrechtsgarantie knüpfe **inhaltlich** an das **völkerrechtliche Institut des Asylrechts** an (21). Mit dieser Garantie habe das zur individuellen Garantie ausgestaltet werden sollen, was zur damaligen Zeit als Asyl und Asylrechtsgewährung begriffen worden sei (22) und was als Gegenstand des Flüchtlingsvölkerrecht Anerkennung gefunden hätte (23)..

Die verfassungsrechtliche Gestaltung des Asylrechts gehe zwar über das Völkerrecht hinaus, schaffe aber kein neues Rechtsinstitut. Es habe vielmehr seinen Grund im bestehenden Institut des völkerrechtlichen Asyls (24)..Damit kommt völkerechtlichen Grundsätzen eine gewichtige Bedeutung bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Asylrechts zu. Für die verfassungsrechtlich vorgegebene Grenze der Gestaltungsfreiheit auch des verfassungsändernden Gesetzgebers ist deshalb mit Blick auf die Drittstaatenkonzeption die Bezugnahme auf das Völkerrecht unerlässlich. Zwar darf das innerstaatliche Recht bei Beachtung der völkerrechtlichen Regelungstradition über das Völkerrecht **hinausgehen**. Als **dritte These** wird für die weitere Untersuchung aber der Grundsatz aufgestellt, daß auch der verfassungsändernde Gesetzgeber die Regelungstradition des Völkerrechts nicht **unterschreiten** darf.

Zur Bestimmung der Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit ist das vom BVerfG aus dem Völkerrecht abgeleitete Erfordernis eines **kausalen Zusammenhangs** zwischen **Verfolgung**

(21) BVerfGE 74, 51 (57); 76, 143 (156); 80, 315 (334).

(22) BVerfGE 74, 51 (57).

(23) BVerfGE 80, 315 (334).

(24) BVerfGE 74, 51 (57).

und **Flucht** (25) von besonderer Bedeutung. Denn bei der inhaltlichen Präzisierung der Drittstaatenregelung knüpft das BVerfG ausdrücklich an diesen Zusammenhang an und stellt den Grundsatz auf, daß dieser Zusammenhang nur dann nicht mehr bestehe, wenn ein anderer Staat hinreichende Sicherheit gewähre (26). Das BVerfG hat zwar nicht ausdrücklich auf den völkerrechtlichen Grundsatz des Non-Refoulement Bezug genommen. Der vom Völkerrecht vorgegebenen Zusammenhang zwischen Verfolgung und Flucht kann jedoch rechtlich nur auf der Grundlage dieses Prinzips bestimmt werden. Seitdem das vom Bundesjustizministerium im Auftrag gegebene Rechtsgutachten von **Jochen Abr. Frowein und Andreas Zimmermann** (27) der wissenschaftlichen Öffentlichkeit bekannt geworden ist, herrscht jedoch erneut Unsicherheit über den Umfang der Reichweite des völkerrechtlichen Verbots des Refoulement.

Während nämlich das BVerwG das **Zurückweisungsverbot** zum Kerngehalt des verfassungsrechtlichen Asylrechts rechnet, behaupten die Verfasser des erwähnten Rechtsgutachtens, es könne nicht sicher festgestellt werden, daß das Verbot der Zurückweisung von Flüchtlingen an der Grenze bereits heute geltendes Völkerrecht sei (S. 41) (28). Damit wird ein im völkerrechtlichen Schrifttum seit langem geklärter Streit für die Bundesrepublik wieder aktuell. Die Inhaltsbestimmung des unveräußerlichen Kerngehalts des Asylrechts setzt deshalb eine Klärung dieser Streitfrage voraus. Sie ist auch deshalb erforderlich, weil der Gesetzgeber mit § 18 II Nr. 1 AsylVfG offensichtlich die einschränkende Ansicht des Gutachtens übernommen hat. In Fällen der Einreise über einen sicheren Drittstaat ist nämlich die Einreise zu verweigern (§§ 18 II Nr. 1; 26 a AsylVfG), ohne daß in diesem Fall das besondere Verfahren nach § 18 a AsylVfG Anwendung findet. Andererseits bekräftigt der Gesetzgeber für die Fallgruppen des § 18 a I AsylVfG die Rechtsansicht des BVerwG.

2.3.2. Inhalt des Prinzips des Non-Refoulement

Nach Art. 33 I GFK wird kein Vertragsstaat einen Flüchtling

(25) BVerfG, a.a.O..

(26) BVerfG, InfAuslR 1992, 226 (228 f.).

(27) Jochen Abr. Frowein/Andreas Zimmermann, Rechtsgutachten zu der Frage: Welche Mindeststandards ergeben sich aus der Genfer Flüchtlingskonvention und der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) für die Behandlung eines Asylsuchenden?, 11.9.1992.

(28) Ohne nähere Auseinandersetzung hiermit übernimmt Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 2 u. 6, diese einschränkende Ansicht.

auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben aus den in der GFK genannten Gründen bedroht sein würde. Der Gesetzgeber hat dieses durch Ratifizierung bereits unmittelbar geltende innerstaatlich Verbot des Art. 33 I GFK in § 51 I AuslG (früher: § 14 I 1 AuslG a.F.) erneut in Form des Abschiebungsverbotes geregelt. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 33 GFK wurde früher der Schluß gezogen, daß dieses Verbot nach dem Willen der Staaten nicht für Flüchtlinge an der Grenze gelten sollte. So vertrat z.B. der schweizerische Delegierte während der Diskussion die Ansicht, das Wort **"return"** (**"refouler"**) solle nur auf jene Flüchtlinge Anwendung finden, die bereits in das Land eingereist seien. Demzufolge seien die Staaten nicht verpflichtet, größeren Gruppen von Flüchtlingen zu erlauben, ihre Grenze zu überqueren. Zahlreiche Delegierte bekundeten hierzu ihre Zustimmung (29).

Auf einer weiteren Lesung wiederholte der niederländische Delegierte die Auffassung, daß der Begriff **"expulsion"** (Ausweisung) sich auf Personen beziehe, denen bereits rechtmäßiger Aufenthalt gewährt worden sei, während der Begriff **"return"** oder **"Refoulement"** (Zurückweisung) Personen erfasse, die bereits eingereist seien, denen aber noch kein rechtmäßiger Aufenthalt gewährt worden sei. Nach dieser Interpretation begründe Art. 33 GFK im Falle von größeren Flüchtlingsgruppen keinerlei Verpflichtung der Staaten zu deren Aufnahme. Ohne formelle Abstimmung wurde diese Ansicht durch den Präsidenten der Konferenz zu Protokoll genommen (30). **Nemiah Robinson** zog 1953 aus dieser Entstehungsgeschichte den scharfen Schluß, Art. 33 GFK finde Anwendung nur auf jene Flüchtlinge, die bereits legal oder illegal das Staatsgebiet betreten hätten, aber nicht auf jene Asylsuchenden, die an der Grenze Einlaß begehrten. Kein Staat könne daher davon abgehalten werden, Flüchtlingen an seiner Grenze die Einreise zu verweigern. Habe es ein Flüchtling geschafft, unter Umgehung der Grenzkontrollen in das Land zu kommen, sei er sicher. Mißlinge ihm dies, habe er Pech gehabt (31). Zugleich wandte er aber auch kritisch ein, daß dies keine befriedigende Lösung des Flüchtlingsproblems sei (32).

Noch 1962 stimmte **Otto Kimminich** dieser Ansicht von **Nemiah Ro-**

(29)S. hierzu im einzelnen. Paul Weis, Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 relating to the Status of Refugees, in: BYIL 1953, 479 (482 f.).

(30) Paul Weis, a.a.0

(31)**Nemiah Robinson**, Convention relating to the Status of Refugees, New York, 1953, S. 163.

(32)**Nemiah Robinson**, a.a.0..

binson freilich mit Bedauern zu (33). Auch **Atle Grahl-Madsen** wies noch 1972 darauf hin, daß Art. 33 GFK Flüchtlingen kein Recht auf Einlaß gewähre (34). Und auch noch 1976 vermochte der damalige Hohe Flüchtlingskommissar **Sadrudin Aga Khan** keinen anderen Befund festzustellen. Er wies aber zugleich auch auf den weitergehenden **regionalen Standard** hin (35). Gegen die zurückhaltenden Stimmen ist einzuwenden, daß nach Art. 32 WÜV die Entstehungsgeschichte eines Vertrages nur ergänzend zur Auslegung seiner Bestimmung herangezogen werden kann. Vorrangig ist demgegenüber die Auslegung eines Vertrages im Lichte seines Zieles und Zweckes (Art. 31 I WÜV). Schon die Entstehungsgeschichte des Konvention ist jedoch nicht derart eindeutig, daß aus ihr mit hinreichender Bestimmtheit abgeleitet werden kann, daß die Staatenvertreter den **einzelnen** um Asyl nachsuchenden Flüchtlingen an der Grenze nicht geschützt wissen wollten. Negativ ausgedrückt ist es gewiß nicht das Ziel der GFK, Flüchtlingen Aufnahme und Asyl zu gewähren. Aus der Entstehungsgeschichte wird aber deutlich, daß man sich gegen ein Recht auf Asyl bei Massenfluchtbewegungen wandte. Deshalb wird auch zutreffend eingewandt, aus der Entstehungsgeschichte lasse sich allenfalls herleiten, daß die Staatenvertreter ein Aufnahmerecht bei Massenfluchtbewegungen abgelehnt hatten (36). Die Entstehungsgeschichte ist damit nicht derart eindeutig, daß aus ihr hergeleitet werden könnte, ein Recht des einzelnen Asylsuchenden vor Zurückweisung an der Grenze sei übereinstimmend abgelehnt worden.

Die Entstehungsgeschichte der Konvention bleibt damit unergiebig. Was den vorrangig zu betrachtenden Zweck der Konvention betrifft, ist es ist sicherlich zutreffend, daß ein breiter Staatenkonsens über die Gewährung eines Asylrechts für Flüchtlinge nicht festgestellt werden kann (37). Eine derartige Zweckrichtung kann daher in die Konvention nicht hineingelesen werden. So wurde auch bei den Beratungen über die Asylrechtsdeklaration von 1967 von den Staatenvertretern hervorgehoben, daß das in Art. 33 GFK enthaltene Prinzip den Staaten bei Massenfluchtbewegungen (**„mass migration“**) keine rechtlichen Ver-

(33) Otto Kimminich, Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings, Köln u.a., 1962, S. 327.

(34) Atle Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law, Bd. 2, Leyden 1972, S. 94.

(35) Sadrudin Aga Khan, Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons, in: *Lecueil des Cours* 1976, 287 (318); ähnl. Rainer Hoffmann, Refugee Law in Africa, Law and State, 1989 (Bd. 39), S. 79 (85).

(36) Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 219.

(37) Sadrudin Aga Khan, a.a.O.; O. Kimminich, a.a.O..

pflichtungen auferlege (38). Eine an der Zweckrichtung der Konvention orientierte Auslegung kommt damit zu dem Ergebnis, daß keine ihrer Regelungen dahin interpretiert werden kann, es solle durch sie ein Recht auf Aufnahme und Asylgewährung begründet werden. Art. 33 GFK darf also nicht in einer Weise ausgelegt werden, daß hierdurch Flüchtlingen ein dauerhafter Aufenthalt gewährt werden soll.

Darin allein erschöpft sich der Zweck von Art. 33 GFK jedoch nicht. Vielmehr zielt diese Norm zuallererst auf die Vermeidung des Eintritts eines **extraterritorialen Effekts**: Die Staaten verpflichten sich alles zu unterlassen, was letztendlich ("auf irgendeine Weise") dazu führen könnte, daß ein Flüchtling "über die Grenzen" von Gebieten, in denen er verfolgt wird, gelangt. Schon die Wortlautauslegung (39) legt damit ein Verständnis von Art. 33 GFK nahe, demzufolge der Staat den Flüchtling **nicht** an der Grenze zurückweisen darf, wenn dieser als Folge der Zurückweisung in den Zugriffsbereich des Verfolgerstaates geriete. Bereits 1954 stellte daher der als geistiger Vater des modernen Flüchtlingsrechts bezeichnete ehemalige Rechtsbearater beim UNHCR, **Paul Weis**, fest, daß Art. 33 GFK den Staaten eine zwingende Verpflichtung auferlege, sich jeglicher Maßnahmen zu enthalten, die dazu führen könnten, daß ein Flüchtling in den behaupteten Verfolgerstaat verbracht werde. Zwar hätten die Staaten ein uneingeschränktes Recht, den Zugang zu ihrem Gebiet zu regeln. Es entwickle sich jedoch eine gewohnheitsrechtliche Regel, derzufolge die Staaten bona fide Flüchtlingen den Zugang nicht verweigern dürften, wenn dies im Ergebnis dazu führen würde, daß der Flüchtling der Verfolgung ausgesetzt werde. Hieraus folge zwar nicht die Anerkennung eines dauernden Aufenthaltsrechtes. Der den Zugang gewährende Staat könne jedoch nur auf der Grundlage seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen den Flüchtlingen an einen dritten Staate verweisen (40).

Der rechtlich maßgebliche Inhalt von Art. 33 GFK zielt damit auf eine **staatliche Unterlassungspflicht**. Er **verbietet** alle staatlichen Maßnahmen, welche im Ergebnis dazu führen, daß der Asylsuchende dem Zugriff seines Verfolgerstaates ausgesetzt wird (41). Mit dieser Bedeutung wird Art. 33 GFK heute in der

(38) Paul Weis, The United Nations Declaration on Territorial Asylum, in: Canadian Yearbook of International Law 1969, 92 (124).

(39) So auch Walter Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement, Bern/Frankfurt a.M. 1982, S. 105 ff..

(40) Paul Weis, The International Protection of Refugees, in AYIL 1954, 193 (198 f.).

(41) Guy S. Goodwin-Gill, Non-Refoulement and the New Asylum- Seekers, in: VirginiaJIL 1986, 897 (902 f.)

Staatenpraxis allgemein angewandt (42). Aus diesem Grund wird auch hervorgehoben, daß eine grammatikalische, teleologische und an der nachfolgenden Praxis (Art. 31 III Nr. b WÜV) orientierte Interpretation von Art. 33 GFK in den Schutzbereich dieser Norm auch das Verbot der Zurückweisung an der Grenze einbeziehen müsse (43). Über den damit ermittelten Inhalt des völkerrechtlichen Prinzips des Non-Refoulements kann im völkerrechtlichen Schrifttum heute nahezu Übereinstimmung festgestellt werden (44). Zahlreiche internationale und regionale Erklärungen und Verträge beziehen ausdrücklich das Zurückweisungsverbot an der Grenze in den Schutzbereich des Refoule-

(42) Robert C. Sexton, Political Refugees, Non-Refoulement and State Practice: A Comparative Study, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law 1985, 731 (739 f.); Ivor C. Jackson, Territoriales Asylrecht, in: Menschenrechte und Flüchtlingsbetreuung, Otto Benecke Stiftung (Hrsg.), Bonn 1978, S. 71 (79).

(43) Walter Kälin, Grundriß des Asylverfahrens, S. 219; ders., Das Prinzip des Non-Refoulement, S. 105 ff.; Matthias Menke, Bedingungen einer Asylgesetzgebung der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1993, S. 172 ff.

(44) Prakash S. Sinha, Asylum and International Law, The Hague 1971, S. 110 f.; Florentino P. Feliciano, Non-Refoulement, in: Symposium on the Promotion, Dissemination and Teaching of Fundamental Human Rights of Refugees, UNHCR (Hrsg.), 1982, S. 20 ff.; Guy S. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law, Oxford 1983, S. 76 ff. (78); Deborah Perluss/Joan F. Hartman, Temporary Refuge, Virginia JIL 1986, 551 (599f.); Robert C. Sexton, a.a.O.; Kay Hailbronner, Das Refoulement-Verbot und die humanitären Flüchtlinge, in: ZAR 1987, 1 ff. (5); James Crawford/Patricia Hyndman, Three Heresies in the Application of the Refugee Convention, in: IJRL 1989, 157; Arthur C. Helton, What is Refugee Protection?, in: IJRL (Special Issue 1990), S. 119 (123); James C. Hatheway, The Law of Refugee Status, Toronto u.a. 1991, S. 26f.; Gunnar Stenberg, Non-Expulsion and Non-Refoulement, Uppsala 1989, S. 253, 257, 261; a.M. Ernst Reichel, Das staatliche Asylrecht "im Rahmen des Völkerrechts", Berlin 1987, 41.

- 20 -

mentverbotes ein (45). Auch wenn man einer eher zurückhaltenden Auslegung zuneigt, darf die **europäische Staatenpraxis**, also regionales Gewohnheitsrecht, nicht unberücksichtigt bleiben. Unter den europäischen Staaten aber ist allgemein anerkannt, daß das Refoulementverbot von Art. 33 GFK die Zurückweisung an der Grenze mitumfaßt (46).

Es bleibt freilich eine schmale Gratwanderung zwischen der Ablehnung des Aufnahmeanspruchs im Rahmen von Massenfluchtbewegungen einerseits sowie dem zugunsten des einzelnen wirkenden völkerrechtlichen Schutzgebot auf Unterlassung von Zwangsmaßnahmen andererseits. Dieser schmale Grat entscheidet über die Effektivität des völkerrechtlichen Rechtsschutzes: Wer das Zurückweisungsverbot an der Grenze nicht als rechtliche Verpflichtung bewerten will, verweist auf den Widerstand der Staaten, eine Verpflichtung zur Asylgewährung eingehen zu wollen (47). Wer demgegenüber insbesondere diesen Aspekt zum Kernbestand des Völkerrechts zählt, verweist auf die extraterritoriale Dimension des Refoulementverbotes, welches zur Folge hat, daß jedenfalls zur Identifizierung der völkerrechtlichen Pflicht aus Art. 33 GFK ein gewisser Verfahrens- und vorläufig wirkender Aufenthaltsschutz unerläßlich ist (48). Inhalt und Umfang der Drittstaatenregelung sind aus diesem engen Grad zu entwickeln.

2.3.3. Der Rechtscharakter des Refoulementverbotes

Das erwähnte Rechtsgutachten von **Jochen Abr. Frowein und Andreas Zimmermann** gibt Anlaß, die Frage der **Rechtsbeständigkeit** des ReRefoulementverbotes näher zu

untersuchen. Das Gutachten stellt einerseits fest, in der **Praxis** der meisten Staaten wür-

(45) S. hierzu im einzelnen: Reinhard Marx, Eine menschen rechtliche Begründung des Asylrechts, Baden-Baden 1984, S. 116; Atle Grahl-Madsen, International Refugee Today and Tomorrow, in: AVR 1982, 411 (437); s. auch Sadruddin Aga Khan, a.a.0.

päi (46) Kay Hailbronner, Möglichkeiten und Grenzen einer euro
schen Koordinierung des Einreise- und Asylrechts, Baden
Baden 1989, S. 39; ebenso: Matthias Menke, a.a.0., S. 174
f..

(47) Ernst Reichler, a.a.0., S. 40 f..

F. (48) Patricia Hyndman, a.a.0., S. 153; Deborah Perluss/Joan
Hartman, a.a.0., 599; Robert C. Sexton, a.a.0., S. 730;
Guy S. Goodwin-Gill, a.a.0., S. 73; W. Kälin, a.a.0., S.
86; wohl auch: David Kennedy, International Refugee Pro
tection, in. HRQ 1986, S. 1 (60 ff.); David A. Martin,
Large-Scale Migrations of Asylum Seekers, in: AYIL 1982,
S. 598 (603 ff.).

de zwar auch das Zurückweisungsverbot an der Grenze respektiert (S. 40). Bezweifelt wird lediglich, ob hieraus auf eine dahinterstehende Rechtsüberzeugung geschlossen werden könne (S. 41). Die Staatenlosenkonferenz stellte 1954 in Abschnitt IV der Schlußakte den Grundsatz auf, Art. 33 GFK sei Ausdruck eines allgemein anerkannten Grundsatzes. Sie bestätigte damit jedoch lediglich den bereits damals herrschenden Grundsatz, . demzufolge das Refoulementverbot bereits Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts geworden war (49). **Atle Grahl-Madsen** weist darauf hin, daß dieses Verbot Ausdruck eines fundamentalen Prinzips zivilisierter Nationen und als solches eines der Grundpfeiler des Völkerrechts sei(50).

Andererseits wird zurückhaltend argumentiert, verschiedene Faktoren wiesen daraufhin, daß das Refoulementverbot ein in der Entwicklung begriffenes Gewohnheitsrecht sei, jedoch dieses Stadium noch nicht erreicht habe(51). Hiergegen wird eingewandt, Art. 33 GFK habe generellen Charakter und seine Anwendung in der Staatenpraxis rechtfertige das vom Internationalen Gerichtshof für das Aufspüren einer gewohnheitsrechtlichen Regel geforderte Urteil einer einheitlichen und konsistenten Praxis. Vollständige Einheitlichkeit und Konsistenz könne aber nicht verlangt werden. Vielmehr reiche es aus, wenn in der Praxis einzelner Staaten oder generell in der Staatenpraxis dieselbe gewohnheitsrechtliche Regel angewandt werde(52). Im Hinblick auf das Refoulementverbot im allgemeinen und auf Art. 33 GFK im besonderen könne festgestellt werden, daß gewichtige Gründe das Urteil einer einheitlichen Staatenpraxis rechtfertigten, auch wenn einzelne Staaten gelegentlich Flüchtlinge in den Verfolgerstaat verbringen würden(53). Auch die geforderte Rechtsüberzeugung (**opinion iuris**) könne in der Staatenpraxis nachgewiesen werden(54).

(49) Otto Kimminich, Die Entwicklung des internationalen Flüchtlingsrechts, in: AVR 1982, 369 (399); Patricia Hyndman, Refugees under International Law, in: The Australian LJ 1986, 148 (153 f.); Guy S. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law, S.97 ff.; Paul Weis, International Protection of Refugees, in: AYIL 1954, 199; Robert C. Sexton, a.a.O., S. 737; Prakash S. Sinha, a.a.O., S. 160.

(50) Atle Grahl-Madsen, Identifying the World's Refugees, in: AAPSS 1983, 11 (14).

(51) Walter Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement, S. 72.

(52) Gunnel Stenberg, a.a.O., S. 275 f..

(53) Gunnel Stenberg, a.a.O., S. 278; zust. jetzt wohl Walter Kälin, Grundriß des Asylverfahrens, S. 218 f..

(54) Gunnel Stenberg, a.a.O., S. 278.

Aus diesen Gründen kann dem erwähnten Rechtsgutachten nicht gefolgt werden. Während die Verfasser einerseits eine einheitliche und konsistente Praxis der Beachtung des Refoulementverbots feststellen, hegen sie andererseits Zweifel, ob hieraus Rückschlüsse auf eine dahinterstehende Rechtsüberzeugung gezogen werden könnten oder diese Praxis lediglich humanitären Überlegungen entspreche (S. 41). Die Tatsache, daß selbst Staaten, welche nicht die Konvention ratifiziert haben, kein Recht für sich behaupten, politische Flüchtlinge zurückzuweisen, ist jedoch ebenso überzeugender Beleg für eine entsprechende gemeinschaftliche **Rechtsüberzeugung (communis opinio iuris)** wie der Umstand, daß bei Diskussionen und Beschlußfassungen der Generalversammlung über das Refoulementverbot kein Staatenvertreter formalen Protest hiergegen erhebt. Weiterhin behauptet kein Staat das Recht auf Zurückweisung, wenn UNHCR im Einzelfall interveniert(55). Im Gegenteil, Verletzungen des Refoulementverbotes einschließlich von Zurückweisungen von Flüchtlingen an der Grenze sind in der Vergangenheit durch andere Staaten und UNHCR deutlich kritisiert worden(56). Hier wird nicht nur eine lediglich unverbindliche moralische Intention, sondern die **nachweisbare** Rechtsüberzeugung der Staaten des Inhalts evident, daß sie **kein Recht** haben, einen Flüchtling dem Zugriff seines Verfolgerstaates auszusetzen.

Die Berichte des UNHCR gehen noch einen Schritt weiter und sprechen dem Prinzip des Non-Refoulement sogar den Charakter von **jus cogens** zu(57), so daß dieser Grundsatz selbst durch nachfolgende entgegengesetzte Übung nicht verändert werden könnte. Festzuhalten bleibt, daß das Refoulementverbot nach Art. 33 GFK Flüchtlinge auch vor Zurückweisung an der Grenze in dem Sinne schützt, daß die Staaten sich aller Zwangsmaßnahmen zu enthalten haben, welche zur Verbringung des Flüchtlings in den Verfolgerstaat führen. Ob man dieses Verbot für schlechthin unveränderbar ansieht oder nicht, kann dahinstehen. Jedenfalls ist es mit diesem Inhalt Teil des derzeit geltenden allgemeinen Völkerrechts und damit über Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts. Dies ist bei der Inhaltsbestimmung des verfassungsrechtlichen Asylrechts und der Festlegung seiner einschränkenden Grenzen zu beachten.

2.3.4. Notwendigkeit zwischenstaatlicher Zuständigkeitsabkommen

(55)Gunnel Stenberg, a.a.O., S. 279.

(56)Guy S. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law, S. 77.

(57)UNHCR, Report, UN Doc. E/1985/62 (1985), Rdn. 22 f; Un Doc E/18989/64 (1989), Rdn. 24; krit, zust. D.Perluss/J.F. Hartman, a.a.O., S. 600.

Aus der Analyse des geltenden Völkerrechts ist deutlich geworden, daß das Prinzip des Non-Refoulement zwar kein dauerhaftes Asylrecht gewährt, jedoch den extraterritorialen Effekt des Zugriffs des Verfolgerstaates auf den Flüchtling zwingend verhindern will. Auch das BVerfG spricht von der effektiven Verhinderung des Zugriffs der Verfolgungsorgane auf den politisch Verfolgten. BVerfG und BVerwG haben zur präzisen Bestimmung des unveräußerlichen Kernbereichs des Asylrechts Bezug auf das Verbot der Kettenabschiebung genommen. Es ist evident, daß die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einschränkung der Asylrechtsgarantie nach Maßgabe dieser völkerrechtlichen Vorgaben zu beurteilen ist. Der unveräußerliche Kernbereich des Asylrechts zielt auf den effektiven Verfolgungsschutz, zunächst also auf ein Unterlassen. Die Frage, ob dieser Verfolgungsschutz durch Einlaßgewährung oder durch Verweisung an einen anderen Staat gewährleistet werden kann, ist abhängig von den zwischenstaatlichen Beziehungen sowie den Verhältnissen im anderen Staat.

In einer neueren Monographie wird jedoch daran festgehalten, daß der Flüchtling das Recht habe, sein Zufluchtsland frei zu wählen⁽⁵⁸⁾. Eingeräumt wird aber zugleich, daß dieses Prinzip zunehmend, insbesondere durch europäische Staaten, in Frage gestellt werde. Derartige Bestrebungen seien jedoch mit dem Geist der Konvention unvereinbar⁽⁵⁹⁾. Aber auch die eher zurückhaltenden Stimmen kritisieren die extensive Ausdehnung des Prinzips des Erstasyls in den letzten Jahren in Europa⁽⁶⁰⁾. UNHCR ExCom⁽⁶¹⁾ Empfehlung Nr. 15 (XXX) aus dem Jahre 1976 fordert die Staaten auf, Asylrecht nicht deswegen zu versagen, weil der Flüchtling in einem anderen Staat hätte Schutz beantragen können. Das seit Beginn der achtziger Jahre in Europa zu beobachtende Phänomen der **irregulären Einreise** hat jedoch zu einer drastischen Verschärfung der Staatenpraxis geführt. Jede europäische Regierung neigt dazu, das Problem aus ihrer eigenen nationalen Perspektive zu betrachten sowie auf Kosten des Nachbarn Lösungen zu finden. Seitdem hat sich ein Trend entwickelt, Asylsuchenden auf Kosten der Nachbarstaaten durch eine enge Auslegung des Prinzips des ersten Asyls den Zugang zum Verfahren abzuschneiden. Asylpolitik besteht seitdem in Europa vorrangig in der Umwälzung der Last entweder auf das

(58) James C. Hatheway, a.a.O., S. 46 ff.; dagegen Gunnell Stenberg, a.a.O., S. 86.

(59) S. James C. Hatheway, a.a.O..

(60) Gunnell Stenberg, a.a.O., S. 123.

(61) UNHCR ExCom = Exekutiv-Komitee für das Programm des
Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen.

Nachbar- oder auf das Ersttransitland(62).

Es ist evident, daß eine derartige Staatenpraxis dem Zweck der Konvention zuwiderläuft, weil eine zwischenstaatliche Politik der negativen Kompetenzabgrenzung Flüchtlinge einem ungewissen Schicksal und einem erheblichen Risiko des Refoulements aussetzt. Mit der Dubliner Konvention sowie dem Schengener Zusatzabkommen sind zwischenstaatliche Abmachungen getroffen worden, durch vertragliche Festlegung des verantwortlichen Staates für die Behandlung eines Asylbegehrens dem entstandenen Chaos in der europäischen Flüchtlingspraxis entgegenzuwirken. Bloße Kompetenzabsprachen allein gewährleisten jedoch noch keinen effektiven Rechtsschutz für Flüchtlinge. Aus völkerrechtlicher Sicht stellt sich daher die für Art. 16 a II GG entscheidende Frage, ob zwingend vertragliche Zuständigkeitsabkommen geboten sind(63) und welche völkerrechtlichen Mindestanforderungen an diese zu stellen sind.

Völkerrechtlich entscheidend ist das Kriterium der **Schutzbedürftigkeit**. Ein Flüchtling ist schutzbedürftig im Sinne der Konvention, wenn er noch keinen dem Standard der Konvention entsprechenden Schutz erlangt hat sowie insbesondere auch nicht durch einen anderen Staat gegen Abschiebung und Zurückweisung in seinen Herkunftsstaat geschützt ist. Ob ihm ein derartiger Schutzanspruch durch einen anderen Staat zusteht, ist abhängig davon, ob er in einem Vertragsstaat der GFK das Recht hat, einen Antrag auf Feststellung seiner Flüchtlingeigenschaft stellen zu können(64) und dieses Verfahren bestimmten völkerrechtlichen Mindestanforderungen entspricht. Da nach allgemeinem Völkerrecht die Staaten lediglich zur Übernahme der eigenen Staatsangehörigen verpflichtet sind und weder die bloße Durchreise noch sonstige Indizien die Übernahmepflicht zugunsten eines Flüchtlings begründen, bleibt die Schutzbedürftigkeit des Flüchtlings fortbestehen. Anspruch auf Übernahme und Durchführung eines Feststellungsverfahrens durch einen dritten Staat hat dieser grundsätzlich nur dann, wenn die Übernahme durch vertragliche Verpflichtungen **verbindlich** geregelt ist.

(62) Zum Ganzen: Reinhard Marx, Anforderungen an ein europäisches Asylrecht, in: Kritische Justiz 1992, 405 (406 ff.) m.w.Hw..

(63) So wohl: Kay Hailbronner, The Concept of 'Safe Country' and Expeditious Asylum Procedures; A Western European Perspective, in: IJRL 1993, S. 31 (60).

(64) Christoph Bierwirth/Ralph Göbel-Zimmermann, Handlungsspielräume und Grenzen einer Änderung des Asylrechts, in ZRP 1992, 470 (474).

Ein derartiger Anspruch(65) steht im übrigen nur dem um Asyl ersuchten Staat gegen den zuständigen Vertragsstaat zu, da das Völkerrecht keine subjektiven Rechte von Einzelpersonen kennt. Für den einzelnen Flüchtling besteht bei derartigen völkerrechtlichen Absprachen andererseits stets das Risiko, daß sich keiner der betroffenen Staaten an die Abmachungen hält. Zur effektiven Verhinderung dieses Risikos muß ihm aus völkerrechtlicher Sicht Gelegenheit gegeben werden, Behauptungen über die fehlende Übernahmebereitschaft des anderen Staates gegenüber dem Staat vorzutragen, auf dessen Gebiet bzw. an dessen Grenze er sich aufhält. Jedenfalls folgt aus diesen Überlegungen, daß das Prinzip des Non-Refoulement regelmäßig eine **vertragliche Grundlage** für die Verweisung eines Flüchtlings an einen dritten Staat erfordert. Denn nur eine hinreichend bestimmte und klare Zuständigkeitsabsprache verhindert, daß der Flüchtling nicht dem Zugriff seines Herkunftsstaates ausgesetzt wird.

Für ihren Zuständigkeitsbereich haben die EG- und Schengener Vertragsstaaten vertragliche Abmachungen zur Bestimmung des zuständigen Staates zu Behandlung des Asylbegehrens geschaffen. Im Grundsatz gilt, daß ein Asylsuchender nur nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen an einen anderen Vertragsstaat verwiesen werden darf. Art. 3 V der-Dubliner Konvention erlaubt den Staaten jedoch auch die Verweisung an einen Staat, der nicht Vertragsstaat ist. Eine identische Regelung enthält Art. 29 II 2 des Schengener Zusatzabkommens. Beide Normen besagen, daß ein Vertragsstaat nicht verpflichtet ist, den Asylsuchenden an den nach dem Abkommen zuständigen Staat zu verweisen. Vielmehr behalten sich die Vertragsstaaten das Recht vor, in Übereinstimmung mit ihrem nationalen Recht und mit völkerrechtlichen Verpflichtungen den Asylsuchenden an einen anderen Staat zu verweisen, der nicht Vertragsstaat ist, also regelmäßig ein Staat der sog. Dritten Welt. Damit wird dem erklärten Ziel dieser Verträge, nämlich das Entstehen von **'1refugees in orbit'** zu verhindern, zuwidergehandelt. Auch verweigern diese Bestimmungen dem Asylsuchenden das Recht, das ihr Asylgesuch wenigstens in einen der Vertragsstaaten geprüft und entschieden wird(66).

Grundlage für die damit **eröffnete vertragslose Verweisung** sind vertragliche Bestimmungen. Damit der Flüchtling nicht in die Gefahr des Refoulement gerät, wird mit Blick auf die vertragslose Verweisung gefordert, daß der die Rückführung planende

(65)Ohne Problematisierung verwenden Christoph Bierwirth/ Ralph Göbel-Zimmermann, a.a.O., den Begriff Anspruch des Flüchtlings, obwohl es um zwischenstaatliche Beziehungen geht.

(66).J. Bolten, From Schengen to Dublin: The new frontiers of refugee law, in: Schengen, H. Meijers u.a., Utrecht 1991, S. 8 (25).

Staat zuvor ausdrücklich die **Zustimmung** des dritten Staates zur Rückübernahme des Asylsuchenden einholt (67). Da weder familiäre Bindungen noch frühere Aufenthalte im Drittstaat dessen Verpflichtung zur Rückübernahme begründeten, sei es offensichtlich, daß die Verweisung nur erfolgen dürfe, sofern die zuständigen Organe **vorher** die Zusicherung abgegeben hätten, dem Flüchtling Einlaß und Zugang zum Asylverfahren zu gewähren. Eine derartige Zustimmung, die als **conditio sine qua non** für die Verweisung bezeichnet wird, könne entweder (bei vertragslosem Verkehr) in jedem Einzelfall oder auf der Grundlage eines bi- oder multilateralen Vertrages gegeben werden. Dabei sei auch zu bedenken, daß allgemeine **Schubabkommen**, welche die Rückübernahmeverpflichtungen von Ausländern allgemein regelten, hierfür nicht ausreichten. Vielmehr müßten derartige Abkommen ausdrücklich die Rückübernahme von Asylsuchenden regeln (68). UNHCR ExCom Empfehlung Nr. 15 (XXX) über Flüchtlinge ohne Asylland empfiehlt den Staaten in diesem Zusammenhang ausdrücklich, daß derartige Abkommen auf Asylsuchende nur unter **Berücksichtigung ihrer besonderen Lage** angeandt werden sollen.

Die bloße vertragliche Absprache beendet andererseits nicht ohne weiteres die Schutzbedürftigkeit des Flüchtlings. Vielmehr muß darüber hinaus auch gesichert sein, daß die Bestimmungen der GFK in effektiver Weise im Drittstaat angewandt werden (Art. 16 a 11 1 GG). Da die GFK kein Feststellungsverfahren enthält, ist unklar, was im einzelnen der Begriff der Anwendung der GFK meint. UNHCR verlangt in diesem Zusammenhang, erstens, die Gewährleistung eines wirksamen Schutzes vor Abschiebung im Drittstaat sowie, zweitens, die Ermöglichung des Aufenthaltes im Drittstaat für die Dauer des Asylverfahrens (69). Ausführungen zur Verfahrensgestaltung lassen sich dieser Stellungnahme nicht entnehmen. Sie empfiehlt aber, das Konzept der Drittstaatenregelung insbesondere durch **schützende verfahrenstechnische Regelungen** abzusichern. Festzuhalten ist damit, daß der Grundsatz des Non-Refoulements regelmäßig voraussetzt, daß zwischen den beteiligten Staaten vertragliche Zuständigkeitsabkommen bestehen, welche im einzelnen hinreichend klar und eindeutig Voraussetzungen und Umfang der Übernahme sowie den Zugang zum Asylverfahren zugunsten des übernommenen Flüchtlings regeln. Liegt der Rückführung kein derartiger zwischenstaatlicher Vertrag zugrunde, besteht auch keine Übernahmepflicht des Drittstaates. Damit setzt der rückführende Staat die durch ihn nicht mehr steuerbare Ursachenkette, die zur Verletzung des Refoulementverbotes führen

(67) UNHCR London, The "Safe Third Country" Policy in the Light of the International Obligations of Countries visa-vis Refugees and Asylum Seekers, Juli 1993, S. 22.

(68) UNHCR, a.a.O..

(69) UNHCR, Stellungnahme an den BT-Innenausschuß, S. 5 f..

kann. Zur effektiven Verhinderung derartiger Verstöße ist daher als erste Bedingung ein verbindlicher Vertrag oder bei vertragsloser Rückschiebung zwingend die vorherige Rückübernahmebereitschaft des dritten Staates erforderlich. In der Rückführung ohne vorherige Zustimmung ist eine Beeinträchtigung des unveräußerlichen Kerngehalts des Refoulementsverbotes und damit zugleich der Individualgarantie nach Art. 16 a I GG zu sehen.

Das zwischenstaatliche Abkommen muß eindeutig den Zugang zum Asylverfahren im Drittstaat regeln. Schiebt der Drittstaat seinerseits an einen weiteren Staat ab, begibt sich der die Rückführung veranlassende Staat seiner Einflußmöglichkeiten. Außerdem besteht eine erhöhte Gefahr der Verletzung des NonRefoulementverbotes. Darüber hinaus reicht der vertraglich geregelte Zugang zum Feststellungsverfahren im Drittstaat allein nicht aus. Vielmehr muß dieser die GFK in effektiver Weise anwenden (Art. 16 a II 1 GG). Damit wird die Bestimmung verfahrensrechtlicher Mindestgarantien als zweite Voraussetzung bei der Umsetzung der Drittstaatenregelung unabweisbar. Denn nur wenn durch den Drittstaat effektiver Rechtsschutz gewährt wird, ist die Anwendung der GFK (im Sinne von Art. 16 a II 1 GG) sichergestellt. Der Umfang des Rechtsschutzes ergibt sich dabei aus dem völkerrechtlichen Mindeststandard.

2.3.5. Gebot und Umfang des völkerrechtlichen Verfahrensschutzes Der bloße Wortlaut der Konvention begründet keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Feststellungsverfahrens, obwohl in Art. 9 GFK ein derartiges Verfahren erwähnt wird. Wegen der rechtlichen und administrativen Besonderheiten in den jeweiligen Vertragsstaaten kann nämlich die Konvention keine bestimmte Art des Verfahrens vorschreiben⁽⁷⁰⁾. Andererseits wird jedoch als selbstverständlich angesehen, daß Art. 33 GFK irgendeine Form des Feststellungsverfahrens erfordert, um jene identifizieren zu können, die den aus dieser Rechtsnorm folgenden Rechtsschutz beanspruchen können⁽⁷¹⁾. Feststellungsverfahren sind demnach erforderlich, um die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbotes ausschließen zu können⁽⁷²⁾. Halten die Vertragsstaaten kein Feststellungsverfahren bereit, können sie

(70)S. hierzu im einzelnen Reinhard Marx, Konventionsflucht linge ohne Rechtsschutz, in: ZAR 1992, 3 (11 f.).

(71)Guy S. Goodwin-Gill, The Principle of Access to National Procedures for the Determination of Refugee Status, 1984, S. 2; ders., The Refugee in International Law, S. 140; zust. Kay Hailbronner, Möglichkeiten und Grenzen, S. 41; s. aber andererseits ders., in: ZAR 1987, 6.

(72)UNHCR, Note on International Protection, UN Doc. A/AC. 96/694 (1987), Rdn. 28.

ihre aus Art. 33 GFK folgenden Verpflichtungen nicht erkennen und laufen damit Gefahr, das Völkerrecht zu verletzen. Daher kann das Feststellungsverfahren als wichtigste und immanente Voraussetzung des Refoulementverbotes bezeichnet werden(73).

Daraus folgt, daß die Umsetzung der Drittstaatenkonzeption voraussetzt, daß zusätzlich zu dem zugrundeliegenden Zuständigkeitsabkommen im sicheren Drittstaat die Anwendung der GFK durch ein Feststellungsverfahren gewährleistet erscheint. Dieses muß dem völkerrechtlichen Mindeststandard entsprechen, wie er sich insbesondere in den Empfehlungen Nr. 8 (XXVIII) und Nr. 30 (XXXIV) von UNHCR ExCom sowie in den Empfehlungen Nr. R (81)16 und Nr. R (84) 1 des Ministerkomitees des Europarates ausdrückt. Diese Empfehlungen enthalten **Schlüsselemente** eines internationalen Verfahrensschutzes. Die wesentlichen Kriterien sind, daß, erstens, den Grenz- und Polizeibehörden klare Anweisungen zur Beachtung des Refoulementverbotes gegeben werden, daß, zweitens, Asylbegehren nach Möglichkeit durch eine zentrale Behörde und durch ausreichend qualifizierte Beamte geprüft und entschieden werden sowie, drittens, daß ablehnende Sachentscheidungen durch eine höhere Verwaltungsbehörde oder ein unabhängiges Gericht überprüft werden und auch für das Beschwerdeverfahren ein vorläufiges Aufenthaltsrecht gewährt wird(74). Zutreffend wird gefordert, daß diese verfahrensrechtlichen Mindeststandards durch eine Anlehnung an die vom Ministerkomitee des Europarates verabschiedeten Empfehlungen **vertraglich** festgelegt werden sollten(75).

Festzuhalten bleibt damit, daß aus völkerrechtlicher Sicht die Verweisung eines Asylsuchenden an einen dritten Staat voraussetzt, daß, erstens, zwischen den beteiligten Staaten ein bi-oder multilateraler Vertrag besteht oder bei vertragslosem Verkehr vorher die Zustimmung des Drittstaates eingeholt wird. Zweitens, kann der übernehmende Staat nur dann als sicher angesehen werden, wenn dieser ein Asylverfahren bereithält, daß die oben beschriebenen völkerrechtlichen Mindestgarantien enthält sowie diese mit innerstaatlicher Verbindlichkeit ausstattet. Solange kein multilateraler Vertrag zur Verfahrensgestaltung verabschiedet worden ist, muß diesen Erfordernissen durch zwischenstaatliche Abmachungen Rechnung getragen werden. Ein Abkommen jedoch, welches die staatliche Zuständigkeit regelt, ohne daß über das anzuwendende Verfahren

(73) Gilbert Jaeger, Status and International Protection of Refugees, International Institute of Human Rights, Genf 1978, Rdn. 51.

(74) Zum Ganzen: Reinhard Marx, Anforderungen an ein europäisches Asylrecht, in: Kritische Justiz 1992, 405 (412 ff.) m. w.Hw..

(75) Kay Hailbronner, Möglichkeiten und Grenzen, S. 114.

überhaupt irgendetwas ausgesagt wird, bringt eine Reihe von Problemen mit sich.

Man wird aus dem Völkerrecht wohl kaum herleiten können, daß das Zuständigkeitsabkommen selbst die staatliche Verpflichtung zur Bereithaltung eines dem völkerrechtlichen Mindeststandard entsprechenden nationalen Asylverfahrens regeln muß. Geregelt werden muß in dem Abkommen lediglich die völkerrechtliche Zuständigkeit des anderen Staaten zur Behandlung des Asylgesuchs und damit korrespondierend der Zugang zum Verfahren. Das Völkerrecht kann jedoch von seiner Struktur her kein subjektives Recht auf Zugang zum Verfahren regeln. Auch muß das Abkommen selbst nicht die Art der Verfahrensgestaltung verbindlich festschreiben. Der sich auf die Zuständigkeit des dritten Staates berufende Staat muß jedoch die **hinreichende Sicherheit** haben, daß im Drittstaat ein Verfahren durchgeführt wird, das dem völkerrechtlichen Mindeststandard entspricht. Denn nur dann besteht aus völkerrechtlicher Sicht überhaupt eine hinreichende Garantie dafür, daß mit der Rückverweisung nicht eine Ursachenkette begründet wird, deren letztes Glied die Verletzung des Refoulementverbotes darstellt.

Diese völkerrechtliche Ausgangslage hatte den **niederländischen Staatsrat** dazu bewogen, der holländischen Regierung zu empfehlen, das Schengener Zusatzabkommen von 1990 nicht zu ratifizieren⁽⁷⁶⁾. Das höchste niederländische Gericht begründete seine Empfehlung mit der völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates aus der GFK. Diese könne nur dann auf einen anderen Staat übertragen werden, wenn dieser ähnliche Standards anwende sowie ein faires Verfahren bereithalte. Unabdingbare Voraussetzung für die Umsetzung eines Zuständigkeitsabkommens sei daher eine materielle und prozessuale Harmonisierung des Asylrechts in den beteiligten Vertragsstaaten, welche das Gericht mit Blick auf die Schengener Vertragsstaaten nicht zu sehen vermochte⁽⁷⁷⁾. Der Staatsrat setzt methodisch also bei der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des um Asyl ersuchten Staates an und beurteilt von dort aus, unter welchen Voraussetzungen die Verweisung an einen anderen Staat völkerrechtlich zulässig ist. Als erstes wird dabei vorausgesetzt, daß ein zwischenstaatliches Zuständigkeitsabkommen den Verkehr zwischen den beteiligten Staaten regelt. Darüber hinaus argumentiert das Gericht aus der Sicht des in Anspruch genommenen Staates und beurteilt von dort aus die vergleichbaren materiellen und prozessualen Standards im anderen Vertragsstaat. Mit der Bezugnahme auf die erforderliche materielle und prozessuale Harmonisierung scheint sich das Gericht dabei zugleich auf den völkerrechtlichen Mindeststandard zu berufen.

Damit bleibt festzuhalten, daß aus dem unabdingbare Kerngehalt

(76)Entscheidung vom 8.4.1991 - Nr. WO 291.0018.

(77)S. hierzu Reinhard Marx, a.a.O., S.424 f..

des völkerrechtlichen Rechtsschutzes eine Reihe von Verpflichtungen für den die Rückführung an einen dritten Staat planenden Staat folgen: Erstens, darf er den Asylsuchenden nur dann an den Drittstaat verweisen, wenn der Verkehr zwischen beiden Staaten durch einen Vertrag geregelt wird, der eindeutige Kompetenzabgrenzungen enthält oder wenn er vorher die Zustimmung des anderen Staates eingeholt hat. Zweitens, darf er ungeachtet dessen nur dann den Asylsuchenden an diesen Staat verweisen, wenn er sich zuvor versichert hat, daß im anderen Staat der Zugang zum Verfahren eröffnet wird und dieses dem völkerrechtlichen Mindeststandard gerecht wird. Da der Asylsuchende sich nicht unmittelbar auf die Schutznormen des Völkerrechts berufen kann, muß der die Rückführung planende Staat aus völkerrechtlicher Sicht, drittens, ein Verfahren zur Verfügung stellen, in dem Behauptungen des Asylsuchenden über die fehlende Sicherheit im Drittstaat nachgegangen wird. Damit kommt die entscheidende Streitfrage im Zusammenhang mit Art. 16 a II 1 GG ins Blickfeld, nämlich die Frage, ob diese Verfassungsnorm eine Einzelfallprüfung mit Blick auf die Sicherheit im als sicher definierten Drittstaat(78) untersagt. Bevor auf die entsprechenden verfassungsrechtlichen Probleme eingegangen wird, ist wegen der Verortung des verfassungsrechtlichen Asylrechts in der völkerrechtlichen Regelungstradition das völkerrechtliche Gebot der Einzelfallprüfung zu erörtern.

2.3.6. **Völkerechtliche Verpflichtung zur Einzelfallprüfung mit Blick auf die Verfolgungssicherheit im Drittstaat**

Ausgangspunkt der Betrachtung ist, daß das Refoulementprinzip unabhängig von der formalen Prüfung des Asylbegehrens Geltung erlangt und damit **deklaratorischer** Natur ist(79). Auch wenn der um Asyl ersuchte Staat wegen evidenter Sicherheit in einem anderen Staat seine Zuständigkeit zur Behandlung des Asylbegehrens verneinen will, befreit ihn dies damit nicht von der **zwingenden** Beachtung des Refoulementverbotes. So darf er den Asylsuchenden unter keinen Umständen in das behauptete Verfolgerland zurückweisen; es sei denn, er hat zuvor in einem rechtsstaatlichen und fairen Verfahren dessen Flüchtlingseigenschaft verneint. Damit wird deutlich, daß schon aus diesem Grund auch bei evidenter Verfolgungssicherheit in einem anderen Staat (als dem Herkunftsstaat) Art. 33 GFK zu beachten

(78)Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen: Günter Renner, Stellungnahme v. 25.2.1993, S. 5 f.; Jutta Kremer, a.a.O., S. 16 f.; Hubert Heinhold, a.a.O., S. S. 39; keine eindeutige Stellungnahme hierzu: Michael Funke-Kaiser, a.a.O., S. 28; Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 7; völkerrechtliche Bedenken hiergegen: UNHCR, Stellungnahme v. 23.3.1993, S. 6, 10 ff.; zust. Victor Pfaff, a.a.O., S. 20.

(79)Gilbert Jaeger, a.a.O., Rdn. 52 ; Robert C. Sexton, a.a.O., S. 739; Guy S. Goodwin-Gill, a.a.O., S. 73.

ist. Eine derartige Prüfung will der um Asyl ersuchte Staat bei evidenter Verfolgungssicherheit aber gerade umgehen. Wie aus den bisherigen Ausführungen deutlich wird, kann dieser Staat aus völkerrechtlicher Sicht zwar den Asylsuchenden an einen anderen Staat verweisen. Er darf dies jedoch nur, wenn **bestimmte Mindestgarantien** für eine hinreichende und effektive Sicherheit im Drittstaat sprechen.

Ob derartige Mindestgarantien im Drittstaat eingehalten werden, bedarf der sorgfältigen Prüfung im Einzelfall unter Beachtung der notwendigen Verfahrensgarantien. Eine derartige **Einzelfallprüfung** kann nicht durch ein völkerechtliches Zuständigkeitsabkommen ersetzt werden(80). Denn auch dann muß der die Rückführung betreibende Staat prüfen, ob die Voraussetzungen des Abkommens im einzelnen gegeben sind und ob er deswegen, weil im Drittstaat vergleichbare materielle und prozessuale Standards bei der Anwendung der GFK (Art. 16 a II 1 GG) beachtet werden, von seiner völkerrechtlichen Verpflichtung aus Art. 33 GFK befreit ist. Das Völkerrecht regelt jedoch ausschließlich Rechte und Pflichten der Staaten, so daß aus der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Einzelfallprüfung kein unmittelbares Recht des Asylsuchenden zur Prüfung folgt. Der Regelungszweck des Völkerrechts erschöpft sich andererseits aber nicht in der bloßen Setzung von Staatenrechten und -pflichten. Dies verdeutlicht die Mediatisierungslehre.

Nach der **herrschenden Mediatisierungslehre** kann der einzelne sich zwar nicht unmittelbar aus die Schutznormen der GFK berufen(81). Er gerät jedoch durch **Vermittlung** des Staates in deren Genuß. Daraus folgt, daß die politische Souveränität heute keine unbeschränkte Handlungsfreiheit mehr gibt. Vielmehr ist sie das Instrument zur Mediatisierung des Individuums gegenüber dem Völkerrecht. Da der vertraglich geregelte Menschenrechts- und Flüchtlingsrechtsschutz **unmittelbar** den Individuen dienen soll, ist der Staat auch Adressat zur positiven Sicherung der Menschenrechte(82). Zutreffend ist freilich, daß die Frage der Völkerrechtssubjektivität der menschlichen Person irrelevant

(80)Kay Hailbronner, The Concept of 'Safe Country', S. 60 befürwortet jedoch den Wegfall der Einzelfallprüfung, freilich ohne dies näher rechtlich zu begründen.

(81)S. hierzu auch BVerfGE 50, 244 (248 ff.); 52, 391 (406).

(82)Jost Delbrück, Menschenrechte im Schnittpunkt zwischen universalem Schutzanspruch und staatlicher Souveränität, in: Menschenrechte und Demokratie, Johannes Schwartländer (Hrsg.), Kehl am Rhein 1981, S. 11 (14).

für die Struktur des Völkerrechts ist(83). Das weist jedoch lediglich auf die Rechtssubjektivität im Völkerrecht hin. Die Menschenrechte bilden jedoch heute **materiell-rechtliche Verfassungselemente** des Völkerrechts(84) und erlegen daher den Staaten völkerrechtliche Verpflichtungen bei der innerstaatlichen Anwendung des Völkerrechts auf.

Für die nationale Anwendung der Schutznorm des Art. 33 GFK folgt hieraus, daß der Staat verpflichtet ist, durch geeignete Verfahren deren effektive Anwendung im Einzelfall sicherzustellen. Aus völkerrechtlichen Gründen muß der Staat daher ein Prüfungsverfahren im Einzelfall bereithalten, um entweder - will er in das behauptete Verfolgerland zurückweisen - die Flüchtlingseigenschaft des Schutzsuchenden oder -will er diesen an einen anderen Staat verweisen - die notwendige effektive und hinreichende Sicherheit in diesem Staat zu prüfen. Auch ein bestehendes Zuständigkeitsabkommen allein ist keine hinreichende Garantie gegen Verletzungen des Refoulementverbotes. Damit wird lediglich die völkerrechtliche Zuständigkeit für die Behandlung des Asylgesuchs verbindlich geregelt. Ob in dem für zuständig erachteten Staat das Refoulementverbot durch geeignete verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen beachtet wird, ob mit anderen Worten dieser Staat **vertragstreu** ist, ist **vor** der Verweisung an diesen im Einzelfall zu prüfen.

Daß zwischen den Staaten bestehende Verträge zu sorgfältiger Prüfung im Interesse des einzelnen verpflichten, ob der andere Vertragsstaat seine Verpflichtungen auch einhält, ist unbetritten. So prüft die Rechtsprechung z.B. im Auslieferungsrecht, das im sachlichen Zusammenhang mit dem Asylrecht steht(85), sorgfältig die Praxis des Vertragspartners, um die Frage beantworten zu können, ob die Garantie der Spezialität der Strafverfolgung hinreichenden Schutz vor Verfolgung bietet(86). Dabei wird gefordert, daß bei **gegebenem Anlaß** zu Zweifeln an der Vertragstreue eine besonders sorgfältige Prüfung geboten ist(87). Nur bei Staaten mit freiheitlicher demokratischer Verfassung und geordneten Verhältnissen wird im übrigen eine derartige Verragspraxis für unbedenklich angese-

(83)Hermann Mosler, Völkerrecht als Rechtsordnung, in: Za
ÖRV 1976, S. 6 (36 f.).

(84)Hermann Mosler, a.a.O., S. 36; Wilhelm Karl Geck, Inter nationaler Schutz von Freiheitsrechten und nationale Souveränität, in: JZ 1980, S. 73.

(85)BVerfGE 80, 315 (337).

(86)BVerfGE 15, 249 (251); 38, 398 (402); 60, 348 (358);
63, 197 (209).

(87)BVerfGE 63, 197 (209).

hen(88). Wie im Auslieferungsrecht üblich, wird man bei demokratisch verfaßten Staaten bei der Einzelfallprüfung wohl Regelvermutungen anwenden können(89). Geben Ereignisse in der Vergangenheit jedoch Anlaß zu Zweifeln an der Vertragstreue des Vertragspartners, ist eine besonders sorgfältige Prüfung im Einzelfall geboten(90). Soweit es um den Zusammenhang zwischen vertraglich geregelten Staatenbeziehungen einerseits sowie um das Gebot der Einzelfallprüfung andererseits geht, erscheint damit die Parallelität zwischen dem Auslieferungsrecht und der Drittstaatenkonzeption durchaus angebracht. Denn hier wie dort geht es um die Beurteilung von Verfolgungs- bzw. Refoulementgefahren und um vertraglich geregelte Beziehungen zwischen den beteiligten Staaten.

Man wird die Verpflichtung der Staaten, zur effektiven Umsetzung ihrer völkerrechtlichen Pflichten Verfahren bereitzuhalten, als allgemeine Regel ansehen müssen. Denn Rechte und Pflichten können von den Staaten nur dann beachtet werden, wenn sie im Einzelfall durch geeignete verfahrensrechtliche Vorkehrungen identifiziert und ihr Inhalt und Umfang festgestellt wird. Diese verfahrensrechtliche Pflicht gilt im besonderen Maße, wenn die staatliche Verpflichtung nach ihrem Wortlaut, Inhalt und Zweck dem Schutze von Individuen gilt, wie das insbesondere bei den Verträgen zum Schutze der Menschenrechte und im Flüchtlingsrecht der Fall ist. Eine derartige **völkerrechtliche Verpflichtung** zur Prüfung im Einzelfall ist eine **staatliche** Pflicht mit dem Inhalt, im innerstaatlichen Recht Verfahren bereitzuhalten, nach Maßgabe deren die Individuen sich auf die Schutznormen des Vertrages berufen können. Dieser Verpflichtung korrespondiert jedoch kein subjektives Recht des einzelnen. ob dieser sich unmittelbar auf völkerrechtliche Schutznormen berufen kann, beurteilt sich ausschließlich nach innerstaatlichem Recht.

Diese allgemeine Verpflichtung zur Bereithaltung geeigneter Verfahren hat im Völkerrecht in vielfältiger Weise Gestalt gewonnen. So verpflichtet z.B. Art. V der **Völkermordkonvention** die Vertragsstaaten, die "notwendigen gesetzgeberischen Maßnahmen" zu ergreifen, "um die Anwendung der Bestimmung dieser Konvention sicherzustellen". Art. 2, 3 und 6 des Abkommens gegen Rassendiskriminierung erlegen den Staaten im einzelnen genau bezeichnete Pflichten auf, nach Maßgabe deren sie innerstaatlich die Schutznormen des Abkommens umzusetzen haben.

(88)BVerfGE 60, 348 (358).

(89)Vgl. zum Auslieferungsverkehr mit dem früheren Jugoslawien: BVerfGE 9, 174 einerseits und BVerfGE 38, 398; EuGRZ 1983, 354 andererseits; mit der Türkei: BVerfGE 15, 249 und BVerfGE 64, 125 einerseits und BVerfGE 63, 197; 63, 215 andererseits.

(90)BVerfGE 63, 197 (121 f.)

Art. 3 II des Übereinkommens gegen die Folter, der ein Refoulementverbot bei drohender Folter festlegt, enthält sogar Prognosegesichtspunkte, welche die Staaten bei dem dort ausdrücklich genannten (innerstaatlichen) Feststellungsverfahren berücksichtigen. Für den regionalen Bereich begründet Art. 13 EMRK sogar das Recht, eine wirksame Beschwerde vor einer nationalen Instanz einzulegen. Man wird diese vertraglichen Pflichten zur Bereithaltung innerstaatlicher Verfahren als Bestätigung der ohnehin bestehenden entsprechenden gewohnheitsrechtlichen Regel verstehen müssen.

In diesem Sinne empfiehlt UNHCR ExCom Empfehlung Nr. 58 (XL) über die irreguläre Wanderung von Flüchtlingen und Asylsuchenden den Staaten, "geeignete Vorkehrungen für die Identifizierung von Flüchtlingen" zu treffen. Für den regionalen Bereich ist auf die Resolution der EG-Einwanderungsminister vom 30. November 1992 hinzuweisen, welche in Anknüpfung an den in der genannten Empfehlung enthaltenen internationalen Standard für die Anwendung von Art. 3 V der Dubliner Konvention eine Reihe von Verfahrensvorschlägen macht und damit ebenfalls die völkerrechtliche Verpflichtung der Vertragsstaaten zur innerstaatlichen Bereithaltung von Verfahren anerkennt.

Aus allgemeinem Völkerrecht und insbesondere aus Art. 33 GFK folgt die staatliche Verpflichtung, im innerstaatlichen Recht Verfahren einzurichten, die geeignet und in der Lage sind, diese völkerrechtliche Schutznorm effektiv umzusetzen. Die für das Verfassungsrecht aufgestellte Behauptung, die abstrakt-generelle Regelung in Art. 16 a II 1 GG verstoße nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip und sei verfassungsrechtlich unbedenklich, soweit dieses Prinzip grundsätzlich erhalten bleibe⁽⁹¹⁾, hilft jedenfalls im Völkerrecht nicht weiter. Danach darf der Staat die gebotene Einzelfallprüfung nicht durch generell-abstrakte Regelungen ersetzen. Denn er muß geeignete Verfahrensvorkehrungen treffen, um im Einzelfall vor der Rückführung die Gewährleistung hinreichender Sicherheit im Drittstaat überprüfen zu können. Dieses Gebot folgt aus dem unabdingbaren Kernbestand des Non-Refoulement Prinzips.

Auch bestehende Zuständigkeitsabkommen ersetzen nicht die Prüfung im Einzelfall. Denn derartige Abkommen sagen regelmäßig noch nichts über die Sicherheit im Drittstaat aus. Erst wenn . in den beteiligten Staaten die verfahrens- und materiellrechtlichen Kriterien zur Behandlung von Flüchtlingen angeglichen sein werden, kann die Einzelfallprüfung vereinfacht und schematisiert im Sinne einer Vermutungsregel gestaltet werden. Wie das Beispiel des auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes zeigt, kann aber auch bei gegenseitig vergleichbaren demokratischen Strukturen nicht vollständig auf die Einzelfallprüfung verzichtet werden. Es ist der die Rückführung veranlassende Staat, der die Gefahr des Refoulements

(91)Michael Funke-Kaiser, a.a.O., S. 28.

wirksam ausschließen muß. Auch ein Abkommen befreit ihn nicht von dieser Pflicht. Beständigkeit und Zuverlässigkeit in der Anwendung und damit die Gewißheit über die Vertragstreue des anderen Staates erlauben jedoch die Einführung schematisierender Prüfungsverfahren.

2.3.7. Untersuchungsgegenstand der Einzelfallprüfung

Das Refoulementverbot schützt vor Abschiebungen in den Herkunftsstaat, solange die Flüchtlingseigenschaft nicht verneint worden ist. Will der Staat den Asylsuchenden in den Herkunftsstaat zurückweisen, muß er vorher in einem Verfahren dessen Flüchtlingseigenschaft prüfen. Bejaht er diese, darf die Zurschiebung nicht durchgeführt werden. Ob mit der Flüchtlingsanerkennung ein Recht auf Aufnahme verbunden ist, ist dem nationalen Recht zu entnehmen. Völkerrechtlich darf der Staat den Flüchtling auch in einen sicheren Drittstaat abschieben. Nicht anders ist die Rechtslage, wenn der Staat die Flüchtlingseigenschaft nicht prüfen will. Da das Refoulementverbot deklaratorischer Natur und damit seine Anwendung nicht von der vorherigen Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft abhängig ist, darf der Asylsuchende nicht in den Herkunftsstaat abgeschoben werden, . In einen anderen Staat darf er nur abgeschoben werden, wenn ihm dort hinreichende Sicherheit gewährt wird.

Da die europäischen Staaten bei vertraglicher Zuständigkeit eines anderen Staates oder bei Evidenz der Sicherheit in einem Drittstaat aus einwanderungspolitischen Gründen kein zeitaufwendiges Verfahren zur Feststellung der Prüfungseigenschaft bereithalten wollen, beschränken sie ihre Prüfung von vornherein auf die Sicherheit im Drittstaat. Die niederländische Praxis, derzufolge auch bei beabsichtigter Abschiebung in einen Drittstaat die Flüchtlingseigenschaft vorher geprüft wird, hat sich damit nicht durchsetzen können. Bemerkenswert ist der Entwicklungsprozeß der Resolution der EG-Einwanderungsminister vom 30. November 1992: Während zunächst ein Entwurf erarbeitet wurde, demzufolge der Flüchtling in dem Drittstaat die **konkrete Möglichkeit der Erlangung von Verfolgungsschutz** gehabt haben mußte(92), fehlte dieses Erfordernis im zweiten Entwurf(93). In der schließlich verabschiedeten Resolution wird den EG-Vertragsstaaten empfohlen, zu prüfen, ob der Asylsuchende im Drittstaat bereits Schutz gefunden oder dort die Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu den zuständigen Behörden gehabt hat oder ob eine eindeutige Evidenz dafür besteht, daß er durch den Drittstaat aufgenommen wird. Demgegenüber hatte die Kommission in Übereinstimmung mit in-

(92)Group Ad Hoc Immigration, SN 2074/92, WGI 1049,
3.4.1992, S. 2 f., 5.

(93)Group Ad Hoc Immigration, SN 2086/92, WGI 1061,
9.4.1992, S. 4.

ternationalem Standard (UNHCR ExCom Empfehlung Nr. 15 (XXX)) gefordert, daß bei der Bestimmung des Erstasyllandes auch die **"legitimen Interessen"** des Asylsuchenden berücksichtigt werden sollten⁽⁹⁴⁾. Der Umfang des Prüfungsgegenstandes ergibt sich aus den vertraglichen Bestimmungen von Art. 3 V der Dubliner Konvention und Art. 29 II 2 des Schengener Zusatzabkommens selbst. Danach darf die Zurückweisung eines Flüchtlings nur unter Berücksichtigung der Verpflichtungen aus der GFK erfolgen. Wie sich aus den Erlöschensklauseln in Art. 1 C und E GFK ergibt, erachtet die Konvention den Flüchtling solange für schutzbedürftig, wie ihm kein dauerhafter Schutz in einem Vertragsstaat gewährt worden ist. Dies kann aber erst dann angenommen werden, wenn der Flüchtling in einem Drittstaat Schutz gefunden hat, d.h. ihm dort das Recht auf Aufenthalt als Asylsuchender oder Flüchtling gewährt worden war, er dort effektiven Schutz vor Refoulement genießt und in Übereinstimmung mit international anerkannten Standards behandelt werden wird (UNHCR ExCom 58 (XL)).

Die Prüfungspflicht des Staates erstreckt sich mithin darauf, ob der Flüchtling bereits in einem anderen Staat Schutz gefunden hat oder ihm dort der Zugang zu einem Asylverfahren gewährt werden wird, das international anerkannten Verfahrensregeln gerecht wird. Weiterhin hat er zu prüfen, ob der Flüchtling im Drittstaat effektiv gegen das Refoulement und gegen Menschenrechtsverletzungen geschützt ist. Empfehlung Nr. 58 (XL) weist ausdrücklich darauf hin, daß es Ausnahmefälle geben kann, in denen ein Flüchtling oder Asylsuchender berechtigterweise behaupten kann, daß er in dem Staat, der ihm zuvor Verfolgungsschutz gewährt hat, Gründe hat, Verfolgung oder eine Bedrohung seiner körperlichen Unversehrtheit oder Freiheit zu befürchten. Nach internationalem Standard wird also der Rechtsschutz nicht in einen Refoulementschutz einerseits sowie in einen Menschenwürdeschutz andererseits aufgespalten. Vielmehr sind im Rahmen der konkreten Einzelfallprüfung nicht nur der zureichende Verfahrensschutz im Drittstaat, sondern darüber hinaus auch Behauptungen über Verletzungen des NonRefoulement Prinzips und der Menschenrechte zu untersuchen. Sofern ein Zuständigkeitsabkommen besteht, kann die Prüfung sich abschließend auf die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Abkommens beschränken. Fehlt dieses, ist im Verfahren die ausdrückliche Zustimmung der zuständigen Organe des Drittstaates zur Rückübernahme und Gewährung von Verfolgungsschutz einzuholen.

2.4. Verfassungsrechtlicher Inhalt von Art. 16 a II 1 GG

2.4.1. Vorbemerkung

(94) Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the right to asylum, SEC(91) 1857 final, 11.10.1991, S. 16

Wie oben ausgeführt, wird behauptet, Art. 16 II 1 GG enthalte eine **unwiderlegbare verfassungsrechtliche Vermutung** für den Wegfall der asylrechtlichen **Schutzbedürftigkeit**, wenn ein Asylsuchender aus einem sicheren Drittstaat im Sinne des Gesetzes eingereist ist. Zugleich enthalte Art. 16 II 2 GG eine **Blankettnorm** für den einfachen Gesetzgeber⁽⁹⁵⁾, die tatbestandlichen Voraussetzungen der hinreichenden Sicherheit in einem anderen Staat durch abstrakt-generelles Gesetz abschließend für **alle** Personen, welche dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen, festzulegen. Für jene, die aus einem EG-Staat einreisen, ergebe sich diese Wirkung bereits aus Art. 16 II 1 GG. Ob für beide Fallgruppen damit die Einzelfallprüfung, ob im Einzelfall entgegen der verfassungsrechtlichen Vermutung keine hinreichende Sicherheit im als "sicher" bezeichneten Drittstaat bestanden hat, ausgeschlossen ist, ist die entscheidende verfassungsrechtliche Frage. Soweit die verwaltungsrechtliche Prüfung ausgeschlossen wäre, könnte daher auch kein gerichtlicher Rechtsschutz gewährt werden (vgl. Art. 16 a II 3 GG; 9 34 a II AsylVfG).

Rechtsschutz könnte sich bei dieser Interpretation von Art. 16 a II 1 GG nicht auf die Überprüfung der Sicherheit im Drittstaat im Einzelfall beziehen. Was verbleibt, ist aber auf jeden Fall die **negative Prüfung**, ob im Einzelfall tatsächlich die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 16 II 1 und 2 GG in Verbindung mit H 26 a; 34 a AsylVfG vorgelegen haben. Bevor daher der verfassungsrechtliche Inhalt von Art. 16 a II 1 GG näher untersucht wird, sind nachfolgend dessen **tatbestandliche Voraussetzungen** negativ zu bestimmen. Denn für jene Asylanträge, die nicht vom Tatbestand der verfassungsrechtlichen Drittstaatenkonzeption erfaßt werden, greift die Ausschlußwirkung nach Art. 16 a II 1 GG und der Ausschluß des Rechtsschutzes nach Art. 16 a II 3 GG unzweifelhaft nicht ein.

2.4.2. Der Einreisetatbestand im Sinne von Art. 16 a II 1 GG

2.4.2.1. Begriff der Einreise

Grundgesetz und AsylVfG schließen jene aus dem Asylschutz aus, die "aus" einem sicheren Drittstaat eingereist sind. Regelmäßig wird diese Formulierung auch in den Gesetzesmaterialien (ET-Drs. 12/4152, S. 4; 12/4450, S. 20; 12/4984, S. 46) verwandt. Vereinzelt wird in den Materialien jedoch auch der Begriff "**über** einen sicheren Drittstaat eingereist ist" verwandt (BT-Drs. 12/4984, S. 46; 12 4152, S. 5). Damit stellt sich die Frage, ob die **bloße Durchreise** durch einen sicheren Drittstaat, d.h. der bloße **Gebietskontakt** mit diesem ausreicht oder darüberhinausgehende Kriterien erfüllt sein müssen. Behauptet wird, mit dem Begriff "aus" werde das Verhältnis zwischen Bundesrepublik und Drittstaat, mit der Formulierung

(95)Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. B.

"über", die Reise aus dem Herkunftsland über den Drittstaat in die Bundesrepublik erfaßt. Gemeint sei immer dasselbe. Die Ausschlußwirkung des Art. 16 a II 1 GG setze lediglich voraus, daß der letzte Gebietskontakt vor der Einreise in das Bundesgebiet mit dem Territorium eines sicheren Drittstaates bestanden habe müsse, was nicht notwendigerweise ein Anrainerstaat sein müsse(96).

Diese Auffassung meint wohl, daß die Einreise aus einem angrenzenden Nachbarstaat durch den Begriff "aus", jedoch die Durchreise durch einen nicht angrenzenden sicheren Drittstaat mit anschließender Einreise in das Bundesgebiet durch die Formulierung "über" bezeichnet werde. Eine andere Auffassung schließt aus der unterschiedlichen Verwendung der Begriffe "über" und "aus", daß unklar bleibe, ob damit die **vorherige bloße Durchreise** durch den sicheren Drittstaat zum Asylausschluß führe, was aber wohl aus dem Gesetzeszweck folge(97). Beiden Ansichten ist entgegenzuhalten, daß der Wortlaut des Gesetzes und nicht der Wortlaut der Gesetzesmaterialien maßgebend für die Auslegung ist. Letzterer kann erst bei der nachrangigen Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte Berücksichtigung finden. Ist aber bereits der Wortlaut des Gesetzes eindeutig, verbleibt insoweit kein Raum mehr für ein Zurückgreifen auf die Entstehungsgeschichte.

Die Wortlautauslegung hat am Begriff der Einreise (in das Bundesgebiet) anzusetzen. Wer aber "aus" einem Drittstaat einreist, muß zuvor in diesen Staat eingereist sein. Wer sich dagegen lediglich im Transitraum des Flughafens aufgehalten hat, um auf den Anschlußflug zu warten, ohne den Transitraum verlassen zu haben, ist nicht in den Drittstaat eingereist. Wer jedoch auf dem Landweg lediglich über den Drittstaat durchgereist und anschließend in das Bundesgebiet eingereist ist, war zuvor in den Drittstaat eingereist und wieder ausgereist. Er ist demzufolge auch in das Bundesgebiet aus diesem Drittstaat eingereist. Gebietskontakt und bloße Durchreise führen damit zwar regelmäßig zum Asylausschluß, wenn damit zugleich eine Einreise in den Drittstaat verbunden war. Fehlt dieser, greift der Tatbestand von Art. 16 a II 1 GG nicht Platz. Der Begriff der Einreise ist nämlich nicht normativ, sondern phänomenologisch zu bestimmen.

Dieses Ergebnis legt auch eine gesetzessystematische Auslegung nahe: § 18 a I 1 geht bei Asylgesuchen an der Grenze davon aus, daß der Antragsteller noch nicht eingereist ist. Denn das Gesetz verwendet für diese Fälle die Begriffe **"einreisen wollen"** und **"vor der Entscheidung über die Einreise"**. Wer also den Transitraum nicht verlassen hat, ist nicht eingereist und kann deshalb auch nicht aus diesem Staat ausreisen und damit

(96)Victor Pfaff, a.a.O., S. 12 f..

(97)Günter Renner, a.a.O., S. 5.

- 39 -

auch nicht aus diesem Staat in einen anderen Staat einreisen. Noch deutlicher wird dies aus der Regelung in § 59 II AuslG. Dort wird ausdrücklich bestimmt, daß der Ausländer erst nach dem Passieren der Grenzübergangsstelle eingereist ist. Der Begriff der Einreise ist einheitlich auszulegen. Daher darf die Bundesrepublik zu ihrer Entlastung nicht auf Kosten eines dritten Staates einen weitergehenden Einreisebegriff anwenden als für ihren Geltungsbereich.

Diese Auslegung wird auch durch das Schengener Zusatzabkommen sowie durch die Dubliner Konvention bestätigt. Beide Verträge gewinnen ja gerade bei der Drittstaatenregelung erhebliche Bedeutung (Art. 16 a V GG; § 26 a I Nr. 2) und sind auch deshalb aus gesetzessystematischen Gründen zu berücksichtigen. So definiert z. B. Art. 30 I d des Schengener Zusatzabkommens als eines der Kriterien zur Bestimmung des zuständigen Staates, daß der Asylsuchende "über

die Außengrenze" in das Hoheitsgebiet der Vertragspartei "eingereist" sein muß. Eine weitere Zuständigkeitsregelung verweist ebenfalls auf die Einreise in das Hoheitsgebiet, indem eine Einreise über die Außengrenze (Art. 30 I e) gefordert wird. Eine identische Regelung enthält Art. 6 I der Dubliner Konvention. Zwar bestimmt diese Konvention, daß in den Fällen, in denen im Flughafentransit ein Asylbegehren gestellt wird, der für diesen Flughafen zuständige Staat diesen Antrag prüfen muß (Art. 7 III). Wird jedoch im Transitraum kein Asyl beantragt, greift diese Regelung nicht ein.

Diese Auslegung wird durch die Regelung in Art. 7 II dieser Konvention bekräftigt. Danach wird keine Zuständigkeit des Transitstaates begründet, wenn der Reisende den Transitraum nicht verläßt. Zwar steht diese Regelung unter dem Vorbehalt des Inkrafttretens der Konvention über die Kontrolle der Außengrenzen. Diese legt jedoch lediglich bestimmte Kontrollpflichten mit Blick auf die Flughäfen fest (Art. 6), ohne dadurch die Zuständigkeitsregelungen der Dubliner Konvention verändern zu wollen. Festzuhalten bleibt damit: Wer nicht in den sicheren Drittstaat eingereist war, kann aus diesem auch nicht ausreisen. Da der bloße Aufenthalt im Transitraum des Flughafens des Drittstaates rechtlich keine Einreise in diesen ist, ist ein derartiger Aufenthalt unschädlich. Dem über den Transitraum eines sicheren Drittstaates einreisenden Asylsuchenden darf daher die Auscludierung von Art. 16 a II 1 GG nicht entgegengehalten werden.

2.4.2.2. Einreise aus einem "bestimmten" sicheren Drittst

Es muß ferner **Gewißheit** über die Einreise aus einem bestimmten Drittstaat bestehen. Eine Wahlunterstellung in dem Sinne, daß nach den festgestellten Umständen die Einreise aus einem der sicheren Drittstaaten im Sinne des Gesetzes erfolgt ist, ist damit unzulässig. Während der Gesetzesberatungen bestand hierüber keine Einigkeit. Nach Ansicht der CDU/CSU sollte die Feststellung genügen, daß die Einreise "nicht über einen ande-

ren Weg als über einen sicheren Drittstaate erfolgt ist (BTDrs. 12/4450, S. 20). Demnach hätte das Bundesamt lediglich negativ prüfen müssen, daß keine unmittelbare Einreise aus dem Herkunftsland oder einen nicht als sicher erklärten Drittstaat anzunehmen ist. Die SPD hat im Laufe der Beratungen gefordert, dem Flüchtling müsse genau nachgewiesen werden können, über welches bestimmte Land er eingereist ist. Es könne nicht verlangt werden, demjenigen, der Asylrecht beanspruche, aufzuerlegen, anspruchsvernichtende Tatsachen gegen sich geltend zu machen (BT-Drs. 12/4984, S. 46). Dem hat sich die Bundesregierung angeschlossen und ausgeführt, es müsse **erwiesen** sein, daß der Betreffende aus dem Drittstaat gekommen sei (BT, a.a.0.).

Dementsprechend schreiben die internen Erläuterungen des Bundesamtes als Voraussetzung für die Abschiebungsanordnung vor, daß die Einreise über einen **konkreten** sicheren Drittstaat festzustellen ist. Vermutungen bzw. Wahlunterstellungen reichen damit nicht aus. Vielmehr muß aufgrund eindeutiger Tatsachen und Beweismittel feststehen, daß der Asylsuchende über einen bestimmten sicheren Drittstaat eingereist ist. Ist dies zweifelhaft, darf die Verfügung nicht erlassen und kann diese ungeachtet § 34 a II AsylVfG - d~i die Voraussetzungen nach Art. 16 a II 1 GG; § 26 a I 1 AsylVfG im Streit sind -gerichtlich überprüft werden. In den gutachterlichen Stellungnahmen im Anhörungsverfahren wurde, soweit zu diesem Gesichtspunkt Position bezogen wurde, nahezu einhellig diese Ansicht vertreten(98). Denn bestehen Zweifel an der Einreise aus einem bestimmten Drittstaat, bleibt auch die Bereitschaft zur Rückübernahme sowie zur Eröffnung eines Verfahrens offen. Dadurch aber erhöht sich die Gefahr der Verletzung des Refoulementverbotes(99). Im Ergebnis bestätigt auch die einzige abweichende Ansicht die Mehrheitsmeinung, wenn darauf hingewiesen wird, daß nach allgemeinem Völkerrecht die Durchführung aufenthaltsbeendender Maßnahmen die Glaubhaftmachung bzw. den Nachweis (gegenüber dem Drittstaat) der Einreise des Asylsuchenden aus diesem Staat voraussetze(100). Dem ist hinzuzufügen, daß eine Verpflichtung zur Rückübernahme einen bindenden Vertrag erfordert.

Einschränkend wird eingewandt, bei Zweifeln an der Einreise

(98)Günter Renner, a.a.0., S. 5; Hubert Heinhold, Stellung
na hme an die Gemeinsame Verfassungskommission, in: Informa
tionsbrief Nr. 64 des RAV, S. 27; Ulrich K. Preuß, S. 5
u.8; Heribert Schmidt, Stellungnahme an den BT-Innenaus
schuß, S. 3 f.; Ernst Kutscheidt, Stellungnahme an den
BT-Innenausschuß, S. 4; a.M. Kay Hailbronner, Stellung
nahme an den BT-Innenausschuß, S. z.

(99)Hubert Heinhold, a.a.0..

(100)Kay Hailbronner, S. 3.

aus einem bestimmten Drittstaat seien die **Rechtsfolgen** vom Grundrechtscharakter der Individualgarantie abhängig. Gehe man von einem **Abwehrgrundrecht** aus, treffe den Staat die Beweislast. Da die herrschende Meinung jedoch das Asylrecht als positives Leistungsrecht ansehe, gingen die Zweifel über den Einreiseweg zu Lasten des Antragstellers⁽¹⁰¹⁾. Eine derartig undifferenzierte und herrschende Meinung kann aber – wie weiter unten ausgeführt wird – nicht ausgemacht werden. Mit dem Erreichen des Bundesgebietes steht dem politisch Verfolgten ein subjektiv öffentliches Recht zur Seite, das Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung (negatorisch) **bindet**⁽¹⁰²⁾. Bestehen Zweifel daran, ob die Voraussetzungen des Abwehrrechts vorliegen, wird dadurch jedoch nicht der Grundrechtscharakter verändert. Der an der Grenze oder im Bundesgebiet um Verfolgungsschutz nachsuchende Flüchtling erstrebt zunächst nichts anderes als das **staatliche Unterlassen** von Maßnahmen, die ihm den Zugriff des Verfolgerstaates aussetzen würden⁽¹⁰³⁾. Bestehen Zweifel am behaupteten Einreiseweg, würde eine dennoch durchgeführte Abschiebung in einen Drittstaat das Risiko des Refoulement begründen oder doch zumindest erhöhen. Gegen diese Maßnahmen sichert Art. 16 a I GG dem Asylsuchenden ein Abwehrrecht mit der Folge, das der Staat die das Eingreifen dieses Rechtes vernichtenden Tatsachen im Sinne von Art. 16 a TI 1 GG nachzuweisen hat.

2.4.3. Inhalt des Ausschlußtatbestandes nach Art. 16 a II 1 GG

2.4.3.1. Vorbemerkung

Nachfolgend ist die verfassungsrechtliche Streitfrage zu untersuchen, ob mit Art. 16 a II 1 GG die Aktualisierung des Grundrechts auf Asyl nach Art. 16 a I GG von vornherein ausgeschlossen wird und Personen, die unzweifelhaft aus einem als sicher bezeichneten Drittstaat einreisen und Asyl begehren, in keiner denkbaren Form Verfahrensschutz genießen können. Die oben dargestellten Meinungen bejahen dies ebenso wie wohl auch der einfache Gesetzgeber, wie die Regelungen in § 34 a AsylVfG zu erkennen geben. Diesen Ansichten ermangelt es jedoch deshalb an Überzeugungskraft, weil im Grunde genommen lediglich der Gesetzestext wiedergegeben wird, ohne die Frage nach dem Inhalt dieses Textes auch nur ansatzweise zu erörtern. Denn eine nähere Auseinandersetzung damit, was im einzelnen in Art. 16 a I GG geregelt wird und ob die Ausschlußwirkung von Art. 16 a II 1 GG sämtliche oder nur einige seiner Regelungsbereiche erfaßt, unterbleibt.'

(101)Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. B.

(102)BVerGE 54, 341 (356); 56, 216 (235).

(103)BVerfGE 56, 216 (236) .

Die Folge dieses Versäumni'ses ist, daß entweder die Regelung des Art. 16 a II 1 GG für verfassungswidrig erklärt oder aber dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Macht zugesprochen wird, die Schutzwirkung des Asylrechts für bestimmte Gruppen von Personen, die an sich die tatbestandlichen Voraussetzungen der politischen Verfolgung nach Art. 16 a I GG erfüllen, von vornherein in Gänze zu versagen. Eine Aussage über einen Ausschlußtatbestand ist jedoch erst dann möglich, wenn hinreichend Klarheit darüber besteht, auf welchen Regelungsbereich dieser Tatbestand sich bezieht. Der Wortlaut von Art. 16 a GG ist nicht eindeutig: Abs. 2 S. 1 untersagt die Berufung auf den Genuß des Asylrechts nach Abs. 1. Damit bleibt die Interpretation möglich, daß Abs. 2 S. 1 den mit dem Feststellungsbescheid begründeten Genuß des Asylrechts unterbinden will, so daß Abs. 2 S. 1 ein Verwaltungsverfahren nicht ausschließen würde. Die Gesetzesbegründung zu dieser Frage vermittelt ebenfalls keine hinreichende Klarheit. Dort wird ausgeführt, Abs. 2 S. 1 stelle klar, daß Asylsuchende, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen, keinen **grundrechtlichen Anspruch** darauf hätten, daß die von ihnen **vorgebrachten Asylgründe** in der Bundesrepublik geprüft würden (ET-Drs. 12/ 4152, S. 4). Eine Prüfung der Sicherheit im Drittstaat wird also damit nicht ausdrücklich untersagt.

Eine präzise Aussage über den Inhalt des Ausschlußtatbestandes nach Art. 16 a II 1 GG setzt damit zwingend die genaue Klärung des Schutzzumfanges des Asylgrundrechtes nach Art. 16 a I GG voraus. Besteht Klarheit über den verfassungsrechtlichen Inhalt des Asylgarantie, kann beantwortet werden, was der verfassungsändernde Gesetzgeber mit Art. 16 a II 1 GG im einzelnen geregelt hat. Erst wenn diese Prüfung ergeben sollte, daß der Ausschlußtatbestand **sämtliche** Regelungsbereiche der Asyl; rechtsgarantie erfaßt, würde sich die Frage verfassungswidrigen Verfassungsrechts stellen. Kann jedoch der verfassungsrechtliche Inhalt des Ausschlußtatbestandes verfassungskonform bestimmt werden, stellt sich diese Frage nicht.

2.4.3.2. Schutzzumfang des Asylrechts nach Art. 16 a I GG

2.4.3.2.1. Dogmatische Struktur des Asylrechts nach Art. 16 a I GG

Über den Inhalt des Asylrechts ist bislang keine hinreichende Einigung erzielt worden. Würde man das Grundrecht auf Asyl in Anlehnung an das klassische Freiheitsdenken als Recht zum (beliebigen) Freiheitsgebrauch des einzelnen verstehen, ergäbe dies keinen rechten Sinn. Der Inanspruchnahme des "Freiheitsrechtes" Asylrecht vorgelagert ist nämlich ein Wegfall des innerstaatlichen Bezugsrahmens, in dem Freiheitsrechte sich üblicherweise aktualisieren. Nicht ein beliebiger Gebrauch der Freiheit wird durch das Asylrecht geschützt, sondern es zielt auf ein Recht auf Freiheit vor politischer Verfolgung. Das Grundrecht auf Asyl kann daher gar nicht ohne Bezugnahme auf die es konstituierenden Voraussetzungen gedacht werden. Wegen

dieser Besonderheit kann dem Asylrecht jedoch nicht der Grundrechtscharakter abgesprochen werden. Vielmehr hat das BVerfG von Beginn an ein materielles Grundrechtsverständnis entwickelt: Geschützt werden soll nicht einfachhin, in den Grenzen der Gesetze, der beliebige Freiheitsgebrauch des einzelnen, sondern - und hier beginnt die Aufhebung des liberalen Ansatzes - die **Würde des Menschen** als der **oberste Wert** in der Rechtsordnung(104). Um seiner Würde willen muß dem Menschen eine weitestgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. Und nicht etwa umgekehrt: Die möglichst weitgehende Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltung macht die (realisierte) Würde des Menschen aus(105).

Das Grundgesetz geht damit nicht von einem beliebigen Freiheitsbegriff aus. Um der Freiheit und Sicherheit der einzelnen willen soll der Staat des Grundgesetzes da sein. Die Gewährleistung der als vorstaatliche Menschenrechte proklamierten individuellen Freiheitsrechte ist sein vornehmeres Ziel. Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist seine Pflicht(106). Mit diesem Grundrechtsverständnis ist ein Freiheitsdenken, welches den einzelnen als autonomes, sich selbst genügendes Individuum versteht, dem ein "natürliche Freiheit zur Beliebigkeit" eingeräumt wird(107), nicht vereinbar. Freiheitsrechte müssen vielmehr notwendig **inhaltlich** umschrieben werden. Für die Grundrechtsdogmatik stellt sich damit nicht die Frage nach der Freiheit an sich, sondern danach, wie sie rechtstechnisch zu konstruieren ist(108). Denn Freiheit aktualisiert sich in der Sphäre des Rechts nicht als inhaltsleere Kategorie, sondern tritt in diese mit einem bestimmten Inhalt ein. Der bereits im Verfassungstext verankerte inhaltliche Freiheitsbegriff, auf den das Asylrecht abzielt, kann daher rechtlich bestimmt werden. Er hat auch bereits in der Rechtsprechung des BVerfG in Anlehnung an seine allgemeine grundrechtliche Rechtsprechung durch das Anknüpfen an die Menschenwürdegarantie hinreichende Konkretisierung erfahren.

Kann damit grundrechtsdogmatisch das Problem eines inhaltlich bestimmten Freiheitsbegriffs für das Asylrecht gelöst werden,

(104)Erhard Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflicht ordnung, in: JZ 1975, 545, m. Hw.

(105) Erhard Denninger, a.a.O.

(106)Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 216 f.

(107)Vgl. Christoph Gusy, Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, in: JA 1980, 78 (79).

(108)Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr -Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, 457 (467).

stellt sich die Frage nach seinem **subjektiven Rechtscharakter**: Ein subjektives Recht auf etwas ist eine dreistellige Relation zwischen dem Träger, dem Adressaten sowie dem Gegenstand dieses Rechts. Genau dann, wenn der Träger gegenüber dem Adressaten ein Recht auf eine bestimmte Handlung hat, ist der Adressat **gegenüber dem Träger** verpflichtet, diese Handlung vorzunehmen(109). Eine derartige **rechtliche Verantwortlichkeit** der Bundesrepublik wird jedoch in Frage gestellt: Asylrecht sei seinem Wesen nach nicht subjektives Recht des einzelnen oder Pflicht des Staates und entziehe sich damit der grundrechtlichen Statuslehre. Denn die Kategorien der Statuslehre setzten eine funktionierende verfassungsmäßige Ordnung voraus. Das Asylrecht sei jedoch einer derartigen Ordnung vorgelagert und auf deren Herstellung gerichtet(110). Dieses Recht sei gewissermaßen ein sekundäres Grundrecht. Sekundär bedeute, daß die Erlangung von Asyl keinen als solchen geschützten Zweck darstelle, sondern die bloße Folge der politischen Verfolgung durch einen anderen Staat sei. **Primärer Gehalt** der Asylgewährung im Aufnahmestaat sei die Freiheit von politischer Verfolgung durch den Herkunftstaat. Ein Staat, der Asyl gewähre, stehe für Folgen ein, die er selbst nicht verursacht habe und deren Ursachen er auch nicht beseitigen könne. Gehe man davon aus, daß staatliche Verantwortung jedenfalls die Zurechenbarkeit der Verursachung voraussetze; so könne in der Übernahme staatlicher Verantwortung für nicht verursachte Folgen (durch Asylgewährung) eine "gewisse Vermessenheit" erkannt werden(111). Die Legitimation eines durchsetzbaren Grundrechts setze u.a. auch eine konkrete Verantwortlichkeit voraus, die jedoch beim "deutschen Asylgrundrecht" nicht gegeben sei(112). Diese neueren Meinungen negieren also den subjektiven Rechtscharakter des Asylrechts mit dem Hinweis auf die angeblich fehlende rechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik, für Handlungen des Herkunftsstaates aufkommen zu müssen. Der notwendigen dreistelligen Relation des subjektiven Rechts fehlt es demnach am erforderlichen Adressaten dieses Rechts. Dies sei gewissermaßen der Herkunftstaat, nicht jedoch der um Schutz ersuchte Staat. Das für die Annahme einer rechtlichen Zurechenbarkeit erforderliche Kriterium fehle sozusagen beim Asylrecht. Ein derartiges grundrechtsdogmatisches Bedenken ist zwar bislang weder in der Rechtsprechung des BVerfG noch in

(109)Robert Alexy, Grundrechts als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat 1990, S. 49 (53, 57, 59). Hervorhebung im Original auf S. 53.

(110)Stefan Langer, Asylrecht - ein strukturelles Verfassungsproblem der Staatengemeinschaft, in: DÖV 1993, 273 (277).

(111)Stefan Langer, a.a.O., S. 274.

(112)Winfried Brugger, Für Schutz der Flüchtlinge - gegen das Grundrecht auf Asyl!, in: JZ 1993, 119 (121).

der Literatur geäußert worden. Mit Blick auf Art. 102 GG hatte das BVerfG jedoch 1964 die Schutzwirkung dieser Norm **ausschließlich** darin gesehen, daß diese es dem **deutschen Gesetzgeber** verbiete, den Tod als Strafe anzudrohen, sowie es der **deutschen Exekutive** untersage, die Todesstrafe zu vollstrecken(113). Eine **darüber hinausgehende Wirkung** etwa dahin, daß es der deutschen Staatsgewalt untersagt sei, zur Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe **irgendwie beizutragen**, könne Art. 102 GG nicht entnommen werden(114).

1982 stellte das BVerfG jedoch fest, daß nur dann unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 II 1; 102 GG keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Auslieferung durchgreifen würden, wenn der Auszuliefernde in dem ersuchenden Staat hinreichend vor der Vollstreckung einer ihm drohenden Todesstrafe geschützt werde(115). Demnach trifft den die Auslieferung veranlassenden Staat die Verpflichtung, Maßnahmen zu unterlassen, die auf irgendeine Weise zur Verletzung eines Grundrechts beitragen können. Wenige Jahre später präzisierte das BVerfG, aus Art. 1 I und 2 I GG folgten als „unabdingbare Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung“, daß "eine angedrohte oder verhängte Strafe nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein darf; die zuständigen Organe der Bundesrepublik sind deshalb gehindert, an der Auslieferung eines Verfolgten mitzuwirken, wenn dieser eine solche Strafe zu gewärtigen oder zu verbüßen hat(116). Das BVerfG hat die rechtliche Zurechenbarkeit lediglich für jene nicht mehr rechtlich normierbare Risikobereiche der Außen- und Verteidigungspolitik verneint, in denen die Entstehung der grundrechtsrelevanten Gefahrenlage **wesentlich** von der politischen -Willensentscheidung eines **fremden souveränen Staates** im Zusammenhang einer weltpolitischen Gesamtlage abhängt(117).

Grundrechtsdogmatisch kann damit auch für das Asylrecht die Frage der rechtlichen Verantwortung geklärt werden: Aufgabe des Asylrechts ist es, den politisch Verfolgten vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates Zuflucht und Schutz zu gewähren(118). Der um Verfolgungsschutz ersuchte Staat hat damit alle Maßnahmen zu unterlassen, die auf **irgendeine Weise** dazu beitragen können, daß der Verfolgte diesem Zugriff ausgesetzt wird. Dies hat das BVerfG nach Klärung seiner Rechtspre-

(113)BVerfGE 18, 112 (116) .

(114)BVerfG, a.a.0..

(115)BVerfGE 60, 348 (354).

(116) BVerfGE 75, 1 (16 f.).

(117)BVerfGE 66, 39 (60 f.) - Raketenstationierung.

(118)BVerfGE 56, 216 (236).

chung zum Auslandsbezug von Art. I I, 2 I und II 1 GG nunmehr hinreichend verdeutlicht. Nur für jene mehr allgemeinen, rechtlich kaum normierbaren Gefährdungen und Risiken, die auch nicht von der Bundesrepublik in entscheidender Weise beeinflußt werden können, hat diese keine rechtliche Verantwortung. Damit nicht vergleichbar ist jedoch der Fall, in dem die Bundesrepublik durch aktives Verhalten den politisch Verfolgten dem Zugriff des Verfolgerstaates aussetzt, also rechtlich normierbare Gefährdungslagen aktiv verursacht, mag die eigentliche Verfolgung selbst auch durch einen fremden souveränen Staat und nicht durch die Bundesrepublik ausgeübt werden. Durch Unterlassen von Zwangsmaßnahmen kann die Bundesrepublik nämlich wesentlich dazu beitragen, daß ein fremder souveräner Staat grundrechtsrelevante Gefahrenlagen **nicht** verursachen kann. Bereits 1956 hatte **Günter Dürig** daher den Achtungsanspruch der **Menschenwürde auf fremde Staaten** bezogen(119), ohne dies freilich grundrechtsdogmatisch näher zu präzisieren. Kann auf der Basis der Rechtsprechung des BVerfG schon aus grundrechtsdogmatischen Gründen den neueren Angriffen auf den subjektiven Rechtscharakter des Asylrechts nicht gefolgt werden, muß diesen erst recht aus völkerrechtlichen Gründen entgegengetreten werden: Denn es entspricht z.B. der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, daß die Auslieferung bzw. Abschiebung eines Ausländers in einen Staat, in dem die Gefahr von Folter droht, eine rechtliche Zurechenbarkeit des diese Maßnahmen veranlassenden Staates für derartige Menschenrechtsverletzungen begründet(120).

Das Asylrecht kann also strukturell in das geltende Grundrechtssystem eingeordnet werden: Seine bereits vorgegebene inhaltliche Bestimmtheit teilt es mit den anderen Grundrechten. Sein subjektiver Rechtscharakter wird dadurch begründet, daß es eine bestimmte, der Bundesrepublik rechtlich zurechenbare Verpflichtung begründet. Gehört zum subjektiven Recht das Recht seines Trägers auf eine bestimmte Handlung gegen den Adressaten, bleibt offen, auf welchen bestimmten Inhalt diese Handlung im Asylrecht geht. Auch diese Frage kann grundrechtsdogmatisch geklärt werden: Wie auch immer man die Grundrechte im einzelnen interpretieren mag, jedenfalls ist allen Grundrechten unabhängig von weitergehenden Schutzwirk-

(119)Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AÖR Bd. 81 (1956), S. 117 (118).

(120)EGMR, Entscheidung v. 7.7.1989 - Soering gegen Vereinig tes Köigreich, HRLJ 1990, 335 (358); Entscheidung v. 20.3. 1991 - Cruz Varaz u.a. gegen Schweden, HRLJ 1991, 142 (153); Entscheidung v. 30.10.1991 - Vilvarajah u.a. gegen Vereinigtes Königreich, HRLJ 1991, 432 (443).

ungen ihr **Abwehrcharakter** eigen(121). Das BVerfG hat beginnend mit dem **Lüth-Urteil** in ständiger Rechtsprechung bezogen auf alle Grundrechte der Verfassung diesen negatorischen Grundrechtsschutz hervorgehoben: "Ohne Zweifel sind die Grundrechte **in erster Linie** dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind **Abwehrrechte** des Bürgers gegen den Staat(122). Es ist die Aufgabe der Rechtsprechung, die Schutzfunktion der Grundrechte als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat effektiv zu gestalten und dabei den normativen Inhalt, die Tragweite der einzelnen Grundrechte, ihres Verhältnisses zueinander sowie die Voraussetzungen ihrer Begrenzungen zu klären und festzulegen (123).

Dieser negatorische Grundrechtsschutz ist verfassungsrechtlich in der Menschenwürdegarantie verortet. Wenn auch darauf hingewiesen wird, daß die Abwehrfunktion der Freiheitsrechte weder zum Ausgangspunkt für ihre Inhaltsbestimmung noch zur Festlegung ihrer Grenzen gemacht werden dürften (124), kann dies jedoch nicht dahin verstanden werden, daß die Abwehrfunktion keinen rechtlich zu bestimmenden Inhalt hätte. Dieser ist vielmehr nach Maßgabe der Menschenwürdegarantie zu bestimmen. Zunächst zielt der Achtungsanspruch der Menschenwürde auf einen **reinen Unterlassungsanspruch**, auf ein **Nichtantasten**, also auf "**Achten**" der Menschenwürde (125). Der Abwehranspruch der Grundrechte kann danach als unmittelbarer Ausfluß der Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 I GG betrachtet werden. Dieser Gesamtanspruch der Menschenwürde löst sich nach Art. 1 II GG in den einzelnen Grundrechten auf(126) und bestimmt damit auch deren Abwehrcharakter. Das Asylrecht als integraler Bestandteil der Grundrechte der Verfassung hat mithin ebenfalls Abwehrcharakter, der durch die Menschenwürdegarantie verfassungsrechtlich determiniert und zugleich verstärkt wird. Diese Feststellung verweist jedoch auf einen bislang nicht geklärten Streit über den Charakter des Asylrechts, der heute insbesondere wegen der Frage der Reichweite der Ausschlußwirkung nach Art. 16 a II 1 GG aktuell wird. Jedenfalls kann festgehalten werden, daß dem Asylrecht als integralen Bestandteil des

(121)S. hierzu Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 119; Konrad Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, 427 (431).

(122) BVerfGE 7, 198 (204). Hervorhebung durch R.M.

(123) Konrad Hesse, a.a.O..

(124) So Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 121.

(125) Günter Dürig, a.a.O..

(126) Günter Dürig, a.a.O., S. 119 f..

fe: Der klar umrissene und unverzichtbare Kerngehalt des Asylrechts bedeute **Verfolgungsschutz (131)** in der Weise, daß weder die Zurückweisung des Schutzsuchenden an der Grenze noch seine Abschiebung in einen möglichen Verfolgerstaat gestattet sei(132). Das Asylrecht der Verfassung vermittele jedoch "über den Verfolgungsschutz hinaus" nicht jedem Verfolgten ein Aufenthaltsgewalt (Zuflucht)(134). Insoweit sei Art. 16 II 2 GG eine **offene Norm**, die zwar eine Grundregel gebe, im übrigen aber einen ergänzenden Regelungsauftrag an den Gesetzgeber enthalte(134). Dies gibt Anlaß zu zwei Bemerkungen: Erstens, beim grundrechtsdogmatischen Streit über den Charakter des Asylrechts wird zumeist der zweistufige Ausbau des Asylrechts übersehen. Entweder wird das Asylrecht ausschließlich als Abwehrrecht oder aber mit ebensolcher Ausschließlichkeit als positives Leistungsrecht bezeichnet. Beide Charakterisierungen sind zutreffend, jedoch nicht in ihrer schroffen dualistischen Entgegensetzung. Vielmehr kommt es auf die in der Rechtswirklichkeit sich jeweils aktualisierende Komponente des Asylrechts an: Wer sich auf das Asylrecht beruft, genießt zunächst negatorisch Verfolgungsschutz. Ob sich dieser durch verfahrens- und aufenthaltsrechtliche Schutzgewährung aktualisiert, ist von der Schutzbedürftigkeit des Asylsuchenden abhängig. Daraus folgt, daß er gegenüber Grenz- und Polizeibehörden zunächst einen negatorischen Schutzanspruch hat. Diese Feststellung ist für das Verhältnis zwischen Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 von Art. 16 a GG von entscheidender Bedeutung.

Die zweite Bemerkung zielt auf den mit der Herausschälung des asylrechtlichen Kernbereichs deutlich werdenden **völkerrechtlichen** Inhalt des Asylgrundrechts. Zwar behauptet das BVerwG, es gebe im Völkerrecht "keinen klar umschriebenen oder allgemein anerkannten Asylrechtsbegriff, den das Grundgesetz hätte übernehmen können(135). Daran ist soviel richtig, daß sich im Völkerrecht zwar kein menschenrechtlich verorteter Asylrechtsbegriff hat durchsetzen können. Das im einzelnen oben dargestellte **Prinzip des Non-Refoulement** ist jedoch materiellrechtlich vollkommen identisch mit dem vom BVerwG entwickelten verfassungsrechtlichen Kernbereich des Asylrechts(136). Stillschweigend nimmt das BVerwG mit der Entwicklung des verfassungsrechtlichen **Kernbereichs** des Asylrechts das **Kernele-**

(131)BVerwG 49, 202 (205); 62, 206 (210).

(132)BVerwG, a.a.O..

(133)BVerwGE 62, 206 (210) .

(134)BVerwGE 49, 202 (206) .

(135)BVerwGE 49, 202 (205) .

(136)Reinhard Marx, in: Marx/Strate/Pfaff, AsylVfG, z. Auflage, Frankfurt am Main 1987, Rdn. 381 f. zu § 1.

Grundrechtssystems der Abwehrcharakter immanent, jedoch fraglich ist, welche rechtlichen Auswirkungen hieraus für das Verhältnis zwischen Abs. 2 S. 1 sowie Abs. 1 von Art. 16 a GG zu ziehen sind.

2.4.3.2.2. Negatorische Schutzwirkung des Asylrechts

Ausgangspunkt der Erörterungen ist die ständige Rechtsprechung des BVerfG, derzufolge die Grundrechte der Verfassung und damit auch das Asylgrundrecht **in erster Linie Abwehrcharakter** hat. Zwar hat das BVerfG dies bislang für das Asylrecht nicht ausdrücklich festgestellt. Es lassen sich jedoch zahlreiche Anhaltspunkte in seiner Rechtsprechung ausmachen, welche diese Ansicht stützen. So hat das Gericht hervorgehoben, es sei Aufgabe des Asylrechts, politisch Verfolgten **Schutz vor den Zugriffsmöglichkeiten** des Verfolgerstaates zu sichern⁽¹²⁷⁾. Seine Ansatz sei deshalb darauf gerichtet, vor politischer Verfolgung Flüchtenden **Zuflucht und Schutz** zu gewähren⁽¹²⁸⁾. Während der Begriff Zuflucht auf den klassischen Begriff des Asyls als Ort⁽¹²⁹⁾ verweist, zielt der Begriff Schutz (vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates) auf das bloße **Unterlassen** von Maßnahmen, die diesen Zugriff ermöglichen würden. Bei der bloßen Schutzgewährung bleibt zunächst noch offen, was im einzelnen vom Adressaten des Grundrechts gefordert wird. Negativ wird allein ein Unterlassen verlangt. Demgegenüber schwingt im Begriff der Zuflucht bereits eine Aufenthaltskomponente mit. wenn das BVerfG dies bislang auch nicht ausdrücklich hervorgehoben hat, verdeutlicht seine Rechtsprechung jedoch, daß es beim Asylrecht von einem **zweistufigen Aufbau** ausgeht. **In erster Linie** gewährt das Asylrecht **negatorisch** Verfolgungsschutz (vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates). Ob darüber hinaus das Asylrecht auch einen Anspruch auf Zuflucht (durch Aufenthaltsgewährung) vermittelt, ist abhängig davon, ob der Flüchtling dieses Schutzes noch bedarf oder ob ihm bereits durch einen anderen Staat (negatorisch) hinreichende Sicherheit vor Verfolgung (durch den Herkunftsstaat) gewährt wird⁽¹³⁰⁾.

Der sich hier in der Rechtsprechung des BVerfG abzeichnende zweistufige Aufbau des Asylrechts war bereits 1975 vom BVerwG grundrechtsdogmatisch vorgezeichnet und 1981 erneut bekräftigt worden. Das BVerwG weist ausdrücklich darauf hin, daß der Asylrechtsbegriff einer Unterscheidung in **zwei Bereiche** bedür-

(127)BVerfGE 56, 216 (236) .

(128)BVerfGE 74, 51 (64) .

(130)S. hierzu: Eduardo Arboleda/Ian Hoy, The Convention Re fugée Definition in the West: Disharmony of Interpretation and Application, in: IRLJ 1993, 66 (68 ff.).

sao BVerfG, InfAuslR 1992, 226 (228 f.).

ment des völkerrechtlichen Rechtsschutzes für Flüchtlinge in Bezug. Mit seiner Bestätigung des Verbotes der Zurückweisung an der Grenze ist die Rechtsprechung des BVerwG zugleich Ausdruck der Staatenpraxis, welche das Zurückweisungsverbot zum Refoulementverbot rechnet⁽¹³⁷⁾. Zugleich kann dieser Rechtsprechung das Bemühen entnommen werden, nach Möglichkeiten den Inhalt der grundrechtlichen Schutzwirkungen des Asylrechts aus der Regelungstradition des Völkerrechts abzuleiten. Dies hat entscheidende Auswirkungen auf die Bestimmung der negatorischen Schutzkomponente von Art. 16 a I GG sowie die Ermittlung der Reichweite des Ausschlußtatbestandes nach Art. 16 a II 1 GG. Die negatorische Schutzwirkung des Asylgrundrechts ist damit **doppelt** verstärkt. Sie ist Ausdruck der Menschenwürdegarantie von Art. 1 I GG und zugleich innerstaatliche Umsetzung eines materiell verfaßten Völkerrechts.

Das subjektive Recht enthält im Asylrecht damit ein Recht auf eine bestimmte Handlung gegenüber dem Staat in zweifacher Weise: Es verpflichtet den Adressaten des Grundrechts zur Beachtung des Verfolgungsschutzes, geht also auf Unterlassen. In diesem Umfang ist die Handlungspflicht durch Art. 1 I GG verfassungsrechtlich verstärkt und gehört nach der Rechtsprechung des BVerwG zum **unantastbaren** Kernbereich des Asylgrundrechts, ist mithin nach Art. 79 III GG auch der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen. Darüber hinaus enthält das Asylrecht das Recht auf Aufenthaltsgewährung. Diese Handlungspflicht des Staates wird jedoch nicht zum unantastbaren Kernbereich des Asylrechts gerechnet. Damit zeichnet sich auf grundrechtsdogmatischer Ebene eine verfassungsrechtliche Lösung der Bestimmung der Reichweite des Ausschlußtatbestandes von Art. 16 a II 1 GG ab. Die Berufung auf den negatorischen Grundrechtsschutz des Art. 16 a I GG darf nämlich nach den bisherigen Erörterungen durch Art. 16 a II 1 GG **nicht** ausgeschlossen werden.

Die abwehrrechtliche Betrachtungsweise führt mithin zu einer **Ausdehnung des Grundrechtsschutzes (138)**, freilich – was hinzuzufügen ist – strikt auf den Umfang des negatorisch geschützten Bereichs begrenzt. Zutreffend charakterisiert **Otto Kimminich** daher den Streit über die statusrechtliche Einordnung des

(137) Siegfried Magiers, Das internationale Recht in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1985, 1739 ((1740)), sieht in den Entscheidungen des BVerfG "Staatenpraxis", welcher zur Prägung und Fortentwicklung des Völkerrechts beitrage. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch für die Rechtsprechung des BVerwG gelten sollte.

(138) Ralf Rothkegel, in GK-AsylVfG, Vorb. § 1 Rdn. 90; ders., Ewigkeitsgarantie für das Asylrecht?, in: ZRP 1992, 222 (227).

Asylrechts als "fruchtlos und überflüssig"(139). Denn auch jene, die beim Asylrecht den leistungsrechtlichen Charakter in den Vordergrund stellten, hätten damit nicht zum Ausdruck bringen wollen, daß sich das Asylrecht in den Rechten auf staatliche Hilfeleistung erschöpfe. Im Vordergrund stehe der Verfolgungsschutz(140). Abzugrenzen von der rein abwehrrechtlichen Konzeption des Asylrechts ist dagegen das **Bleiberecht des Asylantragstellers**, das nicht notwendigerweise Bestandteil des Asylrechts selbst sein muß, sondern sich auch als bloßer "**Reflex**" der verfahrensrechtlichen Komponente der Vorwirkungen des Asylgrundrechts verstehen läßt(141). Da der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Regelung in Art. 16 a II 1 GG auf diese **11Vorwirkung11** (BT-Drs. 12/4152, S. 4) abzielt, ist zu fragen, ob und in welchem Umfang **Verfahrensschutz** notwendiger Bestandteil des negatorischen Grundrechtsschutzes im Asylrecht ist und ob und in welchem Umfang ein derartig zwingender Verfahrensschutz auch ein gewisses Maß an **Aufenthaltsschutz** erfordert. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die durch Art. 16 a II 1 GG nicht ausgeschlossene Berufung auf den negatorischen Grundrechtsschutz nach Art. 16 a I GG nicht von Verfassung wegen in irgendeiner Weise auch einen gewissen verfahrensrechtlichen Schutz begründet.

2.4.3.2.3. Verfolgungsschutz durch Verfahrensschutz

Methodologisch ist ein Zusammenhang zwischen Verfolgungsschutz, Verfahrens- und Aufenthaltsschutz herzustellen, wobei freilich der eng begrenzte Bereich des negatorischen Grundrechtsschutzes im Vordergrund steht: Nur **wenn und soweit** die effektive Gewährleistung von Verfolgungsschutz auch Verfahrens- und Aufenthaltsschutz erfordert, hätten diese beiden Komponenten des Asylrechts Teil an der Schutzwirkung des unantastbaren Kernbereichs des Grundrechts auf Asyl. Diese Fragestellung ist neu und bisher so noch nicht behandelt worden. Die dargestellten Intentionen des verfassungsändernden Gesetzgebers machen aber deren präzise Analyse unabweisbar.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sichert die verfassungsrechtliche Asylrechtsnorm nicht nur materiell das Asylrecht des politisch Verfolgten; der Bestimmung komme auch verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Allgemein fordere die ver-

(139) Otto Kimminich, in: BK, Art. 16 Rdn. 278.

(140) Otto Kimminich, a.a.O.; ähnl. Erhard Denninger/Frederik Rachor, Asylrecht und Sichtvermerkszwang, in: ZAR 1987, 51 (52); Bernhard Schlink/Joachim Wieland, Klagebegehren und Spruchreife im Asylverfahren, in: DÖV 1982, 426 (430), die jedoch ungenau allein auf den Auslieferungsschutz als den negatorisch geschützten Kernbereich abstellen.

(141) Ralf Rothkegel, in: GK-AsylVfG, Vorb. § 1 Rdn. 60.

fassungsrechtliche Gewährleistung der Grundrechte auch im jeweiligen Verfahrensrecht Geltung. Diesem Grundsatz entsprechend müsse auch das Asylgrundrecht **dort** auf die Verfahrensgestaltung Einfluß haben, wo es um das grundgesetzlich garantierte Recht des Betroffenen auf Asyl gehe(142). Das Grundgesetz treffe aber keine Bestimmung darüber, wie die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Asylanspruchs festzustellen seien; es enthalte insoweit auch **keinen** ausdrücklichen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber. "Indes bedürfen Grundrechte allgemein, sollen sie ihre Funktion in der sozialen Wirklichkeit erfüllen, geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregelungen sowie einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist." Dies gelte auch für das Asylrecht, "weil anders die materielle Asylrechtsverbürgung nicht wirksam in Anspruch genommen werden kann(143).

Damit bezieht das BVerfG den Verfahrensschutz zwar auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des Asylrechts und gibt dabei zugleich eine verfassungsrechtliche Leitlinie für die Gestaltung des Asylverfahrens insgesamt vor. Jedoch stellt es zwischen dem jeweiligen **Inhalt** des Grundrechts sowie seiner verfahrensrechtlichen Durchsetzung einen Zusammenhang her: Dort wo das Grundrecht auf Asyl sozusagen auf dem Spiel steht, wo es um seine Schutzwirkung schlechthin geht, erfordert das Grundgesetz eine bestimmte Verfahrensgestaltung zur Gewährleistung dieses Grundrechts(144), hier von Verfolgungsschutz. Der verfassungsrechtlich gebotene Verfahrensschutz setzt damit nicht erst bei der inhaltlichen Prüfung des Asylbegehrens, sondern bereits in dem Stadium ein, in dem die Gewährleistung von Verfolgungsschutz beantragt wird. Zumeist fällt dieses Schutzbegehren mit dem Antrag auf Asylanerkennung zusammen. Das Verfahren kann jedoch entsprechend dem zweistufigen Aufbau des Asylrechts einen unterschiedlichen Verlauf nehmen. Zwar hat das BVerfG hervorgehoben, das Asylrecht könne nur im Wege eines rechtlich geregelten Verfahrens wahrgenommen werden. Derartige Feststellungsverfahren "regelten", "beschränkten" jedoch nicht das Asylrecht(145). Damit ist der leistungsrechtliche Charakter des Asylrechts angesprochen, der hier auf die Asylanerkennung zielt. Insoweit hat die Asylrechtsgewährung **"gleichsam konstitutive Wirkung(146)**. Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, hierauf den von Verfassung wegen gebotenen Verfahrensschutz zu beschränken. Soweit der Inhalt des Asylanspruchs

(142)BVerfGE 52, 391 (407).

(143)BVerfGE 56, 216 (235 f.).

(144)BVerfGE 52, 391 (407).

(145)BVerfGE 60, 253 (295) .

(146)BVerfG, a.a.0..

über den bloßen Verfolgungsschutz hinausreicht (Asylanerkennung), geht das BVerfG offensichtlich davon aus, daß das Asylrecht leistungsrechtlichen Charakter hat, so daß folgerichtig die gerichtliche Durchsetzung der Asylanerkennung in Form der Verpflichtungsklage erstritten werden muß(147).

Darin erschöpft sich der vom Grundgesetz geforderte Verfahrensschutz jedoch nicht. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines verfassungsmäßigen Rechts gehört vielmehr seine effektive Durchsetzbarkeit(148). Dies ist der Kerngedanke einer verfahrensorientierten Grundrechtsinterpretation. Die Rechtsprechung des BVerfG hat damit in dem Sinne zu einem **Funktionswandel der Grundrechte(149)** geführt, als die Grundrechte nicht mehr in erster Linie auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch den **Richter** zielen, sondern bereits bei der Gestaltung des **Verwaltungsverfahrens** dem Rechtsschutz der Grundrechtsträger effektiv Rechnung zu tragen ist(150). Nicht erst die den gerichtlichen Rechtsschutz in Art. 16 a II 3 GG betreffende Regelung ist daher unter dem Blickwinkel einer verfahrensorientierten Grundrechtsinterpretation von Bedeutung, sondern vorrangig zielt das Interesse auf die Auswirkungen, die sich aus der materiellen Regelung in Art. 16 a II 1 GG für das Verwaltungsverfahren ergeben. Nicht etwa eine gerichtliche Entscheidung, sondern die Verwaltungsentscheidung ist der zentrale, für die Asylanerkennung ausschlaggebende Akt. Es ist deshalb **vorrangig** Aufgabe der Verwaltungsbehörde, das Verfahren **ordnungsgemäß durchzuführen(151)**. Die mögliche Betroffenheit des materiellen Grundrechts durch die jeweilige Verfahrensgestaltung sowie die daraus resultierende Forderung eines grundrechtskonformen Verfahrens ist jedoch keine Besonderheit der Leistungsverwaltung. Vielmehr gilt sie im gleichem Maße für die Abwehrfunktion der Grundrechte. Ein wirksamer Schutz des Grundrechts als status negativus fordert daher als prozedurale Ergänzung der materiellen Rechtsposition einen effektiven individuellen Verfahrensschutz.

Diese Forderung ergibt sich aus der gefestigten Rechtsprechung beider Senate des BVerfG. Das Gericht leitet **unmittelbar** aus den Einzelgrundrechten die Forderung nach einer verfassungskonformen Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ab(152). Das Ver-

(147)BVerfGE 54, 341 (360).

(148)BVerfGE 39, 276 (294), stdg. Rspr

(149)Dieter Grimm, Verfahrensfehler als Grundrechtverstöße,
in: NVwZ 1985., 865 ff

(150)Konrad Hesse, a.a.O., S. 436, m.w.Hw..

(151)BVerfGE 60, 253 (290) .

(152)BVerfGE 53, 30 (65) .

waltungsverfahren diene der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen(153). Unklar ist die dogmatische Verortung dieser Rechtsprechung. Zwar wird dem BVerfG insoweit eine dogmatische Verwirrung vorgehalten(154). Seiner Rechtsprechung kann aber wohl entnommen werden, daß es die verfahrensrechtliche Schutzwirkung der Grundrechte aus der objektiven Wertordnung der Grundrechte ableitet(155). Hierfür spricht, daß nach seiner Ansicht die Grundrechte nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz erforderlich ist(156). Das Verfahren habe **Komplementärfunktion** für die Durchsetzung des materiellen Rechts(157).

Diese grundrechtsdogmatische Verortung des Verfahrensrechts bedeutet eine **prinzipielle Verstärkung** der Geltungskraft der Grundrechte(158). Dies bedeutet also nicht die Berufung auf ein dogmatisches uferloses Wertedenken(159). Bei der Entwicklung der verfahrensschützenden Wirkung materieller Grundrechtsverbürgungen bleibt die Interpretation vielmehr an den normierten Umfang der Grundrechtsnorm gebunden. Mit der prinzipiellen Verstärkung dieser Norm durch Gewährleistung von Verfahrensschutz gewinnt die objektive Wertordnung keine von dieser Norm unabhängige Bedeutung. Vielmehr hat sie stets nur den Charakter eines Mittels zum Schutze des jeweils zu interpretierenden Grundrechts(160). Jedoch wird der Verfahrensschutz mit dem jeweiligen Grundrecht in einer Weise verknüpft, daß formelle und materielle Komponente des Grundrechts im gleichen Umfang verfassungsrechtlichen Schutz gewähren. Dies ist die Folge der

(153)BVerfGE 42, 64 (73); 46, 325 (333).

(154)Dieter Grimm, a.a.O., S. 869.

(155) So zustimmend: Erhard Denninger/Frederik, Rachor, a.a.O., S. 54; Robert Alexy, a.a.O., S. 49 ff..

(156)BVerfGE 53, 30 (65) .

(157) BVerfG 73, 2890 (296) .

(158)So zur Funktion der objektiven Wertordnung: BVerfGE 7, 198 (205); 50, 290 (337).

(159)Krit. i.d.S. Bernhard Schlink, Freiheitsgewähr durch Eingriffsabwehr, in: EuGRZ 19884, 457 (463); ebenfalls Erhard Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, in: JZ 1975, 545 ff. (549); Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 169 f., wohl zustimmend auf S, 193 ff..

(160)So wohl Robert Alexy, a.a.O., S. 61.

Wechselbezüglichkeit zwischen dem materiellen Grundrechtsschutz und dem diesen prinzipiell verstärkenden Verfahrensschutz.

Zutreffend ist, daß die Grundrechte selbst kein fertiges Rezept für die Grundrechtssicherung durch Verfahren enthalten. Diese Pflicht trifft in erster Linie den Gesetzgeber. Es läßt sich allerdings ein grundrechtlich gefordertes und daher vom Gesetzgeber nicht unterschreitbares Minimum an prozeduralen Grundrechtsschutz feststellen. Wird es gesetzlich nicht gewährt, hat der Richter es in unmittelbarer Anwendung der Grundrechte zuzusprechen⁽¹⁶¹⁾. Was der Staat von Grundrechts wegen nicht darf, ergibt sich restlos aus dem Grundrecht selbst⁽¹⁶²⁾. So darf er im Asylrecht nicht den Verfolgungsschutz mißachten. Für die Regelung des Asylrechts stehen ihm zwar mehrere Gestaltungsmöglichkeiten offen. Unmittelbar grundrechtsgeboten ist aber, daß ein der Realisierung des Grundrechts ermöglichendes Verfahren überhaupt bereitgestellt wird. Die völlige Vereitelung des gebotenen Verfahrens verstößt gegen das Grundrecht⁽¹⁶³⁾.

Das Asylrecht ist ebenso wie das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung deshalb unter einem 'Verfahrensvorbehalt' gestellt, weil es nur durch ein Verfahren in der Lebenswirklichkeit aktualisiert werden kann. Der Gesetzgeber darf solche Grundrechte jedoch "nicht in seinem sachlichen Gehalt einschränken, sondern nur die Grenzen offenlegen", die in den Begriffen der Grundrechtsnorm selbst schon enthalten sind⁽¹⁶⁴⁾. Daraus wird aber auch zugleich deutlich, daß Verfahrensschutz ein wesentliches Element des Grundrechts ist. Ohne diesen Schutz kann der schlechthin unantastbare Kernbereich des Asylrechts gar nicht effektiv durchgesetzt werden. Aus dieser so verstandenen "Verfahrensabhängigkeit" des Asylrechts ergibt sich, daß die vollständige Vorenthaltung eines Verfahrens mit dem Grundrecht auf Asyl nicht vereinbar ist. Für die Reichweite des Ausschlußtatbestandes nach Art. 16 a 1 GG hat dieser verfassungsrechtliche Ausgangspunkt entscheidende Bedeutung. Denn das BVerfG hat ausdrücklich klargestellt, daß die gesetzliche Gestaltungsfreiheit zur Regelung des Verfahrens in der asylrechtlichen Grundrechtsnorm ihre Grenze finde. Deren damit auch für das Verfahren maßgebliche Reichweite ist nach der Aufgabe der Asylrechtsgarantie zu bestimmen, politisch Verfolgten Schutz vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolger-

(161) Dieter **Grimm**, a.a.O., S. 867 f..

(162) Dieter Grimm, a.a.O., S. 869.

(163) Dieter Grimm, a.a.O., S. 870.

(164) BVerfGE 48, 127 (163); 69, 1 (23).

staates zu gewähren(165).Ebenso hat das BVerwG unmittelbar aus der Grundrechtsnorm einen ergänzenden Regelungsauftrag an den Gesetzgeber zur Verfahrensgestaltung abgeleitet(166). Daraus folgt, daß sich aus Art. 16 a I GG unmittelbar eine Verpflichtung zur Bereithaltung eines Verfahrens ergibt, welches für die einzelnen Fallgestaltungen in Art. 16 a II 1 u. III 2 GG durchaus unterschiedlich gestaltet werden kann.

Gegen die Verknüpfung des Verfahrensschutzes mit dem negatorischen Grundrechtsschutz spricht nicht die gelegentliche Charakterisierung des Verfahrensschutzes als die - leistungswirtschaftlich - zu begründende Einräumung von **Verfahrensteilhabe** (167). Denn diese Kategorisierung zielt auf den Umfang der Einräumung von Verfahrenspositionen, um die fehlende Einflußnahme auf die Verwaltungsprogrammierung und die Verkürzung des Individualrechtsschutzes zu kompensieren(168). Hiermit ist die Funktion von Verfahrensschutz als Verstärkung des grundrechtlichen Abwehrcharakters nicht vergleichbar. Denn hierbei geht es um die Sicherstellung von Verfahrensschutz als sich, um die Durchsetzbarkeit des negatorischen Grundrechtsschutzes überhaupt gewährleisten zu können. Insoweit gehört Verfahrensschutz zu den **wesentlichen** Bestandteilen eines verfassungsmäßigen Rechts(169). Zutreffend unterscheidet **Konrad Hesse** daher zwischen der verfahrensorientierten Grundrechtsinterpretation einerseits sowie dem Verständnis der Grundrechte als Teilhaberechte andererseits(170). Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, Verfahrensschutz an sich zu gewähren, ist unauflöslich mit der materiellen Verbürgung des Grundrechts selbst verbunden. Sie ist im Asylrecht Bestandteil des unantastbaren Kernelementes des Verfolgungsschutzes und damit einer Disposition auch des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen. Nicht zum Kernbereich des Grundrechts gehört die Art und Weise der Ausgestaltung des Verfahrensschutzes. Insoweit enthält die Drittstaatenregelung in Art. 16 a II 1 GG eine besondere verfassungsrechtliche Bestimmung.

2.5. Rechtscharakter des Ausschlußtatbestandes von Art. 16 a II 1 GG

Nachdem die dogmatischen Strukturen sowie der Inhalt des Asyl-

(165)BVerfGE 56, 216 (236).

(166) BVerwGE 49, 202 (206) .

(167) Dieter Grimm, a.a.O., 867, 869; Bernhard Schlink, a.a.O., S. 465.

(168) Dieter Grimm, a.a.O., S. 869.

(169)BVerfGE 39, 276 (294) .

(170) Konrad Hesse, a.a.O., S. 434.

grundrechts nach Art. 16 a I GG deutlich geworden sind, kann die Reichweite des Ausschußtatbestandes gemäß Art. 16 a II 1 GG bestimmt werden. Dies setzt zunächst die Klärung des Rechtscharakters des Ausschußtatbestandes voraus. Das BVerfG hat in Fällen, in denen der Flüchtling in einem Drittstaat erkennbar effektiven Verfolgungsschutz erhalten hat, die Schutzbedürftigkeit für die Asylrechtsgewährung verneint (171). Seiner Rechtsprechung ist zu entnehmen, daß das Gericht in derartigen Fällen den Tatbestand politischer Verfolgung verneint. Sicherheit in einem Drittstaat begründet danach einen materiellen **Asylausschlußtatbestand**. Diese Wirkung der fehlenden Schutzbedürftigkeit wird in der fachgerichtlichen Rechtsprechung ausdrücklich hervorgehoben: Auch wenn die **Schutzlosigkeit** des Verfolgten in der Verfassungsnorm des Art. 16 II 2 GG nicht unmittelbar Ausdruck gefunden habe, sei sie Voraussetzung des materiellen Asylanspruchs. Durch das **zusätzliche** Merkmal der Schutzlosigkeit werde der Kreis der nach Art. 16 II, 2 GG Anspruchsberechtigten auf jene politisch Verfolgten begrenzt, die nicht bereits anderweitig Schutz erlangt hätten (172).

Das **ungeschriebene** Tatbestandsmerkmal der Schutzlosigkeit dürfe der Gesetzgeber verfassungsrechtlich unbedenklich in 11pauschalierender und generalisierender Form" nachzeichnen. Denn er sei auf dem Gebiet des Asylrechts, nicht anders als auf anderen Rechtsgebieten, auch bei verfassungsrechtlichen Ansprüchen "zu einer generalisierenden und pauschalierenden **Nachzeichnung** eines anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Umstandes berechtigt (173). Wendet man diese Grundsätze auf die Beziehung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 von Art. 16 a GG an, so kann festgehalten werden, daß die Einreise aus einem sicheren Drittstaat einen materiellen Asylausschlußtatbestand begründet. Insofern zeichnet Abs. 2 S. 1 lediglich nach, was bereits in Abs. 1 von Art. 16 a GG vorgegeben ist. Die ausdrückliche Aufnahme des Ausschußtatbestandes in den Verfassungstext soll die verfassungsrechtlichen Grundlagen klarstellen und zugleich bereits in der Verfassung die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des Ausschußtatbestandes festlegen.

Zutreffend ist, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber mit dem Einreisebegriff in Art. 16 a II 1 GG bewußt eine Verschärfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Ausschußtatbestandes gegenüber dem vorherigen Recht bezweckt hat. Konzeptionell enthielt jedoch bereits das alte Recht eine Liste sicherer Drittstaaten, machte den Asylausschluß jedoch von einem Voraufenthalt in einem derartig sicheren Staat von drei Monaten abhängig. Demgegenüber reicht nunmehr die bloße Einreise

(171) BVerfG, EZAR 205 Nr. 16 = InfAuslR 1992, 226.

(172) BVerwG, NVwZ 1992, 380 (381).

(173) BVerwG, a.a.O.. Hervorhebung durch R.M.

aus einem sicheren Drittstaat unabhängig von der Dauer des Voraufenthaltes aus. Wie Art. 16 a II 1 GG erachtete der einfache Gesetzgeber des § 9 I 2 Nr. 2 **AsylVfG a.F. EG-Staaten** für sicher und erweiterte die Reihe derartiger Staaten wie Art. 16 a II 2 GG um vier weitere europäische Staaten. Grundlage der Normierung eines anspruchsausschließenden Tatbestandes bei einem drei Monate überschreitenden Voraufenthalt in einem EG-Staat oder in einem der vier anderen in § 9 II 2 Nr. 2 AsylVfG a.F. genannten Staaten "war für den Gesetzgeber erkennbar seine Bewertung dieser Staaten als Länder, die nach ihrer politischen und rechtlichen Ordnung und nach den dort vorzufindenden materiellen Lebensbedingungen alle rechtlichen Anforderungen an eine ausländische Fluchtalternative erfüllen(174).

Wie im alten Recht ist für die Regelung in Art. 16 a II 1 GG die Schutzlosigkeit des politisch Verfolgten das ausschlaggebende Kriterium: Wer über einen sicheren Drittstaat einreist, bedarf keines Schutzes in der Bundesrepublik mehr (BT-Drs. 12/4152, S. 4). Ebenso wie nach altem Recht sind für die Qualifizierung der sicheren Drittstaaten bestimmte rechtliche und politische Bedingungen maßgebend, deren Festlegung jedoch nicht in das Belieben des einfachen Gesetzgebers gestellt werden soll. Vielmehr erachtet der verfassungsändernde Gesetzgeber es für notwendig, insoweit bestimmte verfassungsrechtliche Vorgaben zu machen (Art. 16 a II 1 GG). Enthielt jedoch die alte "Listenregelung" in § 9 I 2 Nr. 2 AsylVfG eine Widerlegungsvermutung, fehlt diese im Verfassungstext und auch im Ausführungsgesetz (§ 26 a I AsylVfG). Aus dem Fehlen dieser Widerlegungsvermutung wird allgemein geschlossen, Art. 16 a II 1 GG untersage eine Prüfung im Einzelfall. Der einfache Gesetzgeber scheint mit den Regelungen in §§ 24 I 3; 26 a; 31 IV; 34 a I AsylVfG zu erkennen zu geben, daß die Prüfung der Sicherheit im Drittstaat ausgeschlossen sein soll; die Praxis jedenfalls verfährt so.

Ungeachtet ihres pauschalierenden und generalisierenden Charakters ließ die frühere "Listenregelung" "Raum für eine angemessene Berücksichtigung von besonderen Umständen des einzelnen Falles, etwa der auch bei einem EG-Staat nicht schlechthin auszuschließenden Möglichkeit, daß ein Flüchtling trotz längerem Aufenthalts dort im Einzelfall die für eine ausländische Fluchtalternative erforderliche Sicherheit vor Verfolgung oder vor wirtschaftlicher Not nicht erlangt hat(175). Das Fehlen der Widerlegungsvermutung in der Verfassungsnorm muß aber nicht notwendigerweise bedeuten, daß von Verfassungs wegen eine Prüfung der Sicherheit im Drittstaat im Einzelfall untersagt ist. Die Interpretation der Verfassung im Sinne einer Grundrechtsoptimierung legt vielmehr den Schluß nahe, daß Art. 16 a I GG

(174) BVerwG, a.a.0..

(175) BVerwG, a.a.0..

- 59 -

den einfachen Gesetzgeber verpflichtet, zur effektiven Anwendung der Drittstaatenregelung von Art. 16 a II 1 GG geeignete verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen.

Die Interpretation von Art. 16 a II 1 GG ist **Verfassungsinterpretation** und wirft die Frage auf, nach welchen Grundsätzen die Verfassung auszulegen ist. Das **Verfassungsgesetz** ist Ausdruck der Entscheidungen und Kompromisse des Verfassungsgebers bzw. der verfassungsändernden Organe. Es stellt damit wie jedes Gesetz vor Probleme des Verhältnisses von Wille (des Gesetzgebers) und Ausdruck (im Verfassungstext). Praktisch geht es dabei vor allem um die mögliche Verschiedenheit zwischen dem faktischen Willen des historischen Verfassungsgebers sowie dem vernünftigen Sinn des Verfassungsgesetzes zur Auslegungszeit(176). Da es einerseits eine Vielzahl anerkannter Auslegungsmethoden, andererseits keine anerkannte Rangfolge innerhalb dieser Methoden gibt, besteht das Kernproblem der Verfassungsinterpretation darin, ob

die juristische Methodenlehre überhaupt über einen konsensfähigen Regelkanon verfügt, der der Richterwillkür rational kontrollierbare und juristischer Kompetenz unterliegende Grenzen setzen kann(177).

Die Erinnerung an die **Gesetzesform** der Verfassung ist notwendig, hilft aber häufig deshalb nicht weiter, weil die große Mehrzahl der Verfassungsnormen in ihrer normativ-inhaltlichen Struktur mit den klassisch-hermeneutischen Methoden nur unzureichend interpretiert werden können(178). Die Verfassung enthält nur eine beschränkte Anzahl grundlegender Regelungen. Um seiner Vorrangfunktion gegenüber dem Gesetz willen muß das Verfassungsrecht daher eigenständige Begriffe herausbilden(179). Die Konsequenz hieraus ist, daß eine Methodendiskussion zur Verfassungsinterpretation immer zugleich auch eine Diskussion über Verfassungsbegriff und Verfassungstheorie ist und davon nicht abgelöst werden kann(180). Eine sachbezogene Verfassungstheorie ist daher immer zugleich auch Bestandteil des Ringens um das politische Selbstverständnis eines Gemeinwesens(181).

Für diese These ist gerade der Kampf um das politische Asyl

(176)Ralf Dreier, Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt am Main 1981, S. 107, 114.

(177)Ralf Dreier, a.a.O., 108.

(178)Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 81.

(179)Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbstständigkeit des Gesetzesrechts, in: NVwZ 1984, 401 (409).

(180)Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 82.

(181)Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStL Bd. 20 (1963), S. 53 (65).

ein anschauliches Beispiel. Denn kaum eine andere Frage der bundesdeutschen Innenpolitik hat die Gesellschaft derart aufgewühlt⁽¹⁸²⁾ und insbesondere die Konsensfähigkeit und -bereitschaft der Sozialdemokratie einer schmerzhaften Zerreißprobe ausgesetzt. Die Angriffe auf das Asylrecht verdeutlichen zudem, daß es bei dieser Frage auch um den **universellen Konsens über die Menschenrechte innerhalb** der nationalen Gesellschaft der Bundesrepublik geht. Denn die These vom "begrenzten Verstehen" einer nationalen Gemeinschaft und die damit zugleich einhergehende Aufspaltung der Ethik in einen "Nahhorizont der Ethik" sowie in deren "Fernhorizont"⁽¹⁸³⁾ bestreitet im Grunde genommen die Legitimation einer universellen Ethik, wie sie in den allgemeinen Menschenrechten zum Ausdruck kommt. Unrechtsphänomene in der Ferne stellen sicherlich die Aufgabe des Verstehens. Die nationalen Grundrechte sind jedoch Teil einer universellen materiellen Völkerrechtsordnung, die dem Menschenrechtsschutz einen besonderen Stellenwert einräumt. Nationale Asylrechtsgewährung ist Bestandteil einer derartigen internationalen Ordnung. Ausdruck hiervon ist auch die Rechtsprechung des BVerfG, wenn in ihr Vorgaben für die nationale Asylrechtsgewährung aus der völkerrechtlichen Regelungstradition entnommen werden. Die Formelkompromisse, wie sie in Art. 16 a II - V GG Gestalt gefunden haben, sind sicherlich eine legitime Reaktion auf einen erheblichen Problemlösungsbedarf. Sie sind daneben aber auch eine Antwort auf einen gesellschaftlichen Wertewandel. Es ist daher auch zu fragen, wie die Verfassungstheorie auf einen derartigen Wertewandel reagieren soll.

Einmalig an der Auseinandersetzung um das Asylrecht ist, daß hier zum ersten Mal in der Geschichte der Verfassung ein Grundrecht oder überhaupt eine verfassungsrechtliche Regelung von der Ursprungssubstanz des Jahres 1949 prinzipiell in Frage gestellt wird. Daß die Bundesrepublik offen für politisch Verfolgte sein sollte, gehörte zu den grundlegenden verfassungsrechtlichen Entscheidungen mit tiefgreifender Prägestkraft. Die Verfassungsentscheidung des Jahres 1949 bezieht ihre Kraft jedoch nicht allein aus dem einmaligen historischen Akt, sondern muß ihren Wert auch unter den Umständen der Gegenwart bewahren⁽¹⁸⁴⁾. Die Verfassungstheorie muß daher die neuartigen Fragen im Asylbereich in ihre Betrachtungen einbeziehen, muß aber anders als der politische Entscheidungskampf Distanz zum gesellschaftlichen Kontext bewahren. Gesellschaft-

(182)Herbert Schnoor, Prot. des Bundesrates, 657. Sitzung, 28.5.1993, S. 204.

(183)Winfried Brugger, a.a.O., S. 120.

(184)Christian Tomuschat, Asylrecht. Vom Konsens zur Kontroverse, in: Jahrbuch der Deutschen Stiftung für UNOFlüchtlingshilfe 1987, Klaus-Henning Rosen (Hrsg.), Baden-Baden 1987, S. 125 (128).

liche Forderungen dürfen in die Verfassungstheorie immer nur vermittelt durch das Medium des Rechts eindringen. Sie muß das Verfassungsrecht zugleich auch als Teil einer universellen Ordnung begreifen. Offen bleibt damit aber noch immer die Frage, nach welchen Kriterien Verfassungsnormen auszulegen sind.

In der Verfassungstheorie wird vorgeschlagen, der entscheidende Gesichtspunkt für eine Stärkung oder Rückgewinnung der Normativität der Verfassung liege in der Orientierung der Interpretation an einem Verfassungsbegriff, der verbindliche Leitlinien und darauf gegründete dogmatische Strukturen für die Interpretation zu geben vermöge. Verfassungstheorie in diesem Sinne bedeute eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielsetzung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile(185). Andere neigen eher dazu, den Verfassungstext anhand von **Prinzipien der Verfassungsinterpretation** auszulegen(186). Als derartige Topoi werden die "Einheit der Verfassung", das , 'Gebot der Grundrechtseffektivität"(187) oder die **"Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung(188)** genannt. Schließlich wird auf Art. 1 III GG verwiesen, demzufolge mit der Entscheidung für eine Grundrechtsordnung zugleich auch über die angemessene Auslegungsmethode entschieden sei(189). Dieser topisch-problemorientierten Methode wird entgegengehalten, daß in ihr eine radikal-normauflösende Konsequenz angelegt sei. Die wichtigste Voraussetzung für die Anwendung dieser Methode sei daher ein bereits bestehender Konsens über die Rechtsinhalte(190). Dem Kritiker seinerseits wird von Vertretern der topischen Methode vorgehalten, daß die von ihm durch den Sozialstaatsauftrag modifizierte liberal-rechtsstaatliche Methode, so bestechend sie auch sei, dem hermeneutischen Zirkel ver falle(191). Der Augenschein, der für das liberale Rechtsstaatsmodell gesprochen habe, sei zerfallen(192). Festgehalten werden kann jedoch, daß bei aller Unterschiedlichkeit im einzelnen, Verfassungstheorie

(185)Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S. 82 f.

(186) Ralf Dreier, a.a.O., S. 127

(187) Horst Ehmke, a.a.O., S. 61

(188)Albert Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, in: DÖV 1979, 309 ff..

(189)Ulrich Scheunber, Pressefreiheit, in: VVDStL Bd. 22 (1965), S. 1 (61).

(190)Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O., S.68 f..

(191)Ralf Dreier, a.a.O., S. 126

(192)Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, S, 560.

der Erkenntnis gerecht werden muß, daß nur die bestehende und als solche auch funktionsfähige Einheit die Möglichkeiten gesicherter grundrechtlicher individueller Rechte und Freiheiten und von Minderheitenschutz schafft(193).

Der für die Verfassungsinterpretation im Asylrecht maßgebliche eigenständige Verfassungsbegriff ist der des **Verfolgungsschutzes**. Dieser bestimmt entscheidend den materiell-rechtlichen Inhalt der Grundrechtsnorm in Art. 16 a I GG und damit auch den der Norm des Art. 16 a II 1 GG. Es kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß über den Inhalt dieses Rechtsbegriffs ein hinreichender Konsens besteht, nämlich darüber, daß die Verfassung politisch Verfolgte vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates schützen und diesen Verfolgungsschutz nur dann versagen will, wenn in einem Drittstaat hinreichende Sicherheit vor Verfolgungsschutz besteht. Mit diesen so herausgebildeten Verfassungsbegriff kann die Normativität der Verfassung gestärkt werden. Aus ihm können verbindliche Leitlinien entwickelt und hierauf geeignete Strukturen gegründet werden. Wegen des bestehenden Konsenses über den Inhalt des Begriffs des Verfolgungsschutzes kann auch ergänzend auf die topisch-problemorientierte Methode zurückgegriffen werden, hier insbesondere auf den Grundsatz der **Völkerrechtsfreundlichkeit des Verfassungsrechts**.

Die entscheidende Frage der Gewährleistung von Verfahrensschutz durch Einzelfallprüfung kann hiernach wie folgt gelöst werden: Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt ist die verfahrensrechtlich verstärkte negatorische Schutzwirkung des Grundrechts auf Asyl nach Art. 16 a I GG (Verfolgungsschutz). Diese bestimmt entscheidend den normativen Gehalt dieser Verfassungsnorm. Von hier aus erschließen sich die normativen Inhalte von Ausschluß- und Sondertatbeständen. Die Grundrechte haben ihren Ausgangspunkt in dem für die Staatsidee des bürgerlichen Rechtsstaates grundlegenden **Verteilungsprinzip** und erscheinen als Ausfluß und Konkretisierung dieses Verteilungsprinzips. Die Freiheitssphäre des einzelnen wird als prinzipiell unbegrenzt, freilich durch die Menschenwürde inhaltlich bestimmt, der gesetzgeberische Eingriff dagegen als prinzipiell begrenzt, meßbar und kontrollierbar normiert. Der Staat muß daher Einschränkungen des Freiheitsbereichs gegenüber dem einzelnen rechtfertigen(194). Diese durch die Grundrechtsordnung vorgegebene Rechtfertigungslast besteht für den einfachen wie für den verfassungsändernden Gesetzgeber. Wenn der Eingriff aber prinzipiell meßbar und kontrollierbar gestaltet werden muß, schließt dies folgerichtig ein, daß die Voraussetzungen für

(193) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main 1991, S. 355.

(194) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 119, 217; Bernhard Schlink, a.a.O., S. 467.

den Eingriff im Einzelfall überprüft können werden müssen.

Der Ausschlußtatbestand von Art. 16 a II 1 GG schließt damit nicht die Einzelfallprüfung aus, ob im gegebenen Fall keine hinreichende Sicherheit im vom Gesetzgeber generell als sicher eingestuften Drittstaat besteht. Entsprechend dem eingeschränkten Prüfungszweck und aufgrund der verfassungsrechtlich bzw. gesetzlich geregelten Vermutungswirkungen (Art. 16 a II 1 GG; Art. 16 a II 2 GG in Verbindung mit 5 26 a II AsylVfG) kann die Einzelfallprüfung jedoch vereinfacht werden. Denn entscheidend für die Ausschlußregelung des Art. 16 a II 1 GG ist die Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers, die Vorwirkung im Sinne eines "vorläufigen Bleiberechts" auszuschließen. Deshalb sollen die vorgebrachten Asylgründe nicht inhaltlich geprüft werden (ET-Drs. 12/ 4152, S. 4). Schon nach der gesetzlichen Begründung wird damit deutlich, daß die auf die konkrete Sicherheit im Drittstaat bezogene Einzelfallprüfung durch Art. 16 a II 1 GG nicht ausgeschlossen werden soll. Die zügig durchgeführte Prüfung kann die Vorwirkung auf das gebotene zeitliche Mindestmaß begrenzen.

Das BVerfG hat zu erkennen gegeben, daß es zu prüfen gedenkt, ob Art. 16 a II 1 GG im Falle tatsächlich festgestellter fehlender Schutzbereitschaft des Drittstaates im Hinblick auf Art. 16 a I GG einschränkend ausgelegt werden kann(195). Es handelte sich um den Fall einer irakischen Asylsuchenden, die über die Türkei und Griechenland eingereist war. Das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, daß die Verweigerung der Prüfung des Sachvorbringens durch das Verwaltungsgericht, demzufolge in Griechenland der Zugang zum Asylverfahren verweigert werde sowie im Irak menschenrechtswidrige Behandlung drohten, **"verfassungsrechtlich nicht tragfähig"** sei. Damit wird eine Tendenz erkennbar, in den Fällen, in denen im Drittstaat der Zugang zum Asylverfahren verweigert wird, eine hierauf bezogene Prüfung im Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren zuzulassen. Im entschiedenen Fall drohte nach dem Sachvorbringen in Griechenland deshalb die Gefahr der Weiterschlebung, weil die Asylsuchende nicht unmittelbar aus dem Herkunftsstaat, sondern über die Türkei nach Griechenland eingereist war.

Die griechische Praxis scheint jedoch Ausdruck eines bestimmten EG-Standards zu sein, freilich in besonders verschärfte Form: Nach der Empfehlung der EG-Einwanderungsminister vom 30. November 1992 sollen nämlich die Vertragsstaaten Art. 3 V der Dubliner Konvention dahin anwenden, daß Asylsuchende unter bestimmten Voraussetzungen in dritte Staaten außerhalb der EG zurückgeführt werden können. Erst wenn ein derartiger Staat nicht gefunden werden kann, darf die Zuständigkeit nach der Konvention bejaht und der Betreffende dem nach der Konvention zuständigen EG-Staat zugeführt werden. Zwar hat der zunächst

(195) BVerfG, B.v. 13.9.1993 2 BvR 1938/93.

angesprochene EG-Staat auch zu prüfen, ob der Flüchtling in dem Drittstaat wirksam vor der Weiterschlebung in seinen Herkunftsstaat geschützt wird, das Erfordernis, vor der Rückführung die Zustimmung des Drittstaates dahin einzuholen, daß der Betreffende Zugang zum Verfahren erhält, ist in der Empfehlung jedoch nicht erwähnt. Danach sollen die EG-Staaten Asylbegehren von Flüchtlingen in einem Zulässigkeitsverfahren lediglich daraufhin überprüfen, ob sie bereits in einem anderen Staat Verfolgungsschutz gefunden hatten. Dafür soll allein schon die Möglichkeit, daß der Flüchtling in diesem Staat an der Grenze Schutz hätte beantragen können, ausreichen.

Asylsuchende, die über einen EG-Staat in das Bundesgebiet einreisen, laufen nach diesem EG-Standard damit für den Regelfall, daß sie vor ihrer Einreise in den EG-Staat über einen anderen Drittstaat in diesen eingereist sind, regelmäßig Gefahr, daß ihnen im EG-Staat nicht der Zugang zum Asylverfahren eröffnet, sondern sie nach kurzer Zulässigkeitsprüfung in den Drittstaat außerhalb der EG zurückgeführt werden. Da dieser keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Übernahme des Flüchtlings hat, seine Zustimmung zur Rückübernahme auch nicht vorher eingeholt wird, besteht im Regelfall Refoulementgefahr für den Asylsuchenden. Die Übernahmeabkommen der Bundesrepublik mit den übrigen sicheren Drittstaaten dürften wohl kaum anders geregelt werden. Entscheidend dürfte nach der Rechtsprechung des BVerfG aber die Eröffnung des Zugangs zum Asylverfahren im sicheren EG- oder anderen Drittstaat sein. Denn erst die rechtsstaatliche Prüfung des Asylbegehrens durch den Drittstaat schützt hinreichend vor Weiterschlebung. Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob der Zugang zum Asylverfahren ohne oder nach Durchführung eines kurzen Zulässigkeitsverfahrens verweigert wird. Denn ein Staat kann im Lichte von Art. 16 a I GG solange nicht "sicher" sein, wie nicht feststeht, daß der Asylsuchende nach der Rückführung vollen Zugang zum Asylverfahren erhält. Denn nur so kann das verfassungsrechtlich unabdingbar zu beachtende Verbot der Kettenabschiebung wirksam eingehalten werden.

Die Verwirklichung des "gemeinsamen europäischen Raums" wird bei einer Umsetzung der politischen Vorgaben für in der EG Schutzsuchende, die nicht unmittelbar aus ihrem Herkunftsland einreisen, erhebliche Refoulementrisiken mit sich bringen. Dies ist die Folge davon, daß die Einwanderungsminister das von der Kommission befürwortete gemeinschaftliche Recht auf Asyl ablehnen. Art. 3 V der Dubliner Konvention verdeutlicht, daß Flüchtlingen entgegen den offiziellen Bekundungen im EGBereich **nicht** das Recht auf Prüfung ihres Asylbegehrens durch wenigstens einen EG-Staat gewährleistet wird. Vielmehr soll jeder Flüchtling nach Möglichkeit in einen außereuropäischen Drittstaat zurückgewiesen werden, ohne daß zuvor der hinreichende Verfolgungsschutz dort geprüft werden müßte. Nach dem EG-Standard führt bereits der bloße Gebietskontakt in einem außereuropäischen Drittstaat zur Verweigerung des Zugangs zum

Asylverfahren. Zwar wird ein Zulässigkeitsverfahren gewährt⁽¹⁹⁶⁾. Keinem Asylsuchenden wird jedoch der Zugang zum Verfahren eröffnet, der auf irgendeine Weise Gebietskontakt in einem außereuropäischen Drittstaat und dort die Möglichkeit der Schutzbeantragung gehabt hatte. Damit muß jeder Asylsuchende, der von einem außereuropäischen Drittstaat durch einen EG-Staat in das Bundesgebiet einreist, befürchten, nach der Rückführung durch die Bundesrepublik durch den EG-Staat in einen außereuropäischen Drittstaat abgeschoben zu werden. Da dieser Drittstaat keine Verpflichtung zur Rückübernahme hat und auch seine Zustimmung zur Rückübernahme nicht eingeholt wird, setzt die Bundesrepublik damit eine Ursachenkette in Gang, die zur Verletzung des Refoulementverbotes führen kann.

Die verfassungsrechtlich gebotene Gewährleistung von Verfolgungsschutz läßt eine derartige Praxis nicht zu. Art. 16 a II 1 GG schränkt zwar den Anwendungsbereich von Art. 16 a I GG ein; er zeichnet insoweit jedoch nur nach, was in der Individualgarantie bereits angelegt ist. Danach darf bei fehlender Schutzbedürftigkeit der Asylschutz versagt werden (BT-DRs. 12/4152, S. 3). Solange der Mangel der Schutzbedürftigkeit nicht feststeht, greift daher Art. 16 a II 1 GG nicht ein. Die Schutzbedürftigkeit entfällt jedoch erst dann, wenn im konkreten sicheren Drittstaat – und nicht erst in irgendeinem anderen Staat – hinreichend sicher der Zugang zum Verfahren eröffnet wird und dieses bestimmten völkerrechtlichen Mindestanforderungen genügt. Kann die so verstandene Schutzbereitschaft seitens des Drittstaates festgestellt werden, darf Art. 16 a II 1 GG eingeschränkt werden. Eine derartige Feststellung setzt jedoch die Durchführung eines hierauf gerichteten Verwaltungsverfahrens voraus.

Der Verweis auf die Widerlegungsvermutung in Art. 16 a III 2 GG kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die dort geregelte Fallgestaltung schließt ein vollständiges Asylverfahren ein, in dem die vorgebrachten Asylgründe vollinhaltlich geprüft werden. Zur Vereinfachung des Verfahrens hat der verfassungsändernde Gesetzgeber es deshalb für notwendig erachtet, bereits in der Verfassung eine materiell-rechtliche Vermutungsregelung zu normieren. Damit ist der Ausschlußtatbestand nach Art. 16 a II 1 GG nicht vergleichbar, da dort nicht inhaltlich die Asylgründe geprüft werden. Materiell-rechtliche Vermutungsregelungen sind im übrigen bereits im Verfassungstext enthalten. Von Verfassung wegen ist damit ein Verfahren bereitzuhalten, in dem im Einzelfall die Vermutung der Sicherheit im bestimmten Drittstaat widerlegt werden kann. Diese verfahrensrechtliche Notwendigkeit folgt insbesondere auch aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung.

2.6. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

(196) Morten Kjaerum, The Concept of Country of First Asylum
in: IJRL 1992, 514 (528).

Das BVerfG hat seit 1986 verstärkt auf das Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Begriffs des Asylrechts zurückgegriffen. Dies ist sachgerecht, knüpft doch beim Asylrecht das Verfassungsrecht unmittelbar an Vorgänge im Ausland an(197). Das Asylrecht ist daher im besonderen Maße durch die Wechselwirkung zwischen Völkerrecht und innerstaatlicher Grundrechtsordnung geprägt. Um den für die Bewahrung des internationalen Flüchtlingsrechtes notwendigen Konsens zu erhalten und zu verstärken, muß die innerstaatliche Praxis auf die Gestaltung des internationalen Konsenses einerseits Einfluß sowie andererseits darauf Bedacht nehmen, daß sie sich nicht gegen den international erreichten Standard entwickelt. So wird z.B. darauf hingewiesen, daß die innerstaatliche Gerichtspraxis zur Prägung und Fortentwicklung des Völkerrechts beiträgt(198). Auch wenn das BVerwG die Bedeutung des Zurückweisungsverbotes ausschließlich unter verfassungsrechtlichen Aspekten erörtert(199) trägt es somit aus der Sicht des Völkerrechts zu dessen Fortentwicklung bei. Ebenfalls war bereits darauf hingewiesen worden, daß insbesondere auch das BVerfG bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Asylgarantie inhaltlich an das völkerrechtliche Institut des Asylrechts anknüpft(200). Unklar ist bislang, welche Methode der Verfassungsinterpretation das BVerfG hierbei zugrundelegt und welches Gewicht dieser Art von Verfassungsinterpretation dabei zukommt.

Weiter oben war untersucht und festgestellt worden, daß das Verbot des Refoulement, wie es in Art. 33 I GFK Gestalt gefunden hat, auch vor Zurückweisungen an der Grenze schützt und es mit diesem Inhalt als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht gilt. Weiterhin war festgestellt worden, daß das Gebot der Einzelfallprüfung mit Blick auf die Sicherheit in einem bestimmten Drittstaat Bestandteil des Refoulementverbotes ist und damit ebenfalls den Rang einer allgemeinen Regel hat. Damit hat das Prinzip des Refoulement **verfassungsrechtlich** den Rang einer allgemeinen Regel nach Art. 25 GG. Kollisionen zwischen dem Völkerrecht und dem Verfassungsrecht würden daher nur dann auftreten, wenn man Art. 16 a II 1 GG dahin interpretiert, daß diese Norm die Einzelfallprüfung untersagt. Dies würde zu schwierigen Kollisionsproblemen führen, wenn den allgemeinen Re-

(197)Rudolf Bernhardt, Verfassungsrecht und internationale Lagen, in: DÖV 1977, 457 (462).

(198)Siegfried Magiera, a.a.O..

(199)BVerwGE 49, 202 (204) .

(200)BVerfGE 74, 51 (57); 76, 143 (156); 80, 315 (334).

geln Verfassungsrang eingeräumt würde(201). Denn Art. 25 GG soll eine Völkerrechtswidrigkeit des innerstaatlichen (Verfassungs)Rechts verhindern(202). Da aus dem Regelungszusammenhang von Art. 16 a I und II 1 GG das verfassungsrechtliche Gebot der Einzelfallprüfung hergeleitet worden war, brauchen hier derartige Kollisionen nicht erörtert werden. Art. 25 S. 2 GG hat jedoch vorliegend die Bedeutung, daß das Refoulementverbot den einfachgesetzlichen Regelungen des AsylVfG vorgeht. Sofern diese Regelungen ein Verbot der Einzelfallprüfung mit Blick auf den sicheren Drittstaat enthalten sollten, würden sie durch Art. 25 S. 2 GG verdrängt. Art. 25 S. 2 GG hat vorliegend daher in Ansehung des Refoulementverbotes lediglich die Wirkung, daß er das bereits aus Art. 16 a I und II 1 GG folgende Gebot der Einzelfallprüfung verfassungsrechtlich verstärkt und dadurch Einfluß auf die Auslegung der Regelungen des AsylVfG nimmt.

Unabhängig von der Bedeutung des Art. 25 GG kann aus den Regelungen des Grundgesetzes insgesamt der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung abgeleitet werden, so daß dieses Prinzip auch über den Grundsatz der Einheit der Verfassung Einfluß auf die Verfassungsinterpretation gewinnt. Der internationale Standard im Flüchtlingsrecht fließt damit über beide Topoi in das nationale Verfassungsrecht ein und bestimmt dadurch maßgeblich den Inhalt verfassungsrechtlicher Normen. Da topisch-problemorientiertes Interpretieren einen hinreichenden Konsens über den Inhalt des zugrundeliegenden Begriffs voraussetzt, ist allerdings eine klare Bezugnahme auf die völkerrechtlichen Grundlagen geboten, welche durch die Verfassungsinterpretation verfassungsrechtliche Begriffe beeinflussen. Konsens bezieht sich dabei zwar zunächst auf die Schar der Verfassungsinterpreten. Doch dürfen völkerrechtliche Begriffe lediglich in den Fällen Einfluß auf die Verfassungsinterpretation gewinnen, in denen in der Staatenpraxis ein ausreichender Konsens festgestellt werden kann. Der Begriff "völkerrechtlicher Mindeststandard" ist sinnfälliger Ausdruck für diese Forderung.

Der völkerrechtliche Konsens, der Einfluß auf den gebotenen verfassungsrechtlichen Konsens gewinnt, ist jedoch regelmäßig nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen. Gerade beim Gewohnheitsrecht bereitet die Feststellung einer allgemeinen Übung regelmäßig erhebliche Probleme, was aber auch für die Prüfung der Anwendung partikularen Völklerrechts in der Staatenpraxis gilt. Die aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des

(201) So: Albert Bleckmann, a.a.O., S. 313, s. auch S. 312: "materieller Vorrang des Völkerrechts"; Ralf Rothkegel, Ewigkeitsgarantie für das Asylrecht, in: ZRP 1992, 222 (224); anders die wohl h. M..

(202) Otto Kimminich, Völkerrecht und Verfassung in der deutschen Asylpraxis, in: JIR 1971, 296 (300).

Grundgesetzes abgeleitete Verpflichtung der Bundesrepublik, positiv an der Weiterentwicklung des Völkerrechts mitzuwirken⁽²⁰³⁾. verbietet jedoch eine Verstärkung restriktiver Tendenzen in der Staatenpraxis bei der innerstaatlichen Umsetzung von Völkerrecht. Geboten ist zwar eine objektive empirische Analyse der Staatenpraxis. Kann jedoch über den Umfang dieser Praxis keine letztverbindliche Klarheit gewonnen werden und sind aus **völkerrechtlicher** Sicht verschiedene Deutungen möglich, ist aus **verfassungsrechtlicher** Sicht für die Anwendung im innerstaatlichen Recht die den Individualschutz verstärkende Auslegung vorzuziehen.

Das Refoulementverbot wird z.B. in der Staatenpraxis dahin angewandt, daß mit Blick auf dritte Staaten vor der Abschiebung bzw. Zurückweisung eine Einzelfallprüfung durchgeführt wird. Hierfür sprechen nicht nur die Logik des internationalen Rechtsschutzes, sondern auch die allgemeinen Rechtsüberzeugungen, wie sie in Empfehlungen des Exekutivkomitees des UNHCR als Bestätigung einer allgemein geübten Praxis zum Ausdruck kommen. Sollten an dieser Auslegung Zweifel aufkommen, werden sie jedenfalls durch den internationalen Standard nicht bestätigt. Daher ist dieser individualschützenden Auslegung der Vorrang zu geben. Umgekehrt führt die aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgende **Wechselbezüglichkeit** zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht dazu, daß diese individualschutzverstärkende Auslegung des Völkerrechts ihrerseits bei verfassungsrechtlichen Zweifelsfragen maßgeblichen Einfluß gewinnt. Dies folgt aus der vom Grundgesetz intendierten **Entscheidungsharmonie** zwischen Völkerrecht und Verfassungsrechte⁽²⁰⁴⁾. Diese führt hier dazu, daß Zweifel über die Reichweite des Ausschlußtatbestandes von Art. 16 a II 1 GG dahin aufzulösen sind, daß derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, welcher das Verfassungsrecht mit dem so verstandenen internationalen Standard in Übereinstimmung bringt.

2.7. Kein gemeinschaftsrechtlicher Vorbehalt

Fraglich ist, ob aus dem Regelungszusammenhang von Art. 16 II 1 und V GG mit Blick auf die EG-Staaten abgeleitet werden kann, daß eine Einzelfallprüfung deshalb nicht vorgenommen werden dürfte, weil an die Stelle von Handlungen innerstaatlicher Organe Akte der Europäischen Gemeinschaft getreten seien. Zur Vermeidung der Gefahr ungleichmäßigen Rechtsschutzes in den einzelnen Mitgliedsstaaten⁽²⁰⁵⁾ dürfte das nationale Recht in diesem Fall keine verfahrensrechtlichen Sonderrege-

(203) Albert Bleckmann, a.a.O., S. 311.

(204) Rudolf Bernhardt, a.a.O., S. 461; Albert Bleckmann, a.a.O., S. 312.

(205) BVerfGE 58, 1 (28)

lungen treffen. Gegen diese Annahme spricht, daß die EG-Staaten bei der seit Mitte der achtziger Jahre vorangetriebenen Harmonisierung ihrer nationalen Gesetzgebungen im Bereich des Asyl und Flüchtlingsrechts es ausdrücklich gegen den Willen des Europäischen Parlaments und auch der Kommission abgelehnt haben, ihre nationale Souveränität zugunsten einer gemeinschaftsrechtlichen Lösung einzuschränken. Eine gemeinschaftrechtliche Lösung hatte die Kommission nämlich in ihrem Weißbuch von 1985 angekündigt (206) und 1987 den Entwurf einer Asylrichtlinie vorgelegt. Auf dem Gipfeltreffen von Rhodos im Dezember 1988 wurde der Gemeinschaft jedoch jegliche Kompetenz in Asylfragen bestritten. Statt dessen wurde mit Einrichtung der "Gruppe der Koordinatoren" der Weg der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit (**intergovernmental cooperation**) gewählt.

Diese Politik ist durch den **Vertrag über die politische Union** ausdrücklich bekräftigt worden. Eine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit wurde lediglich für die Visumpolitik festgelegt (Art. 100 c). Im Titel VI, Art. K 1 ff. wird demgegenüber das Asylrecht lediglich zur **"Frage des gemeinschaftlichen Interesses"** erklärt. Ausdrücklich wird hierzu festgelegt, daß derartige Fragen **nicht** durch gemeinschaftsrechtliche Lösungen, sondern im Wege zwischenstaatlicher Konventionen praktisch Gestalt finden sollen, welche allerdings die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes begründen **können** (Art. K 1 Abs. 7 bis 9 Buchst. c). Auf derartige Konventionen verweist Art. 16 a vGG. Damit ist das Asylrecht also nicht in das Gemeinschaftsrecht integriert worden und soll es wohl auch nicht werden. Das Problem der Verdrängung der nationalen Grundrechte sowie der Zuständigkeit des BVerfG durch gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz (207). wird damit im Asylrecht nicht relevant. Vielmehr enthalten die bereits vorliegenden, in Art. 16 a V GG in Bezug genommenen zwischenstaatlichen Abkommen ausdrückliche Vorbehalte zugunsten des nationalen Rechts (Art. 3 Abs. 4 der Dubliner Konvention; Art. 29 Abs. 4 des Schengener Zusatzabkommens). Diese nationalen Vorbehalte sind, um Mißverständnissen vorzubeugen, insbesondere auf Drängen Frankreichs aufgenommen worden. Erst jüngst hat der französische Verfassungsgerichtshof seine Ansicht, das Schengener Zusatzabkommen dürfe nur dann in Frankreich umgesetzt werden, wenn das Recht Frankreichs auf Prüfung des Asylbegehrens unberührt bleibe (208),

(206) Vgl. hierzu und zum folgenden: Reinhard Marx, Anforderungen an ein europäisches Asylrecht, in: KJ 1992, 405 (408 f.).

(207) Vgl. hierzu einerseits: BVerfGE 37, 271 (279 ff.) - Solange I-Beschluß, sowie andererseits: BVerfGE 73, 339 (387) - Solange II-Beschluß.

(208) französischer Verfassungsgerichtshof, Beschl. v. 13.8.1993 - Nr. 93-325 DC, unter Berufung auf die Entscheidung v. 25.1.1991 - Nr. 91-294 DC.

erneut bekräftigt. Die Bundesrepublik verhält sich also gemeinschaftstreu, wenn sie auch mit Blick auf EG-Staaten im Einzelfall die Frage der dort gefundenen Sicherheit überprüft. Denn es ist nicht schlechthin auszuschließen, daß auch in einem EG-Staat die für die Annahme hinreichender Sicherheit erforderlichen Voraussetzungen im Einzelfall nicht gegeben sein können(209).Die EG-Einwanderungsminister haben im übrigen durch die Resolution vom 30. November 1992 ausdrücklich das Erfordernis der Einzelfallprüfung hervorgehoben; wobei freilich häufig übersehen wird, daß diese Verfahrensregel auf den zwischenstaatlichen Verkehr innerhalb der EG keine Anwendung findet und im übrigen erhebliche Refoulementgefahren verursachen kann. **2.8. Verfassungskonforme Auslegung des AsylVfG**

Art. 16 a II 1 GG schließt nach alledem aus verfassungsrechtlichen Gründen, verstärkt durch völkerrechtliche Erfordernisse, die Prüfung der Sicherheit im Einzelfall mit Bezug auf als sicher bezeichnete Drittstaaten nicht aus. Vielmehr ergibt der Regelungszusammenhang von Art. 16 a I, II 1 und V GG, daß diese Prüfung verfassungsrechtlich geboten ist. Ist somit eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 16 a II 1 GG möglich, stellt sich die Frage verfassungswidrigen Verfassungsrechts nicht. Jedoch bleibt fraglich, ob die Regelungen des AsylVfG in diesem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden können. Bevor jedoch Aussagen über die Verfassungskonformität der Bestimmungen des AsylVfG, welche die Drittstaatenkonzeption umsetzen, getroffen werden können, ist der verfahrensrechtliche Zusammenhang dieser Vorschriften kurz darzustellen:

§ 34 a I 2 AsylVfG stellt den Erlass der Abschiebungsanordnung unter dem Vorbehalt ihrer Durchsetzbarkeit. Steht die Durchführung fest, ist die Anordnung zwingend zu erlassen. Wie in den Fällen nach §§ 34 und 35 AsylVfG bleibt dem Bundesamt insoweit kein Ermessen. Vielmehr hat es zwingend die Verfügung zu erlassen. Einer vorherigen Androhung und Fristsetzung bedarf es nicht (§ 34 a I 3 AsylVfG). Wegen der häufig lediglich kurzfristigen Einreisemöglichkeiten in den Drittstaat, erachtet der Gesetzgeber es für notwendig, auf die Androhung zu verzichten (BT-Drs. 12/4450, S. 23). Auch die übrigen Sondervorschriften z.B. über den Wegfall der inhaltlichen Überprüfung des Asylbegehrens, das Absehen von der Anhörung (§ 24 I 3 AsylVfG), insbesondere aber die verschärften Zustellungsvorschriften (§ 31 I 2 AsylVfG) verdeutlichen, daß der Gesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für die unverzügliche Abschiebung im unmittelbaren Anschluß an die Feststellung der Durchsetzungsmöglichkeit der Abschiebung in den Drittstaat schaffen wollte.

Die Anordnung nach § 34 a I 1 AsylVfG ist ein Verwaltungsakt. Sie darf nur dann ergehen, wenn, erstens, die Einreise über

(209)BVerwG, NVwZ 1992, 381 (382).

einen bestimmten Drittstaat feststeht, sowie, zweitens, darüber hinaus kein Zweifel daran besteht, daß die Abschiebung in diesen konkreten Drittstaat auch durchgeführt werden kann. Fehlt es an der ersten Voraussetzung, darf die Anordnung nicht erlassen werden. Es wird ein Asylverfahren mit vollen Verfahrensgarantien durchgeführt. Steht die Einreise über einen bestimmten Drittstaat fest, darf nach § 34 a I 1 AsylVfG die Anordnung erst getroffen werden, wenn feststeht, daß die Abschiebung in diesen bestimmten Staat auch durchgeführt werden kann. Nach den internen Erläuterungen des Bundesamtes ergeben sich aus den generellen Erfahrungswerten über die Rückübernahmemepraxis des betreffenden Drittstaates regelmäßig Indizien für die Feststellung der Durchführbarkeit der Abschiebung. Offensichtlich soll auf eine ausdrückliche Rückübernahmeerklärung des Drittstaates verzichtet werden, um die Durchsetzung der Abschiebung nicht zu gefährden.

Ist der Asylsuchende nach seinen eigenen Angaben über einen sicheren Drittstaat eingereist, kann das Bundesamt von einer Anhörung absehen (§ 24 I 3 AsylVfG). Nach der Gesetzesbegründung dient die Anhörung nach § 24 AsylVfG der Ermittlung von Tatsachen, welche die Verfolgungsfurcht begründen. Da es in diesen Fällen jedoch auf eine individuelle Verfolgungsgefahr nicht ankomme, brauche auch keine Anhörung durchgeführt werden (BT-Drs. 12/4450, S. 20). Die internen Erläuterungen des Bundesamtes empfehlen dem Entscheider in diesem Zusammenhang die Unterrichtung der Ausländerbehörde, sofern nach seiner Einschätzung die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 34 a I 1 AsylVfG vorliegen. Zweck dieser Unterrichtung ist es, daß die Ausländerbehörde sich mit dem Bundesgrenzschutz in Verbindung setzt, der seinerseits unverzüglich mit dem Drittstaat die Modalitäten der Abschiebung abstimmt.

Ergibt sich aus den Akten eine ausdrückliche Erklärung des Asylsuchenden über seine Einreise aus einem bestimmten Drittstaat, wird das Bundesamt also keine Anhörung durchführen, sondern über Ausländerbehörde und Bundesgrenzschutz die Durchsetzbarkeit der Abschiebung in diesen Staat abklären. Steht diese fest, erläßt es die Verfügung und veranlaßt deren unmittelbare Vollziehung. Dieses Verfahren darf jedoch nur in den Fällen Anwendung finden, in denen sich eine entsprechende ausdrückliche Erklärung des Antragstellers in den Akten befindet (§ 24 I 3 AsylVfG). Dies kann der Fall sein, wenn er derartige Erklärungen bei der Ausländer- oder Polizeibehörde abgegeben hat (vgl. § 19 AsylVfG). In aller Regel wird der Antragsteller jedoch zum ersten Mal durch das Bundesamt selbst angehört. Indizien, die auf eine Einreise über einen Drittstaat schließen lassen (Flugticket, Paßkopie, Dokumente des Drittstaates), werden zwar häufig Aufschluß über den Einreiseweg geben, erlauben jedoch nach der eindeutigen Regelung in § 24 I 3 AsylVfG nicht das Absehen von der Anhörung. Allerdings wird das Bundesamt in derartigen Fällen seine Anhörung auf den Einreiseweg begrenzen. Nach § 31 IV AsylVfG stellt das Bundesamt abschließend fest, daß dem Antragsteller aufgrund seiner Ein-

reise aus dem betreffenden Drittstaat kein Asylrecht zusteht. Überdies ordnet es nach § 34 a I 1 AsylVfG ohne vorherige Androhung und ohne Fristsetzung (§ 34 a I 3 AsylVfG) die Abschiebung in diesen Staat an. Die Verfügung des Bundesamtes enthält damit zwei Regelungen: Erstens, es wird festgestellt, daß dem Antragsteller aufgrund seiner Einreise über den betreffenden Drittstaat kein Asylrecht zusteht. Zweitens, es wird die Abschiebung in diesen Staat angeordnet. Feststellungen zu möglichen Verfolgungstatbeständen im Herkunftsstaat enthält die Verfügung aufgrund der ausdrücklichen Regelung in § 31 IV AsylVfG nicht.

Aus dem systematischen Zusammenhang der die Drittstaatenkonzeption regelnden Vorschriften sowie aus der gesetzlichen Begründung wird deutlich, daß Asylsuchende, die aus sicheren Drittstaaten einreisen, ohne Prüfung ihrer Verfolgungsbehauptungen möglichst schnell in den bestimmten Drittstaat rücküberführt werden sollen. Verfassungsrechtlich ist eine derartige Verfahrensweise zulässig, wenn der Tatbestand der hinreichenden Sicherheit in dem bestimmten Drittstaat zuvor durch das Bundesamt geprüft worden ist. Das AsylVfG untersagt diese Prüfung nicht, ordnet sie jedoch auch nicht ausdrücklich an. Offensichtlich hatte der Gesetzgeber Bedenken gegen ein ausdrückliches Verbot der Einzelfallprüfung bezogen auf die Sicherheit im Drittstaat. Insbesondere aus § 31 IV AsylVfG kann nicht zwingend ein derartiges Verbot hergeleitet werden. Nach den hergebrachten Auslegungsgrundsätzen ist daher das AsylVfG verfassungskonform dahin zu interpretieren, daß eine inhaltliche Überprüfung, freilich beschränkt auf die Verfolgungssicherheit im in Rede stehenden Drittstaat, durchzuführen ist. Regelmäßig ist zu diesem Zweck auch die Anhörung des Asylsuchenden geboten. Sofern keine eindeutigen Zuständigkeitsabkommen bestehen, hat die Behörde darüber hinaus vor der Vollstreckung die ausdrückliche Zustimmung der zuständigen Organe des Drittstaates dahin einzuholen, daß der Asylsuchende übernommen und ihm der Zugang zum Verfahren eröffnet wird. In diesem Verfahrensstadium bedarf es allerdings keiner Prüfung der Verfahrensgarantien im Drittstaat mehr. Denn diesem Gesichtspunkt hat das Bundesamt zwingend im Rahmen der Prüfung der Verfolgungssicherheit nachzugehen. Zur effektiven Durchsetzung einer derartigen Verfahrensgestaltung bedarf es aber wohl erst einer verfassungsgerichtlichen Klarstellung.

2.9. Ausnahmen vom Ausschlußtatbestand des Art. 16 a II 1 GG

2.9.1. Vorbemerkung

Entsprechend dem erwähnten Grundsatz, daß Art. 16 a II 1 GG gegen den Flüchtling, jedoch nicht gegen den Staat wirkt, hat der einfache Gesetzgeber in § 26 a I 3 AsylVfG drei Ausnahmetatbestände geregelt, in denen ein Asylverfahren durchzuführen ist, obwohl eindeutig die tatbestandlichen Voraussetzungen des Einreisetatbestandes nach § 26 a I 1 AsylVfG vorliegen und deshalb an sich die Berufung auf das Asylrecht ausgeschlossen

wäre. Darüber hinaus ist der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang Art. 16 a II 1 GG auf die Abschiebungshindernisse nach §§ 51 I und 53 AuslG hat.

2.9.2. Gesetzlich geregelte Ausnahmetatbestände

§ 26 a I 3 AsylVfG regelt drei Fallgruppen, in denen die Berufung auf das Asylrecht nicht ausgeschlossen ist. Nach Nr. 1 ist die Einreise über einen sicheren Drittstaat unschädlich, wenn der Antragsteller **im Zeitpunkt der Einreise in den sicheren Drittstaat** im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung war. Das ergibt sich für die EG-Staaten ohnehin bereits aus den Zuständigkeitsabkommen. Für die Staaten nach Anlage I des AsylVfG wird dies durch Nr. 2 bestimmt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt eindeutig, daß zum Zeitpunkt der Einreise in das Bundesgebiet die Geltungsdauer der Genehmigung abgelaufen sein darf. Maßgebend ist lediglich, daß zum Zeitpunkt der Einreise in den konkreten sicheren Drittstaat die Genehmigung noch gültig war. Nr. 1erfaßt als Regelfall den bereits vor der Einreise in das Bundesgebiet erteilten Besuchersichtvermerk. War dessen Geltungsdauer bereits zum Zeitpunkt der Einreise in den Drittstaat abgelaufen, findet Nr. 1 wohl keine Anwendung.

§ 26 a I 3 Nr. 2 AsylVfG stellt~klar, daß ein Voraufenthalt in einem sicheren Drittstaat die Berufung auf das Asylrecht nicht ausschließt, wenn die Bundesrepublik aufgrund eines völkerrechtlichen Abkommens (Schengener Zusatzabkommen, Dubliner Konvention) für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig ist. In diesen Fällen dürfte auch eine Versagung des Asylrechts nach Maßgabe von § 27 I AsylVfG regelmäßig nicht in Betracht kommen. Wenn nämlich nach völkerrechtlichen Vereinbarungen ein Drittstaat für die Behandlung des Asylbegehrens nicht zuständig ist, kann er kaum als sicher i.S.v. § 27 I angesehen werden. § 26 a I 3 Nr. 3 AsylVfG verweist auf § 18 IV Nr. 2 AsylVfG. Hat das BMI aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik eine Anordnung erlassen, darf der Zugang zum Asylverfahren auch in den Fällen der Einreise über einen sicheren Drittstaat nicht versagt werden. Zu beachten ist aber, daß Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge, die aufgrund einer Anordnung nach § 32 a I AuslG eine Aufenthaltsbefugnis besitzen, keinen Asylantrag stellen können (§ 14 III AsylVfG). Da in diesen Fällen eine Anordnung der obersten Landesbehörde erforderlich ist, greift Nr. 3 ohnehin nicht. Gemeint sind wohl eher die auf Kontingentflüchtlinge abzielenden Verfahren nach § 33 1 AuslG, die derzeit ohnehin nicht praktiziert werden.

2.9.3. Berufung auf Abschiebungsschutz gemäß § 51 I AuslG

Nach § 34 a I 2 AsylVfG findet das unter Nr. 5.7 beschriebene Verfahren auch Anwendung, wenn der Antragsteller sein Begehren von vornherein auf den Feststellungsanspruch nach § 51 I AuslG

beschränkt (vgl. § 13 II z. HS AsylVfG). Auf Art. 16 a II 1 GG kann sich der Gesetzgeber hierbei nicht berufen. Bemerkenswert und aufschlußreich ist es daher, daß die gesetzliche Begründung keinerlei Ausführungen zu diesem Ausschlußtatbestand enthält. Stillschweigend hat sich der Gesetzgeber wohl auf die Rechtsprechung des BVerwG bezogen, derzufolge die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 16 II 2 GG a.F. (jetzt Art. 16 a I GG) sowie von § 51 I AuslG deckungsgleich sind. Demnach ist aus der Sicht des einfachen Gesetzgebers mit dem Ausschluß des verfassungsrechtlichen Asylrechts zugleich auch die Berufung auf den völkerrechtlichen Abschiebungsschutz unterbunden.

Da hier insbesondere auch aus der Regelungstradition des völkerrechtlichen Flüchtlingsrechts die Wirkung hergeleitet wird, daß vor einer Rückführung in einen sicheren Drittstaat Behauptungen des Antragstellers über die fehlende Sicherheit in diesem Staat nachzugehen sind, Art. 16 a II 1 GG aber einen Vermutungstatbestand der Sicherheit im Drittstaat begründet, kann es nach diesem Verständnis zu Kollisionen mit dem Völkerrecht nicht kommen. Werden die einfachgesetzlichen Bestimmungen des AsylVfG dementsprechend ausgelegt, darf die Verfügung nach 34 a I 2 AsylVfG erst dann ergehen, wenn im Einzelfall geprüft worden ist, daß der Asylsuchende, nach seiner Rückführung im Drittstaat hinreichende Verfolgungssicherheit genießt. Sollte sich jedoch ein verfassungsrechtlicher Asylrechtsbegriff durchzusetzen, demzufolge keine auf die Sicherheit im Drittstaat bezogene Einzelfallprüfung geboten ist, würden sich gravierende Konsequenzen ergeben. Das Gebot der Einzelfallprüfung würde als allgemeine Regel nach Art. 25 S. 2 GG Vorang vor 34 a I 2 AsylVfG haben, kaum aber einen derart interpretierten Art. 16 a II 1 GG verdrängen können.

Es trifft nicht zu, daß die Bundesrepublik mit der Ratifikation der GFK sich völkerrechtlich verpflichtet habe, festzustellen, daß ein Asylsuchender die Flüchtlingseigenschaft der GFK erfülle⁽²¹⁰⁾. Wie herausgearbeitet wurde, schützt das Refoulementverbot vor Abschiebungen und Zurückweisungen in den Verfolgerstaat. Der Ratifikationsstaat der GFK hat diesen Schutz in effektiver Weise sicherzustellen. Der in Bezug genommene Standard stützt die Ansicht, daß vor der Rückführung die Flüchtlingseigenschaft festzustellen sei, nicht. UNHCR ExCom Empfehlung Nr. 15 (XXX) entwickelt eine Reihe von Kriterien, die bei der Verabredung von bi- oder multilateralen Zuständigkeitsabkommen beachtet werden sollten, enthält damit gerade nicht die Verpflichtung, vor der Rückführung in den Drittstaat die Flüchtlingseigenschaft festzustellen. Empfehlung Nr. 58 (XL) spricht zudem ausdrücklich von Flüchtlingen und Asylsuchenden, deren Rückführung in einen anderen Staat unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet wird. Mit der Differenzierung zwischen Flüchtlingen und Asylsuchenden gibt

(210) So aber: Bertold Huber, Das Asylrecht nach der Grundgesetzänderung, in: NVwZ 1993, 736 (737).

diese Empfehlung zu erkennen, daß ein Asylsuchender auch ohne seine Anerkennung als Flüchtling zurückgeführt werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß nach wie vor ein Ausführungsgesetz zur innerstaatlichen Umsetzung der GFK fehlt. Zwar hat der 1. Senat des BVerwG gefordert, daß die Vorschrift des § 51 I AuslG so auszulegen und anzuwenden sei, daß sie auch mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GFK übereinstimme(211). Ob der Senat damit auf den subjektiv geprägten Flüchtlingsbegriff abzielt oder ob er mit der Mindermeinung im völkerrechtlichen Schrifttum von einem objektiv interpretierten Flüchtlingsbegriff(212) ausgeht, kann den Entscheidungsgründen nicht entnommen werden. Jedenfalls hat das BVerfG hervorgehoben, daß der verfassungsrechtliche Asylrechtsbegriff objektiv zu interpretieren sei, demgegenüber der Flüchtlingsbegriff das subjektive Moment der Verfolgungsangst (besser: Verfolgungsfurcht) voraussetze(213). Jedoch geht der 9. Senat des BVerwG von einer tatbestandlichen Kongruenz zwischen § 51 I AuslG und dem Asylrechtsbegriff aus(214), so daß Flüchtlinge, die zwar begründete Furcht vor Verfolgung hegen, die von ihnen befürchtete Verfolgung jedoch nicht die strengen Voraussetzungen des objektiv verstandenen Verfolgungsbegriffs erreicht, nach wie vor ohne Rechtsschutz sind.

Festzuhalten bleibt, daß bei einer verfassungskonformen und völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Ausschlußtatbestandes des Art. 16 a II 1 GG eine auf die Sicherheit im Drittstaat bezogene Einzelfallprüfung geboten ist. Damit werden Konflikte mit dem Völkerrecht vermieden. Nach wie vor der Lösung bedarf aber die innerstaatliche Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 1 A Nr. 2 GFK. Selbstverständlich sind Flüchtlinge, die nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Asylrechtsbegriffs, wohl aber die des Flüchtlingsbegriffs erfüllen, durch das Refoulementverbot geschützt. Dies schließt auch eine auf die Sicherheit im Drittstaat bezogene Einzelfallprüfung ein.

2.9.4. Berufung auf humanitäre Abschiebungshindernisse

Fraglich ist, ob ein Schutzsuchender, der aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist und seinen Antrag lediglich auf humanitäre Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG beschränkt, Anspruch auf Prüfung dieses Schutzbegehrens durch die Ausländerbebehörde hat. Hierfür spricht die Zuständigkeitsnorm des §67 I 2 AuslG. Auch enthält § 34 a I AuslG keinen Hinweis auf

(211) BVerwG, EZAR 232 Nr. z.

(212) So James C. Hatheway, a.a.O., S. 15, 65 ff.

(213) BVerfGE 54, 341 (359).

(214) BVerwG, EIAR 231 Nr. 3.

die Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG. Es kann andererseits aber wohl davon ausgegangen werden, daß nach der gesetzgeberischen Intention, welche auf eine unverzügliche Durchführung der Abschiebung zielt, von der Prüfung dieser Hindernisse abgesehen werden soll. Dementsprechend empfehlen die internen Erläuterungen des Bundesamtes, nur Feststellungen zur Einreise über den Drittstaat zu treffen. Denn die Prüfung auch der Abschiebungshindernisse habe der Gesetzgeber bereits implizit bei der Entscheidung über die Aufnahme des betreffenden Drittstaates in die Länderliste nach § 26 a II AsylVfG in Verbindung mit Anlage I vorgenommen.

Nach Ansicht des BVerfG zählt es wegen Art. 1 I und 2 I GG zu den "unabdingbaren Grundsätzen der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung, daß eine angedrohte oder verhängte Strafe nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein darf; die zuständigen Organe der Bundesrepublik sind deshalb gehindert, an der Auslieferung eines Verfolgten mitzuwirken, wenn dieser eine solche Strafe zu gewärtigen oder zu verbüßen hat(215). Auf diese Entscheidung hat sich das BVerfG im Zusammenhang mit dem Einreisebegehren einer über Griechenland eingereisten irakischen Asylsuchenden ausdrücklich bezogen und dem Antrag auf einstweilige Anordnung stattgegeben. Dabei hat es zugleich unter Bezugnahme auf diese Entscheidung zu erkennen gegeben, daß es im Hauptsacheverfahren prüfen wird, "ob sich bei geltend und glaubhaft gemachter drohender menschenrechtswidriger Behandlung im Heimatstaat aus anderen Verfassungsbestimmungen, wie z.B. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. **Art. 2 Abs. 1** GG (vgl. BVerfGE 75, 1 (16 f.)) ein Abschiebungs- bzw. Zurückweisungsverbot ergibt, und welche Folgen dies im Hinblick auf die gesetzlichen Verfahrensvorschriften hat(216). Zudem hat das BVerfG hervorgehoben, daß die asylunabhängigen Abschiebungshindernisse den Zweck verfolgten, die Vollstreckungsbehörde davor zu bewahren, daß sie "sehenden Auges" eine aufenthaltsbeendende Maßnahme treffen müsse, die humanitären oder anderen beachtlichen Gesichtspunkten zuwiderliefen(217).

Grundrechtsdogmatisch ist insoweit von Bedeutung, daß bloße **Grundrechtsgefährdungen zwar** im allgemeinen noch im Vorfeld verfassungsrechtlicher Grundrechtsbeeinträchtigungen liegen. Sie können jedoch unter **besonderen Voraussetzungen Grundrechtsverletzungen gleichzuachten** sein(218). Derartige **im Ausland** drohende konkrete Rechtsgefährdungen werden deshalb als Grundrechtsbedrohungen relevant, weil sie sich als ursäch-

(215)BVerfGE 75, 1 (16 f.).

(216)BVerfG, B.v. 13.9.1993 - 2 BvR 1938/93.

(217)BVerfGE 67, 42 (57 f.).

(218)BVerfGE 49, 89 (141) - Kalkar; BVerfGE 51, 324 (346 f.); BVerfGE 66, 39 (58) - Raketenstationierung.

liche Folge konkreter Handlungen deutscher Behörden realisieren können(219). Daraus wird man die Verpflichtung der Behörden abzuleiten haben - ein konkretes und substantiiertes Sachvorbringen vorausgesetzt -, Anhaltspunkten, die auf eine konkrete Gefahr für Leib, Leben und Freiheit nach Rückkehr ins Herkunftsland hinweisen, nachzugehen. Daß dies auch für den Fall des Einreisebegehrens Geltung hat, kann wohl auch der Rechtsprechung des BVerfG entnommen werden(220). Der Hinweis auf den fehlenden Gebietskontakt geht fehl. Denn dem Völkerrecht ist die Konzeption rechtsfreier Zonen fremd. Auch die Rechtsprechung britischer und französischer Gerichte und auch die Diskussionen im Europarat verdeutlichen, daß auch in den Transitzonen der Flughäfen die verfahrensschützenden Wirkungen des innerstaatlichen Rechts Anwendung finden(221).

Das BVerfG hat mit Blick auf die menschenrechtswidrigen Bedrohungen auf den Herkunftsstaat abgestellt. Selbstverständlich sind auch menschenrechtswidrige Bedrohungen im "sicheren" Drittstaat rechtlich von Bedeutung. Keinesfalls ersetzt die gesetzgeberische Entscheidung über die Aufnahme des betreffenden Staates in die Liste nach § 26 a II AsylVfG in Verbindung mit Anlage I die gebotene Einzelfallprüfung. Denn zur Rückübernahme wird der Drittstaat in aller Regel nur bereit sein, wenn ein Asylgesuch vorliegt. Eine Rückübernahmeverpflichtung setzt nämlich nach den Zuständigkeitsabkommen einen Asylantrag in der Bundesrepublik voraus. Dies folgt auch aus dem völkerrechtlichen Gegenseitigkeitsprinzip. Demzufolge wird die gegenseitige Verpflichtung zur Rückübernahme zwischen den beteiligten Staaten nur ausgelöst, wenn im nicht zuständigen Staat ausdrücklich Asyl begehrt worden ist. Unerheblich ist, ob im anderen Vertragsstaat (sicherer Drittstaat) vor der Weiterreise in den anderen Vertragsstaat formell Asyl begehrt worden ist. Die Zuständigkeitsabkommen verlangen vielmehr regelmäßig lediglich einen Gebietskontakt im Drittstat in irgendeiner Form, der dort nicht durch einen formellen Asylantrag aktualisiert worden sein muß.

Beschränkt der Schutzbegehrende seinen Antrag deshalb auf den Schutz vor drohenden menschenrechtswidrigen Maßnahmen fehlt es an dem für die Rückübernahmeverpflichtung des Drittstaat erforderlichen Asylantrag im Bundesgebiet. Andererseits darf. die Behörde nicht gegen den Willen des Schutzsuchenden dessen

(219)BVerfGE 60, 348 (354); 75, 1 (16 f.).

(220)BVerfG, B.-v. 13.3.1993 - 2 BvR 1938/93.

(221)Britisches Berufungsgericht, Küchenmeister v. Home Of fice, 1 Q.B. 496 (1958), 505; Französischer Verfassungsgerichtshof, U.v. 25.2.1992 - 92,307 DC, Journal Officiel 1992, 3003 ff,: s. hierzu auch C.D. Claasen, Asylrecht in Frankreich, DÖV 1993, 227 (2339; Council of Europe, AACR14,43 1403-23/9/912, 23.9.1991, Rdn. 14-17.

Antrag als Asylantrag werten. Allerdings sind seine Erklärungen objektiv auszulegen. Maßgebend ist der wirkliche Wille des Antragstellers (§ 133 BGB). Erklärt der Schutzsuchende jedoch ausdrücklich, keinen Asylschutz beantragen zu wollen, so darf ihm nach einem derartigen objektiven Verständnis der Asylantrag nicht aufgedrängt werden.

Damit kann das Rechtsproblem humanitärer Abschiebungshindernisse sachgerecht gelöst werden: Ergibt eine objektive Betrachtung des Sachvorbringens, daß kein Asyl begehrt wird, greifen von vornherein keine völkerrechtlichen Rückübernahmepflichten des Drittstaates, aus dem der Antragsteller eingereist ist, ein. Die Ausländerbehörde hat den Antrag zu prüfen (§ 67 I 2 AuslG); die Grenzbehörde hat zu diesem Zweck den Antragsteller an die zuständige Ausländerbehörde weiterzuleiten. Liegt demgegenüber ein Asylantrag vor, sind im Rahmen der auf die Sicherheit im Drittstaat bezogenen Einzelfallprüfung dort drohende menschenrechtswidrige Bedrohungen ebenfalls zu prüfen. Erst wenn eine vergleichbare materielle und prozessuale Rechtslage in den beteiligten Staaten besteht, darf die Bundesrepublik die Prüfung menschenrechtswidriger Bedrohungen im Herkunftsland dem Drittstaat überlassen. Derzeit fehlt es an dieser Voraussetzung, so daß Vor der Rückführung in den sicheren Drittstaat neben der dort erforderlichen Sicherheit auch drohende menschenrechtswidrige Maßnahmen im Herkunftsstaat zu prüfen sind.

3. **Zum Ausschluß einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 16 a II 3 GG in Verbindung mit § 34 a II AsylVfG**

3.1. **Vorbemerkung**

Neben dem Ausschlußtatbestand von Art. 16 a II 1 GG ist die den Sofortvollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen regelnde Verfassungsnorm des Art. 16 a II 3 GG die zweite heftig umstrittene Verfassungsfrage im Zusammenhang mit der Drittstaatenkonzeption. Auch hier stellen sich schwierige und bislang nicht im Ansatz deutlich werdende Rechtsfragen, geschweige denn, daß deren Lösung schon erkennbar wäre. Auszugehen ist aber zunächst davon, daß der Wortlaut von Art. 16 a II 3 GG nicht derart eindeutig ist, daß der in § 34 a II AsylVfG geregelte **susnahmalose** Ausschluß vorläufigen Rechtsschutzes durch diese Verfassungsnorm ohne weiteres als (jedeckt angesehen werden könnte. Am Ausgangspunkt steht die Überlegung, daß Art. 16 a II 3 GG sich auf Art. 16 a II 1 GG bezieht und damit Aufschluß über den Inhalt der Verfassungsnorm des Art. 16 a II 3 GG aus dem Inhalt von Art. 16 a II 1 GG zu gewinnen ist, der wiederum durch die negatorische Schutzwirkung des Art. 16 a I GG maßgeblich inhaltlich bestimmt wird. Die verfahrensrechtliche Verstärkung der negatorischen Schutzwirkung von Art. 16 a I GG bezieht sich zunächst jedoch nur auf das Verwaltungsverfahren. Fraglich ist, ob sich hieraus auch Aussagen über Inhalt und Umfang des gebotenen gerichtlichen Rechtsschutzes gewinnen lassen.

- 79 -

3.2. **Zur verfassungsrechtlichen Fragestellung**

Nach Art. 16 a II 3 GG **können** aufenthaltsbeendende Maßnahmen **unabhängig** von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden. Der Begriff Rechtsbehelf meint **gerichtlichen Rechtsschutz**. Der Wortsinn dieses Verfassungstextes geht also dahin, daß die Verfassung den gerichtlichen Rechtsschutz nicht ausschließt, jedoch eine Legitimationsgrundlage für den einfachen Gesetzgeber schafft, für bestimmte Fälle die Anordnung der sofortigen Vollziehung ungeachtet eines eingelegten gerichtlichen Rechtsbehelfs zu regeln. Die Situation ist vergleichbar mit der Fallgestaltung in § 80 II Nr. 3 VwGO. Dort wird geregelt, daß die an sich eintretende aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen durch Bundesgesetz ausgeschlossen werden kann. Ganz unstreitig beseitigt eine derartige gesetzliche Anordnung aber nicht die Möglichkeit der Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO. Gerade im Asylverfahrensrecht ist seit 1982 der vorläufige Rechtsschutz in dieser ty-

pischen Weise geregelt.

Wie § 80 II Nr. 3 VwGO beseitigt also Art. 16 a II 3 GG die an sich eintretende aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen. Statt eines einfachen Gesetzes begründet diese Wirkung jedoch bereits eine Verfassungsnorm. Mehr kann eine die herkömmliche Rechtsschutztradition berücksichtigende Wortlautauslegung aus Art. 16 a II 3 GG nicht entnehmen. Insbesondere kann nicht ohne weiteres aus dieser Norm geschlossen werden, daß ausnahmslos der einstweilige Rechtsschutz vorenthalten werden könnte. § 34 a II AsylVfG bestimmt jedoch, daß die Abschiebung in den sicheren Drittstaat nicht nach § 80 V oder § 123 VwGO ausgesetzt werden darf. Bezweifelt wird allgemein, daß diese Vorschrift durch Art. 16 a II 3 GG gedeckt ist.

Im Schrifttum herrschen im wesentlichen zwei gegensätzliche Positionen über die Wirkung von Art. 16 a II 3 GG. So wird vertreten, diese Verfassungsnorm unterbinde nicht den Rechtsschutz gegen aufenthaltsbeendende Maßnahmen. Die Formulierung in dieser Norm habe aber die Funktion, daß eingelegte Rechtsbehelfe **ex constitutione** keinen Suspensiveffekt entfalten könnten. Der Begriff "können" in Art. 16 a II 3 GG beziehe sich auf den **Vollzug** derartiger Maßnahmen. Das bedeute nicht, daß lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden solle, die aufschiebende Wirkung in diesen Fällen entfallen zu lassen. Vielmehr sei ausgeschlossen, daß der einfache Gesetzgeber für Rechtsbehelfe gegen derartige Entscheidungen die aufschiebende Wirkung anordne. § 80 V VwGO sei durch die Verfassung selbst in seinem Anwendungsbereich eingeschränkt. Zugleich modifiziere Art. 16 a II 3 GG zulässigerweise Art. 19 IV GG. Die Möglichkeit der Beantragung einstweiliger Anordnungen nach § 32 BVerfGG bleibe jedoch unberührt, da diese im

Verfassungsbeschwerdeverfahren immer möglich seien(222).

Demgegenüber wird eingewandt, Art. 16 a II 3 GG überlasse dem einfachen Gesetzgeber, in welchen Fällen er Rechtsbehelfe ignorieren wolle. Diese Verfassungsnorm **zwinge** daher **nicht** zum sofortigen Vollzug. Daher berühre sie auch nicht die Statthaftigkeit einstweiliger Anträge vor der Vollstreckung(223). Auch wird bezweifelt, ob Art. 16 a II 3 GG eine Ermächtigung zum Ausschluß vorläufigen Rechtsschutzes bei einer Abschiebung in sichere Drittstaaten darstelle. Daß eine Maßnahme "unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden" könne, bedeute im allgemeinen, daß einem Rechtsbehelf in der Hauptsache kein Suspensiveffekt zukomme. Dies eröffne sodann den vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO. Sollte dieser vorläufige Rechtsschutz unter Einschränkung von Art. 19 IV GG ausgeschlossen werden, bedürfe dies einer eindeutigen verfassungsrechtlichen Regelung, die in Art. 16 a II 3 GG gerade nicht gesehen werden könne. Vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz werde daher durch § 34 a II AsylVfG nicht ausgeschlossen. Rechne der Antragsteller mit seiner Abschiebung in den sicheren Drittstaat, könne er daher gegen das Bundesamt eine einstweilige Anordnung beantragen, die Abschiebung zu unterlassen. Ob angesichts des Ausschlusses repressiven Rechtsschutzes präventiver Rechtsschutz versagt werden könne, sei deshalb fraglich(224).

Vereinzelt wird überdies die **Verfassungswidrigkeit** von Art. 16 a II 3 GG für den Fall behauptet, daß hierdurch Anträge nach §§ 80 V; 123 VwGO, § 32 BVerfGG ausgeschlossen wären. Der Wortlaut dieser Verfassungsnorm erstrebe jedoch lediglich den **Ausschluß von Vorwirkungen** derartiger Anträge. Begreife man Art. 16 a II 1 GG nicht als materielle Beschränkung des unbeschränkt gewährleisteten Grundrechts nach Art. 16 a I GG, müsse eine von einem Gericht festgestellte Kollision mit einem Grundrecht auch eine Wirkung entfalten können, also auch beachtet werden. Andernfalls läge ein Verstoß gegen Art. 19 IV GG vor. Auch sei zu bedenken, daß nach einer sofort erfolgten Abschiebung keinesfalls sicher sei, daß das Verfahren vom Drittstaat noch fortgeführt werden könne. Verfassungsrechtlich erforderlich sei daher, daß auch in den Fällen des Art. 16 a II G zumindest ein Überprüfungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz ermöglicht werde, bevor eine Abschiebung tatsäch-

(222)Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 10; ähnlich Günter Renner, a.a.O., S. 7.

(223)Victor Pfaff, a.a.O., S. 13; ähnlich Michael Funke-Kaiser, a.a.O., S. 30.

(224)Karl-Heinz Weingartner, Stellungnahme an den BT-Innenausschuß v. 19.3.1993, S. 5; ähnlich Michael Hund, a.a.O., S. 1 f., jedoch ohne Auseinandersetzung mit dem Problem präventiven Rechtsschutzes.

lich durchgeführt werde(225).

Mit Blick auf Art. 19 IV GG wird weiter eingewandt, zwar habe Art. 16 a II 3 GG als späteres Gesetz nach dem Grundsatz **illex posterior**" Vorrang gegenüber Art. 19 IV GG. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folge jedoch gleichwohl ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Insoweit sei aber auch unter Berücksichtigung der **Abhörentscheidung** des BVerfG eine Änderung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht möglich(226). Rechtsschutz sei ein notwendiger Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, welches im engen Zusammenhang mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG stehe. Zwar könne man dem verfassungsändernden Gesetzgeber zubilligen, daß er den gerichtlichen Rechtsschutz bis auf den Kerngehalt einschränken dürfe. Denn Art. 19 IV GG werde nicht von Art. 79 III GG erfaßt. Ohne effektiven Rechtsschutz liefe jedoch das Gebot der Bindung der Legislative an die verfassungsmäßige Ordnung und der Exekutive und Judikative an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) leer. Hinzu komme, daß effektiver Rechtsschutz angesichts der sprachlichen und sonstigen Übermittlungsprobleme nicht mehr gewährleistet sei, wenn die Wahrnehmung von Rechtsschutzinteressen nur noch vom Ausland her möglich sei(227).

Im übrigen wird darauf hingewiesen, daß mit einem ausnahmslosen Ausschluß des Suspensiveffekts dem Erfolg in der Hauptsache von vornherein die Durchsetzbarkeit genommen werde. Auch wenn sich später herausstelle, daß der Flüchtling nicht aus einem sicheren Drittstaat eingereist sei oder der Drittstaat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die hinreichende Sicherheit nicht erfülle, könne ihm dies kaum noch etwas nutzen. Sei er durch den Drittstaat mittelbar oder unmittelbar an den Herkunftsstaat überstellt worden, komme jede Hilfe zu spät. Sei ihm durch den Drittstaat die Aufnahme gewährt worden, sei die Bundesrepublik ihrer Aufnahmeverpflichtung ledig. Damit weiche Art. 16 a II 3 GG von dem durch Art. 19 IV GG auch Ausländern gewährleisteten fundamentalen Grundsatz des Suspensiveffekts ganz erheblich ab(228).

Die dargestellten Meinungen verhalten sich zum Umfang der Gewährleistung **einstweiligen** Rechtsschutzes. Die einschränkende Ansicht geht dahin, daß Art. 16 II 3 GG den Anwendungsbereich von Art. 19 IV GG dahin modifiziere, daß bei festgestellter Einreise über einen bestimmten sicheren Drittstaat die Verfassung die Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes ausschließe und daher dem einfachen Gesetzgeber untersage, in

(225) Hubert Heinhold, a.a.O., S. 28.

(226) Michael Funke-Kaiser, a.a.O.

(227) Jutta Kremer, a.a.O., S. 20 f.

(228) unter Renner, a.a.O.

derartigen Fällen den Suspensiveffekt von Rechtsbehelfen zuzulassen. Die Gegenmeinung mißt dem Art. 16 a II 3 GG eine dem §80 II Nr. 3 VwGO vergleichbare Wirkung zu, so daß die verfassungsrechtliche Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes unberührt bleibe und § 34 a II AsylVfG daher verfassungswidrig sei. Einigkeit besteht wohl darin, daß die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in der Hauptsache durch Art. 16 a II 3 GG nicht beseitigt wird. Nicht die **unmittelbare** Einschränkung der Rechtsschutzgarantie, sondern die Frage der **mittelbaren** Einschränkung dieser Garantie steht damit im Streit.

Demnach kann die verfassungsrechtliche Streitfrage wie folgt umschrieben werden:

"Beseitigt Art. 16 a II 3 GG jegliche verfahrens- und aufenthaltsrechtliche Vorwirkung mit der Folge, daß von Verfassung wegen die ausnahmslose sofortige Vollstreckung von Abschiebungsanordnungen geboten und jeglicher einstweilige gerichtliche Rechtsschutz ausgeschlossen wäre?"

3.3. Umfang des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes

Art. 16 a II 3 GG beseitigt nach seinem Wortlaut nicht die Garantie, gegen Akte der öffentlichen Gewalt ein unabhängiges Gericht anrufen zu können. Die Ermächtigung an den Gesetzgeber, sofort vollziehbare Abschiebungsmaßnahmen anzuordnen, könnte jedoch dahin verstanden werden, daß damit für diese Fälle die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG vollständig aufgehoben werden könnte. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann der verfassungsändernde Gesetzgeber diese Garantie jedoch modifizieren: Zwar seien in Art. 20 GG mehrere Grundsätze niedergelegt. Nicht jedoch sei dort "niedergelegt" das "Rechtsstaatsprinzip", sondern nur ganz bestimmte Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips. Aus diesem Prinzip ließen sich mehr als die in Art. 79 III GG in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze des Art. 20 GG entwickeln. Zwar müsse die mit der Formulierung des Art. 79 III GG verbundene **Einschränkung** der Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers bei der Auslegung um so ernster genommen werden, als es sich um eine **Ausnahmevorschrift** handele, die verhindern wolle, daß durch verfassungsänderndes Gesetz **elementare Verfassungsgrundsätze** systemimmanent modifiziert würden. In dieser Sicht gehöre der aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare Grundsatz, daß dem Bürger ein möglichst umfassender **Gerichtsschutz** zur Verfügung stehen müsse jedoch **nicht** zu den in Art. 20 GG "niedergelegten Grundsätzen". Art. 19 IV GG, der eine Rechtsweggarantie in diesem Sinne enthalte, sei also durch Art. 79 III GG einer Einschränkung und Modifizierung durch verfassungsänderndes Gesetz nicht entzogen (229).

(229) BVerfGE 30, 1 (24 f.) - Abhörentscheidung.

Hieraus wird man folgern können, daß der Individualrechtsschutz grundsätzlich auch durch verfassungsänderndes Gesetz nicht ausgeschlossen werden kann. Wohl aber können einzelne Materien ausnahmsweise durch Verfassungsänderung von der Gerichtsschutzgarantie ausgenommen werden. Aus Art. 1 I GG folgt, daß jedenfalls in den für die Menschenwürde unverzichtbaren Bereichen der Verteidigung des Lebens, der elementaren Freiheiten und der körperlichen Unversehrtheit der Weg zum Richter auch nicht durch verfassungsänderndes Gesetz ausgeschlossen werden darf(230). Hierfür spricht auch, daß das BVerfG aus Art. 79 III GG die Wirkung ableitet, daß durch das in Art. 1 II GG enthaltende Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten in Verbindung mit der in Art. 1 III GG enthaltenen Verweisung auf die nachfolgenden Grundrechte deren Verbürgung insoweit grundsätzlich einer Einschränkung entzogen sind, als sie zur Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 I und 2 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar sind. Gehindert ist der verfassungsändernde Gesetzgeber jedoch nicht daran, die positivrechtliche Ausprägung dieser Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren(231). Art. 16 a III 3 GG ist also dahin auszulegen, daß zwar die Art und Weise der Gestaltung des Rechtsschutzes zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers steht und er die Rechtsschutzgarantie modifizierende Regelungen schaffen kann, die vernünftig und sachgerecht sind', soweit hierdurch nicht elementare Verfassungsgrundsätze und die unverzichtbaren Grundrechtsverbürgungen verletzt werden. Die Auslegung von Art. 16 a III 3 GG nach Maßgabe dieser Grundsätze hat daher als erstes zur Folge, daß dem Asylsuchenden ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz gegen Bedrohungen seines Lebens, seiner körperlichen Unversehrtheit sowie seiner elementaren Freiheiten im Drittstaat oder Herkunftsstaat zur Verfügung gestellt werden muß. Das bedeutet zunächst, daß die Möglichkeit, Rechtsbehelfe in der Hauptsache einlegen zu können, wirksam sichergestellt werden muß. Schließt schon der Wortlaut von Art. 16 a III 3 GG den Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht aus, muß eine an Art. 79 III in Verbindung mit Art. 20 GG orientierte Auslegung dieser Verfassungsnorm umso mehr dazu führen, daß bei menschenrechtswidrigen Bedrohungen im Drittstaat oder Herkunftsstaat jedenfalls verfassungsrechtlich wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz geboten ist. Es kommt nicht darauf an, ob diese Bedrohungen isoliert oder im Zusammenhang mit einem Asylbegehren behauptet werden. Vielmehr ist eine Verfahrensgestaltung geboten, die zur wirksamen Verteidigung der Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und elementarer Grundfreiheiten den Weg zum Richter unabhängig von der rechtlichen Form des Schutzbegehrens eröffnet.

(230) Eberhard Schmidt-Assmann, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 19 IV Rd. 30 m.w.Hw..

(231) BVerfGE 84, 90 (121) - Einigungsvertrag
- 84 -

Gerichtlicher Rechtsschutz in diesem Sinne zielt damit nicht in erster Linie auf die gerichtliche Überprüfung asylrechtlicher Behördenentscheidungen. Was in den elementaren Verfassungsgrundsätzen zum Ausdruck kommt, ist mit dem unverzichtbaren Kernbereich des Asylrechts identisch. Denn der Verfolgungsschutz soll effektiv die Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates abwehren⁽²³²⁾ und damit die asylrechtlich geschützten Rechtsgüter Leib, Leben sowie persönliche Freiheit⁽²³³⁾ schützen. Diesen **Zweck verfolgen** auch die nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers unantastbaren elementaren Grundfreiheiten. Ob die Bedrohung politischer Natur oder asylrechtlich neutral ist, ist zunächst ohne Bedeutung. Die negatorische Schutzwirkung des Asylrechts erfährt damit also eine Verstärkung durch den aus der Menschenwürdegarantie hergeleiteten Kernbereich unabdingbaren gerichtlichen Rechtsschutzes. Dieser ist der Handlungsmacht des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen, darf aber positivrechtlich in bestimmter Weise unter Aufrechterhaltung des unabdingbaren gebotenen Gerichtsschutzes modifiziert werden. Dies setzt zunächst voraus, daß ein Gericht überhaupt angerufen werden kann und untersagt eine Verfahrensgestaltung, die diesen Rechtsschutz gefährdet. Ob darüber hinaus, der unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz auch die Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes fordert, ist im Anschluß daran zu erörtern.

3.4. Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren

Nach § 31 I 3 AsylVfG ist die Feststellung nach §§ 31 IV i.V.m. 26 a AsylVfG zusammen mit der Abschiebungsandrohung nach § 34 a I AsylVfG dem Antragsteller **persönlich** zuzustellen. Dem Bevollmächtigten soll ein Abdruck dieser Entscheidung zugestellt werden (§ 31 I 5 AsylVfG). Die Zustellung kann auch durch die Ausländerbehörde oder von der die Abschiebung durchführenden Behörde vorgenommen werden (§ 31 I 4 AsylVfG). § 31 I 5 AsylVfG ist gegenüber § 8 I 2 VwZG lex specialis. Dies wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorgehoben und damit begründet, wegen der kurzfristigen Rückkehrmöglichkeiten in Drittstaaten sei eine von den allgemeinen Zustellungsvorschriften abweichende Regelung für diese Fälle erforderlich (BT-Drs. 12/ 4450, S. 23). Polizeilicher Zugriff und Abtransport fallen mit der Zustellung zusammen. Denn wegen § 34 a II AsylVfG ist die Verfügung mit der Zustellung sofort vollziehbar.

Erst diese Zustellungsvorschriften machen deutlich, wie sehr der Antragsteller zum Objekt des Verfahrens degradiert worden ist. Er wartet nach seiner Antragstellung in der Aufnahmeeinrichtung auf die Anhörung durch das Bundesamt, von der dieses

(232) BVerfGE 56, 216 (236) .

(233) BVerfGE 54, 341 (357) .

nach § 24 I 3 AsylVfG absehen kann. Während er wartet, klärt das Bundesamt die Rückführungsmöglichkeiten nach § 34 a I 1 AsylVfG. Bis zu diesem Verfahrensstadium braucht der Asylsuchende nicht informiert werden. Nach Abschluß der Ermittlungen und Fertigstellung der Verfügung erhält er die Nachricht, sich an einem bestimmten Ort einzufinden. Dort wird er in einen Bus gebeten, den er möglicherweise mit der Vorstellung, zu seinem zugewiesenen Aufenthaltsort transportiert zu werden, betritt. Der Bescheid wird ihm möglicherweise in einem verschlossenen Umschlag ausgehändigt und der Bustransport beginnt. Während er noch mit dem Öffnen des Umschlags beschäftigt ist und anschließend versucht, den in deutscher Sprache abgefaßten Bescheid zu verstehen, ist er auf dem Weg in den Drittstaat.

Wegen dieser Auswirkungen der Zustellungsvorschriften wird zumindest ein anwaltlich nicht vertetener Asylsuchender seiner Möglichkeit, den Rechtsbehelf in der Hauptsache einzulegen, faktisch beraubt. Aber auch dem anwaltlich vertretenen Antragsteller wird kein effektiver Rechtsschutz zuteil. Denn die Zuleitung des Abdrucks der Verfügung an den Verfahrensbevollmächtigten (§ 31 I 5 AsylVfG) wird, um den Erfolg der Abschiebung nicht zu gefährden, regelmäßig erst nach der persönlichen Zutellung an den Asylsuchenden und damit nach der Vollstreckung der Abschiebung erfolgen. Im übrigen enthält §34 a AsylVfG keine behördliche Verpflichtung dahin, dem Asylsuchenden Gelegenheit zur Einlegung von Rechtsbehelfen zu geben. Leidet der Bescheid an offensichtlichen Mängeln wie z.B. der fehlenden Gewißheit über den Einreiseweg oder hat sich der Asylsuchende im Drittstaat lediglich im Flughafentransit aufgehalten, ist eine gerichtliche Korrektur kaum noch möglich.

Verschärfend kommt folgendes Problem hinzu: Wird der Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht eingelegt, kann das Verfahren vom Ausland aus nicht betrieben werden. Zwar ist in der Rechtsprechung geklärt, daß die freiwillige Ausreise aus dem Bundesgebiet nicht das Rechtsschutzbedürfnis beseitigt, wenn das Verfahren ordnungsgemäß **weiterbetrieben wird(234)**. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die **Territorialgebundenheit des Asylrechts der Geltendmachung** . des Asylanspruchs vom Ausland aus entgegensteht. Daraus ergibt sich als Forderung aber nur die irgendwann erfolgte Zufluchtnahme des Asylsuchenden, setzt aber nicht seinen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet oder auch nur die faktische Möglichkeit, das Asylrecht zu jeder Zeit ausüben zu können, voraus. Im Gegensatz zur freiwilligen Rückkehr des Flüchtlings auf Dauer in sein Herkunftsland kann die gegen seinen Willen in das Verfolgerland erzwungene Rückkehr den Asylanspruch nicht vernichten(235). Man wird diese Rechtsprechung dahin

(235) BVerwG, EZAR 205 Nr. 10=NVwZ 1989, 637; Hess.VGH,
Urt.v. 13.11.1986 - 10 UE 108/83.

(236) BVerGE 69, 323 (327)=EZAR 200 Nr. 10.

interpretieren können, daß in den Fällen, in denen durch behördliche Zwangsmaßnahmen die Einlegung von Rechtsbehelfen unmöglich gemacht wird, auch vom Ausland aus Rechtsbehelfe eingelegt werden können müssen. Der Gesamtzusammenhang der Verfahrensvorschriften verdeutlicht jedoch, daß dies lediglich eine theoretische Möglichkeit ist. Ein von Verfassungs wegen gebotener Anspruch auf tatsächliche gerichtliche Kontrolle⁽²³⁶⁾ wird durch diese Verfahrensgestaltung unterlaufen.

3.5. Umfang der Gewährleistung vorläufigen Rechtsschutzes

Der Wortsinn von Art. 16 a II 3 GG ist unter Berücksichtigung der Rechtsschutztradition des deutschen Verwaltungsprozeßrechts eindeutig: Art. 16 a II 3 GG beseitigt den ansonsten eintretenden Suspensiveffekt des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs. Dies schließt die prozessuale Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen, nicht aus. Wohl ergibt sich aus der Verfassungsnorm eine verfassungsrechtliche **Vermutungswirkung** dahin, daß ein öffentliches Vollzugsinteresse besteht. Ist damit der Wortlaut der Verfassungsnorm eindeutig, kann der Entstehungsgeschichte daneben keine einschränkende Wirkung zukommen. Im übrigen ist diese nicht eindeutig.

Der gesetzlichen Begründung kann entnommen werden, daß mit der Drittstaatenkonzeption die "'Vorwirkung' im Sinne eines vorläufigen Bleiberechts" ausgeschlossen werden soll. Dadurch soll es ermöglicht werden, Asylsuchende an der Grenze zurückzuweisen oder unverzüglich in den sicheren Drittstaat zurückzubringen (BT-Drs. 12/4152, S. 4). Eine besondere Begründung für die Regelung in Art. 16 a II 3 GG enthält die gesetzliche Begründung jedoch nicht. Vielmehr beziehen sich diese Ausführungen auf den Gesamtzusammenhang von Art. 16 a II GG. Mit Blick auf Art. 16 a II 3 GG wiederholt die gesetzliche Begründung lediglich den Wortlaut der Verfassungsnorm und weist darauf hin, daß es den so erfolglosen Asylsuchenden unbenommen bliebe, von außerhalb des Bundesgebietes ihren Rechtsbehelf vor deutschen Behörden bzw. Gerichten zu verfolgen (BT, a.a.O.). Dies hatte das BVerfG auch schon für Art. 16 II 2 GG für bestimmte Fallgruppen für verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen⁽²³⁷⁾. Zugleich kann der gesetzlichen Begründung entnommen werden, daß zwischen dem Ausschluß der "**Vorwirkung**" sowie der **inhaltliche Überprüfung** der Asylgründe ein enger Sachzusammenhang besteht. Bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat soll der grundrechtliche Anspruch auf Prüfung der vorgebrachten Asylgründe in der Bundesrepublik entfallen (BT, a.a.O.). Beide Gesetzeszwecke stehen damit in einem wechselbezüglichen Verhältnis: Bei Einreise aus einem sicheren Dritt-

f.); (236) BVerfGE 37, 150 (153); 40 272 (274 f.); 54, 94, (96
78, 88 (99).

(237) BVerfGE 67, 43 (62).

staat besteht kein Anspruch auf inhaltliche Prüfung der Asylgründe. Zur Durchsetzung dieses Zwecks soll Art. 16 a II 1 GG das "vorläufige Bleiberecht" für jene ausschließen, die mit ihrem Asylantrag ungeachtet ihrer Einreise aus einem sicheren Drittstaat eine inhaltliche Prüfung ihrer Asylgründe im Bundesgebiet erreichen wollen. Einstweiliger Rechtsschutz mit dem Ziel, diese Prüfung durchzusetzen, hindert deshalb nicht die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen.

Im übrigen ist die gesetzliche Begründung und auch die Entstehungsgeschichte im übrigen offen. Daß die SPD-Fraktion mit ihrem Änderungsantrag zu § 34 a II AsylVfG, der den einstweiligen Rechtsschutz über § 123 VwGO sicherstellen wollte, gescheitert ist, ist für die Auslegung von § 34 a II AsylVfG von Bedeutung, nicht jedoch für die Interpretation der Verfassungsnorm von Art. 16 a II 3 GG. Keinesfalls ist es gerechtfertigt, die Entstehungsgeschichte des Ausführungsgesetzes zur Auslegung der zugrundeliegenden Verfassungsnorm heranzuziehen. Vielmehr ist die inhaltliche Bestimmung von Art. 16 a II 3 GG **Verfassungsinterpretation**, welche nach den bereits dargelegten Grundsätzen vorzunehmen ist:

Der für die Verfassungsinterpretation im Asylrecht maßgebliche eigenständige Verfassungsbegriff ist der des **Verfolgungsschutzes**. Über dessen Inhalt besteht, hinreichender Konsens. Schutz vor den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates darf nur versagt werden, wenn in einem sicheren Drittstaat auch im konkreten Einzelfall hinreichende Sicherheit besteht. Ergeben sich an dem so verstandenen Begriff des **Wegfalls der Schutzbedürftigkeit** im Einzelfall konkrete Zweifel, würde eine Rückführung ohne Klärung dieser Zweifel die Gefahr begründen, daß der Asylsuchende den Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates ausgesetzt werden kann. Mit anderen Worten, ist die Schutzbedürftigkeit bei Zweifeln an der hinreichenden Sicherheit im "sicheren" Drittstaat eben nicht beseitigt. Der Topos der Schutzbedürftigkeit ist aber zentrales Kriterium für die Auslegung von Art. 16 a GG (BT, a.a.O., S. 3). Schutzbedürftigkeit und Verfolgungsschutz sind identische Begriffe und geben so verstanden Richtschnur und Maßstab für die Auslegung von Art. 16 a II 3 GG.

Das BVerfG hat zur Sicherstellung des vorläufigen Rechtsschutz im Asylverfahren aus der Verfassung ein vorläufiges Bleiberecht abgeleitet. Wenn der Asylsuchende vor einer gerichtlichen Entscheidung über seine Klage im Asylanerkennungsverfahren in den behaupteten Verfolgerstaat zurückkehren müsse, sei ihm auch bei einem späteren Erfolg seiner Asylklage faktisch die Möglichkeit genommen, von seinem Asylrecht Gebrauch zu machen. Eine derartige Verkürzung des gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzes gegen ablehnende Entscheidungen des Bundesamtes stelle eine Verletzung des Asylrechts dar, weil sie den Asylsuchenden an der gerichtlichen

Durchsetzung eines Asylrechts hindere(238). Die Entscheidung befaßte sich insbesondere mit der Mißachtung der gesetzlich vorgesehenen behördlichen Kompetenzordnung und der sich hieraus ergebenden Verkürzung der Rechtsanspruchs auf inhaltliche Prüfung des Asylbegehrens. Mit dem in dieser Entscheidung entwickelten Begriff des "eindeutig aussichtslosen Asylantrags" hat das BVerfG später ausdrücklich den Begriff des "vorläufigen Bleiberechts" verbunden. Dieses Recht schließe es für den geschützten Asylsuchenden **insbesondere** aus, daß er gegen seinen Willen **vorzeitig** außer Landes gebracht werde. Das "verfassungsrechtlich gewährleistete vorläufige Bleiberecht tritt nur dort zurück, wo ein eindeutig aussichtsloser Asylantrag vorliegt(239). Zugleich hat das Gericht darauf hingewiesen, daß in derartigen Fällen das - verfassungskräftig gewährleistete - vorläufige Bleiberecht entzogen werden könne, aber eine Vorverlegung des Rechtsschutzes in das Eilverfahren geboten sei(240). Das vorläufige Bleiberecht des Asylsuchenden ergebe sich als **Vorwirkung** des grundrechtlichen Asylrechts, gewähre ein Aufenthaltsrecht aber nur insoweit, als es **zur Durchführung des Asylverfahrens geboten** sei(241).

Das vorläufige Bleiberecht ist damit streng an den jeweiligen Zweck des Asylverfahrens gebunden. Da Art. 16 a II 1 GG die beschränkte, auf die Sicherheit im Drittstaat bezogene Einzelfallprüfung gebietet, ist das vorläufige Bleiberecht insoweit von Verfassungs wegen von vornherein auf diesen Verfahrensgegenstand begrenzt. Aus der verfassungsrechtlichen Asylgarantie des Art. 16 a I GG, die freilich inhaltlich durch Art. 16 a II 1 GG beschränkt wird, rechtfertigt sich zugleich die Vorverlegung des Rechtsschutzes in das Eilverfahren. Diese verfassungsrechtlich gebotene Interpretation wird durch den Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zusätzlich verstärkt. Das BVerfG hat die Verknüpfung des vorläufigen Bleiberechts mit dem einstweiligen Rechtsschutz ausdrücklich auch am Maßstab der **allgemeinen Regeln** des Völkerrechts nach Art. 25 GG gemessen und sich auf seine allgemeine Rechtsprechung zum völkerrechtlich geforderten Rechtsschutz für Fremde bezogen(242). Insoweit hat das Gericht in gefestigter Rechtsprechung einen **verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard elementarer Verfahrensgerechtigkeit** festgestellt(243) und diesen

(238) BVerfGE 56, 231 (243 f.).

(239) BVerfGE 67, 43 (56) .

(240) BVerfG, a.a.O., S. 61 f..

(241)

BVerfGE 80, 68 (73 f.).

(242) BVerfGE 67, 43 (63) .

(243) BVerfGE 59, 280 (282); 60, 253 (303 f.); 63, 332 (337) .

insbesondere auch zur Inhaltsbestimmung des asylrechtlich gebotenen gerichtlichen Rechtsschutzes herangezogen.

Es sei eine seit langem anerkannte Regel des völkerrechtlichen Fremdenrechts, daß der Aufenthaltsstaat **angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz** gewähren müsse. Zu diesem völkerrechtlich **geschuldeten** Ausmaß an gerichtlichem Rechtsschutz gehöre jedenfalls, daß der Fremde nach Maßgabe und in den Grenzen allgemein eröffneter Rechtswege Zugang zu den Gerichten haben und sein Rechtsschutzbegehren von unparteiischen Richtern geprüft und entschieden werden müsse; ferner daß ein **Mindestmaß an Verfahrensgerechtigkeit**, insbesondere ausreichendes Gehör gewährt und das Verfahren nicht ungebührlich verzögert werde. Soweit der Rechtsweg eröffnet sei, müsse er Inländern wie Fremden in grundsätzlich gleicher Weise zugänglich sein(244). Gegen diese Regel verstoße es aber nicht, wenn gerichtliche Rechtsschutzverfahren bei eindeutig aussichtslosen Asylanträgen nur auf Fremde anwendbar seien. Derartige Sonderbestimmungen enthielten keine sachwidrige oder gar willkürliche Benachteiligung des Fremden gegenüber dem Inländer hinsichtlich des Zugangs zu oder der Rechte vor Gericht. Sie gingen in ihren Besonderheiten gegenüber den allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nicht weiter, als dies aus Sachgründen geboten sei, an deren Schutz **in, hohem Maße** ein - vom Völkerrecht geachtetes - **öffentliches Interesse** bestehe(245).

Das BVerfG stellt damit eine allgemeine Regel fest, deren Inhalt in einem angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz besteht. Das Prinzip der Inländergleichbehandlung erlaubt abweichende Regelungen für Fremde nur, wenn dies aus der Sache heraus gerechtfertigt werden kann. Da aus Art. 25 GG ein öffentliches Interesse an der Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes für Fremde folgt, wird man diese Rechtsprechung so zu verstehen haben, daß Einschränkungen gerichtlichen Rechtsschutzes zu Lasten des Fremden einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Dies gilt insbesondere auch für verwaltungsgerichtliche Eilverfahren. Im besonderen Maße ergibt sich diese völkerrechtliche Verpflichtung aus dem **menschenrechtlichen** Mindeststandard des Völkerrechts, wie er sich in der Staatenpraxis seit 1945 zunehmend, insbesondere in den Menschenrechtsdeklarationen und -konventionen universaler wie regionaler Art, bekundet(246). Da das BVerfG zur inhaltlichen Bestimmung der allgemeinen Regel auch auf Deklarationen und damit auf soft law zurückgreift, ist es gerechtfertigt, auf den internationalen Standard im Flüchtlingsrecht, wie er sich in den Empfehlungen von UNHCR ExCom und des Ministerkomitees des Europarates dokumentiert, Bezug zu nehmen. UNHCR Empfehlung Nr. 8 (XXVIII)

(244)BVerfGE 60, 253 (303 f.).

(245)BVerfGE 67, 43 (63) .

(246)BVerfGE 60, 253 (304) .

empfiehlt, dem Asylsuchenden für die Dauer des Überprüfungsverfahrens den weiteren Aufenthalt zu gestatten. UNHCR Empfehlung Nr. 30 (XXXIV) bezieht diesen Rechtsschutzstandard ausdrücklich auch auf offensichtliche unbegründete Asylanträge. Diesen Inhalt hat auch die Empfehlung Nr. R (81) 16 des Ministerkomitees des Europarates.

Damit besteht eine allgemeine Regel des Völkerrechts, daß der Aufenthaltsstaat den Fremden angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz gewährt. Grundsätzlich gilt hierbei der Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Im besonderen Maße ist bei der Inhaltsbestimmung dieser Regel der menschenrechtliche Kernbestand des Völkerrechts heranzuziehen. Flüchtlingsrecht ist Bestandteil dieses menschenrechtlichen Mindeststandard. Der international anerkannte Standard im Flüchtlingsvölkerrecht geht dahin, daß eine Überprüfung der Entscheidungen im Asylverfahren ermöglicht und für die Dauer dieses Verfahrens ein vorläufiges Bleiberecht gewährleistet wird. Zwar verlangt UNHCR ExCom Empfehlung Nr. 8 (XXXIII) nicht ausdrücklich ein gerichtliches Überprüfungsverfahren, verweist insoweit jedoch auf das jeweils im Aufenthaltsstaat herrschende, also auf das jeweilige System allgemeinen Rechtsschutzes. Für die Bundesrepublik bedeutet dies, daß grundsätzlich der Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet werden und für die Dauer des Eilverfahrens ein vorläufiges Bleiberecht gewährt werden muß.

Festzuhalten ist damit: Der Wortsinn von Art. 16 a II 3 GG geht dahin, daß der Suspensiveffekt von Rechtsbehelfen von Asylsuchenden, die über einen sicheren Drittstaat eingereist sind, beseitigt wird und eine verfassungsrechtliche Vermutung für das öffentliche Vollzugsinteresse besteht. Der Zugang zum verwaltungsgerichtlichen System des vorläufigen Rechtsschutzes wird damit nicht unterbunden. Vielmehr folgt aus Art. 16 a I GG ein freilich durch Art. 16 a II 1 GG von vornherein auf die Prüfung des Verfahrensgegenstands der konkreten Sicherheit im Drittstaat begrenztes vorläufiges Bleiberecht zum Schutze des Asylsuchenden. Hierauf ist die Einzelfallprüfung der Verwaltung und auch der Verwaltungsgerichte beschränkt. Aus diesem verkürzten, vorläufigen Bleiberecht ergibt sich von Verfassungs wegen der Anspruch auf verwaltungsgerichtliche Kontrolle im Eilverfahren. Gebietet der Wortlaut von Art. 16 a II 3 GG diese Auslegung, so kann andererseits weder der Entstehungsgeschichte noch dem Gesetzeszweck Gegenteiliges entnommen werden. Nach dem Gesetzeszweck ist die **Schutzbedürftigkeit** des Asylsuchenden maßgebend. Diese entfällt erst dann, wenn feststeht, daß er im Drittstaat hinreichend sicher vor Verfolgung ist. Behauptet der Asylsuchende, daß diese Sicherheit für ihn im Drittstaat nicht besteht, muß den Zweifeln von Amts wegen nachgegangen werden. Eine so verstandene verfassungsrechtliche Auslegung von Art. 16 a II 3 GG vermeidet Kollisionen mit dem Völkerrecht. Die allgemeine Regel, daß Fremden angemessener gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, hat im Flüchtlingsvölkerrecht den Inhalt, daß gegen Abschiebungsmaßnahmen Rechtsschutz mit Suspensiveffekt zu gewähren

ist.

§ 34 a II AsylVfG ist nicht einer verfassungskonformen Auslegung fähig, soweit er den vorläufigen Rechtsschutz gegen die Abschiebungsanordnung nach § 34 a I AsylVfG vollständig ausschließt. Da Abs. 2 sich auf Abs. 1 bezieht, setzt der Ausschlußtatbestand voraus, daß die Voraussetzungen des Einreisetatbestandes vorliegen müssen. Daran fehlt es, wenn keine Gewißheit über die Einreise aus einem bestimmten Drittstaat besteht oder deshalb der Einreisetatbestand verneint werden muß, weil sich der Asylsuchende im sicheren Drittstaat lediglich im Transitbereich des Flughafens aufgehalten hat. In diesen Fällen greift § 34 a II AsylVfG nicht ein. Vorläufiger Rechtsschutz ist nach allgemeinem Verwaltungsprozeßrecht zulässig. Häufig wird es in diesen Fällen jedoch wegen der Vollzugsgefahr geboten sein, vorbeugenden Rechtsschutz zu beantragen. Soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 34 a I AsylVfG vorliegen, greift jedoch der Ausschlußtatbestand des § 34 a II AsylVfG ein. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist eindeutig. Er untersagt **ausnahmslos** den gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat und stimmt deshalb mit dem verfassungsrechtlichen Inhalt von Art. 16 a II 3 GG nicht überein. Die Regelung in § 34 a II AsylVfG ist aus diesem Grund verfassungswidrig.

4. Überprüfung der Drittstaatenregelung durch das BVerfG

4.1. Vorbemerkung

Wegen des Inkrafttretens der verfassungs- und einfachgesetzlichen Regelungen der Drittstaatenkonzeption verbleibt von den in Art. 93 GG genannten Möglichkeiten zur Anrufung des BVerfG lediglich die **Verfassungsbeschwerde**. Von dieser Möglichkeit ist seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens am 1. Juli 1993 in zahlreichen Fällen Gebrauch gemacht worden. Das BVerfG wurde insbesondere aus Anlaß von Einreiseverweigerungen nach § 18 a AsylVfG in einer Vielzahl von Fällen (247) um "einstweiligen Rechtsschutz" gemäß § 32 BVerfGG bemüht. Von dieser Art von Rechtsschutzgewährung scheint das Gericht auch nicht defensiv Gebrauch zu machen. Entscheidungen über verfassungsrechtliche Streitfragen können naturgemäß in den einstweiligen Anordnungsverfahren nicht ergehen. Neben der Verfassungsbeschwerde kommt als weitere Möglichkeit, aus Anlaß von Einzelfällen das BVerfG mit der Bitte um Streitschlichtung einzuschalten, die **Richtervorlage** nach Art. 100 I 1 GG in Betracht. Da bei der Drittstaatenkonzeption der einstweilige Rechtsschutz ausgeschlossen ist, erscheint diese Möglichkeit jedoch nicht sonderlich effektiv.

4.2. Richtervorlage (Art. 100 I 1 GG)

(247) Vgl. nur NVwZ aktuell, Beilage Nr.1/1993 zu Heft 8/93, Neueste Rechtsprechung zum Asylrecht.

Das um Rechtsschutz gebetene Verwaltungsgericht hat vor der Entscheidung in einem Rechtsstreit das Verfahren auszusetzen, wenn es ein nachkonstitutionelles Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig erachtet und die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Die für die Richtervorlage maßgeblichen Voraussetzungen sind sehr streng, dürften aber in den heiß umstrittenen Fragen der Drittstaatenkonzeption regelmäßig vorliegen. Art. 100 I 1 GG spricht lapidar vom Gesetz, so daß offen ist, ob von dieser Norm auch das Verfassungsgesetz erfaßt wird. Diese Frage kann Bedeutung erlangen, wenn ein Gericht Art. 16 a II 1 GG oder Art. 16 a II 3 GG für verfassungswidrig erachtet. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist bereits dieser Weg, freilich ohne Erörterung dieses Problems, eingeschlagen und das BVerfG zur Entscheidung der Frage angerufen worden, ob die aus Art. 16 a IV GG zu entnehmende Ausgestaltung des Rechtsschutzes in ihrer fallbezogenen Anwendung mit Art. 16 a I und 19 IV GG vereinbar ist(248). Soweit ersichtlich, ist die Vorlage von Verfassungsnormen zur Entscheidung an das BVerfG bislang nicht von aktueller Bedeutung gewesen. In einer Monographie aus dem Jahre 1951 wird aber die Zuständigkeit zur Prüfung von Verfassungsnormen dem Entscheidungsmonopol des Art. 100 I GG zugeordnet(249). Da hier eine verfassungskonforme Auslegung der mit Art. 16 a II GG gestellten Streitfragen für möglich erachtet wird, braucht dieses Problem nicht weiter vertieft werden.

Das zentrale Problem in den Verfahren, in denen die Drittstaatenkonzeption aktuell werden kann, besteht jedoch in folgendem: Die Richtervorlage ist ein Instrument, mit dem die einzelnen Regelungen der Drittstaatenkonzeption dem BVerfG zur Überprüfung vorgelegt werden können. Wegen der Rechtsschutzversagung in § 34 a II AsylVfG ist es jedoch wenig effektiv und für den Asylsuchenden mit dem erheblichen Risiko sofortiger Abschiebung behaftet. Der Ausschluß des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 34 a II AsylVfG selbst ist andererseits neben dem Ausschluß der Prüfung im Verwaltungsverfahren die Frage, auf deren Entscheidung es im konkreten Rechtsfall ankommt. Die Gültigkeit von § 34 a II AsylVfG ist m.a.W. die Frage, die dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen ist. Wegen § 34 a II AsylVfG ist der auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerichtete Antrag ja unstatthaft. Die Entscheidung über diesen Antrag setzt also die Klärung der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von § 34 a II AsylVfG mit Art. 16 a II 3 GG voraus. Erachtet das Gericht - wie hier - § 34 a II AsylVfG für verfassungswidrig, so hat (Art. 100 I 1 G) es das Verfahren auszusetzen.

(248) VG Ansbach, NwVZ-Beilage 1/1993, 6.

(249) Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951, S. 50 ff.

Dieser Weg kann aber nur empfohlen werden, wenn zuvor mit dem Verwaltungsgericht abgeklärt worden ist, daß dem Antragsteller für die Dauer des Aussetzungsverfahrens Abschiebungsschutz gewährt werden wird. Dieser Abschiebungsschutz könnte durch einen hierauf abzielenden gleichzeitigen oder hilfsweisen Antrag nach § 123 VwGO sichergestellt werden. Die fachgerichtliche Rechtsprechung hat z.B. mit Blick auf ein anhängiges Verfahren der Verfassungsbeschwerde ungeachtet § 32 BVerfGG Rechtsschutz für dessen Dauer über § 123 VwGO gewährt (250). Was zur Absicherung des Abschiebungsschutzes während der Dauer eines Verfahrens der Verfassungsbeschwerde anerkannt ist, sollte mit dieser Zweckrichtung aus den selben Gründen auch für das durch die Richtervorlage begründete Aussetzungsverfahren Geltung haben.

Ein weiteres Problem stellt jedoch das Eilverfahren selbst dar. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung wird verneint, daß das Instrument der Richtervorlage in einem Eilverfahren überhaupt angewandt werden darf (251). Die in Bezug genommene Rechtsprechung des BVerfG trägt diese Ansicht jedoch nicht. Zwar erachtet das BVerfG die Richtervorlage nur dann für zulässig, wenn die zur Prüfung gestellte Norm **entscheidungserheblich** ist. Entscheidungserheblich sei eine Norm aber erst dann, wenn die Entscheidung von der Gültigkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes abhängt. Daher sei das Verfahren der Normenkontrolle nur dann gerechtfertigt, wenn die Entscheidung der verfassungsrechtlichen Frage zur abschließenden Beurteilung des konkreten gerichtlichen Verfahrens unerlässlich sei (252). Der Rechtsprechung des BVerfG kann aber andererseits entnommen werden, daß die Entscheidungserheblichkeit nicht von einer bestimmten **Form der gerichtlichen** Entscheidung, sondern von der für den Erlass der gerichtlichen Entscheidung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Frage abhängig ist. So hat das BVerfG z.B. die Frage der **Terminsladung** wegen einer dadurch aufgeworfenen völkerrechtlichen Frage für entscheidungserheblich angesehen (253). Im Strafprozeß könne das Urteil auf dem einer Terminsladung anhaftenden Mangel beruhen (254). Auch die vorbereitende richterliche Handlungen regelnden Gesetze könnten daher verfassungsrechtlich problematisch sein (255). Ob der einstweilige Rechtsschutz bei Einreise

(250) VG Regensburg, B.v. 19.4.1988 - RN 6 E 890472, in: Marx, AsylR 3, Nr. 75,6.

(251) VG Regensburg, B.v. 2.9.1993 - RN 7 E 93 31704.

(252) BVerfGE 50, 108 (113), m.w.Hw., std. Rspr

(253) BVerfGE 16, 27 (32) .

(254) BVerfGE 4, 412 (417) .

(255) BVerfG, a.a.O..

über einen sicheren Drittstaat ausgeschlossen ist, ist eine verfassungsrechtliche Frage, deren Entscheidung zur abschließenden Beurteilung des konkreten gerichtlichen Eilverfahrens unerlässlich ist. Das Instrument der Richtervorlage nach Art. 100 I 1 GG kann daher unter diesen Voraussetzungen im Asylrecht im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren zur Anwendung kommen.

4.3. Verfassungsbeschwerde (Art. 93 IV a GG; 5§ 13 Nr. 8 a; 90 ff. BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde für den einzelnen Rechtssuchenden ist in Art. 93 IV a GG verfassungsrechtlich verankert und in den Regelungen der §§ 90 ff. BVerfGG im einzelnen gestaltet worden. Für Verfahren, in denen die Drittstaatenkonzeption relevant werden kann, kommt dem Instrument der Verfassungsbeschwerde eine hervorragende Bedeutung zu. Es dürfte vielleicht sogar die Vermutung gerechtfertigt erscheinen, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber bewußt deshalb viele Fragen offengelassen hat, um die abschließende verfassungsrechtliche Klärung dem BVerfG zu überlassen. Von einem demokratischen Verständnis aus mag man dieses Defizit bedauern. Andererseits ist es nicht verwunderlich, daß angesichts der gesellschaftlichen Polarisierung in der Asylfrage und den gerade hierin zum Ausdruck kommenden Bedrohungen der - in vier Jahrzehnten geschaffenen - grundrechtlichen Moral die aus diesem Kontext sich herausbildende und auf diesen rückbezogene Politik viele Fragen hat offen lassen müssen und nur in Formelkompromissen Einigung erzielt werden konnte. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen und insbesondere auch mit einem grundrechtlichen Demokratieverständnis zu vereinbaren, daß eine wenn auch letztlich politische Instanz, mit jedoch bedeutend größerer Distanz zu diesem gesellschaftlichen Kontext, Entscheidungen aktueller Rechtsfragen aus der selbst entwickelten Tradition der in den Grundrechten verkörperten Rechtskultur heraus zu treffen versucht und das abschließende Wort enthält.

Die Verfassungsbeschwerde dient der Klärung der anstehenden Streitfragen. Daneben ist es wegen der durch § 34 a II AsylVfG bewirkten Rechtsschutzversagung erforderlich, den weiteren Abschiebungsschutz durch einen Antrag auf **einstweilige Anordnung** gemäß § 32 BVerfGG sicherzustellen. Das BVerfG entscheidet dann selbst im konkreten Einzelfall zur "Abwehr schwerer Nachteile" oder zur "Verhinderung drohender Gewalt" (§ 32 I BVerfGG) über die Gewährung der Einreise oder die Aussetzung der Abschiebung. Zwar darf die Verfassungsbeschwerde erst **nach Erschöpfung des** Rechtswegs erhoben werden (§ 90 II 1 BVerfGG). Das BVerfG kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unzumutbarer Nachteil entstünde, fall er zunächst auf dem Rechtsweg verwiesen würde (§ 90 II 2 BVerfGG).

Die gesetzliche Regelung in § 90 II 1 BVerfGG ist Ausdruck der **Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**. Diese Subsidiarität ist vom BVerfG als **Wesensmerkmal des außerordentlichen Rechtsbehelfs** der Verfassungsbeschwerde bezeichnet worden(256). Nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung ist es nämlich vorrangige Aufgabe der Fachgerichte, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen sowie einen etwa eingetretenen Grundrechtsverstoß selbst zu beseitigen(257). Dem BVerfG wird so vor seiner Entscheidung ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüfetes Tatsachenmaterial unterbreitet und das Beschwerdevorbringen insbesondere auch in verfassungsrechtlicher Sicht umfassend vorgeprüft(258). Daher muß der Beschwerdeführer alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozesualen Möglichkeiten ausschöpfen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzungen zu erwirken(259). Dieser subsidiären Funktion der Verfassungsbeschwerde würde es zuwiderlaufen, sie anstelle oder gleichsam wahlweise neben einem anderweit zulässigen Rechtsbehelf zuzulassen (260). Ihren Grund hat die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde insbesondere auch in dem **umfassenden Rechtsschutzsystem**, welches das Grundgesetz gewährleistet(261).

Von diesem Grundsatz sind **Ausnahmen** zugelassen, die jedoch eng zu interpretieren sind (262), aber im Asylverfahrensrecht wegen der einschneidenden Verkürzung des ansonsten gewährleisteten umfassenden Rechtsschutzsystems häufig auch geboten sind. Ausnahmen von der Subsidiarität sind etwa zuzulassen, wenn der Rechtsbehelf im Hinblick auf eine entgegenstehende Rechtsprechung der Fachgerichte von vornherein als aussichtslos erscheinen muß. Allein der Umstand, daß eine solche Rechtsprechung zugunsten der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs noch nicht vorliegt, wird in der Regel aber nicht genügen(263). In den gegen die Abschiebungsanordnung nach § 34 a I AsylVfG gerichteten Verfahren besteht jedoch die Besonderheit, daß der gerichtliche Eilrechtsschutz kraft Gesetz ausgeschlossen ist. Der Beschwerdeführer kann deshalb nicht darauf verwiesen werden, die Entwicklung einer Rechtsprechung zur Zulässigkeit von

(256) BVerfGE 47, 144 (145); 49, 252 (258).

(257) BVerfGE 47, 144 (145); 47, 182 (190); 49, 252 (252, 258); 51, 386 (396); 63, 77 (79); 73, 322 (237).

(258) BVerfGE 74, 102 (113).

(259) BVerfGE 70180 (185); 73, 322 (325).

(260) BVerfGE 70, 180 (186).

(261) BVerfGE 47, 144 (145) .

(262) BVerfGE 70, 180 (186).

(263) BVerfGE 70, 180 (186 f.).

Eilrechtsbehelfen abzuwarten. Sie kann gar nicht erwartet werden, da das Gesetz sie nicht zuläßt und auch eine verfassungskonforme Auslegung von § 34 a II AsylVfG, zu der die Fachgerichte verpflichtet sind(264), nicht möglich ist.

Zwar hat das BVerfG den Begriff Rechtsbehelf im Zusammenhang mit § 90 II 1 BVerfGG sehr weit ausgelegt(265). Die **Richtervorlage** kann jedoch nicht als Rechtsbehelf mit der Folge angesehen werden, daß dem Beschwerdeführer zugemutet werden müßte, zunächst den durch § 34 a II AsylVfG nicht statthaften Eilrechtsantrag zu stellen und diesen mit einem auf die Vorlage nach Art. 100 I 1 GG abzielenden Antrag zu verbinden. Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde mutet dem Beschwerdeführer lediglich zu, alle nach Lage der Dinge vorgesehenen **gesetzlichen** Rechtsbehelfe zu ergreifen, bevor er Verfassungsbeschwerde erhebt. Die Richtervorlage zielt auf eine konkrete **Normenkontrolle** und ist Ausfluß der Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 I GG) sowie des Rechtsstaatsprinzips. Der Rechtssuchende mag die Richtervorlage anregen, er hat jedoch kein hierauf abzielendes Antragsrecht (vgl. §§ 80 ff. BVerfGG). Sie kann deshalb nicht als Rechtsbehelf verstanden werden.

Verfassungsbeschwerden, welche die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 34 a II AsylVfG zum Gegenstand haben, stellen ein weiteres Problem, weil sie unmittelbar gegen einen Akt der "öffentlichen Gewalt" (§ 90 I BVerfGG), nämlich die Abschiebungsanordnung nach § 34 a I AsylVfG gerichtet sind. Zwar muß der Asylsuchende zur Wahrung seiner Rechte Anfechtungsklag, gegen die Anordnung erheben. Zur Abwendung eines andernfalls unabwendbaren Nachteils (§ 90 II 2 BVerfGG) ist der Verweis auf den Ausgang des Gerichtsverfahrens jedoch nicht zumutbar. Das BVerfG wird daher allein mit der Anordnung nach § 34 a I AsylVfG befaßt. Eine isolierte Anfechtung eines Verwaltungsaktes mit der Verfassungsbeschwerde wird vom BVerfG jedoch nur in Ausnahmefällen für zulässig erachtet. Die für die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Gründe treffen jedoch bei Fallgestaltungen nach § 34 a II AsylVfG nicht zu: Behauptet der Beschwerdeführer konkret und nachvollziehbar, unter Beachtung einer verschärften Darlegungslast, im als "sicheren" Drittstaat drohe ihm die Weiterschlebung in den behaupteten Verfolgerstaat oder aber im Drittstaat drohten ihm Verletzungen seiner Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wird er hiermit nach der derzeitigen Verwaltungspraxis nicht gehört. Eilrechtsschutz steht ihm gesetzlich nicht zur Verfügung. Weder kann das Verwaltungsgericht daher die ihm als vorrangig auferlegte Aufgabe des Grundrechtsschutzes wahrnehmen noch besteht deswegen die Gefahr, daß die Ver-

(264) BVerfGE 47, 144 (145) .

(265) Vgl. etwa BVerfGE 70, 180m(185 ff); BVerfG, B.v. 19.6.1990 - zum Abänderungsantrag nach § 80 VI VwGo a.F..

fassungsbeschwerde den Charakter eines ordentlichen Rechtsbehelfs einnimmt. Sie bleibt stets eine außerordentliche Schutzmöglichkeit, die aber gerade bei drohender Verletzung elementarer Grundrechte wegen der verfassungswidrigen Rechtsschutzeinschränkung nach § 34 a II AsylVfG gewährleistet bleiben muß.

Gerügt werden können mit der Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung der in Art. 93 IV a GG genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte. Der Abschiebungsschutz nach § 51 I AuslG gehört ebenso wenig dazu wie der Schutz des Refoulementverbotes nach Art. 33 I GFK. wird der Inhalt des Grundrechts aus Art. 16 a I GG jedoch wie hier insbesondere auch aus dem Inhalt des völkerrechtlichen Refoulementschutzes abgeleitet, werden unerfreuliche Kollisionen vermieden. Die völkerrechtlichen Standards zum Flüchtlingsrecht würden in einem erheblichen Umfang Inhalt des Grundrechts auf Asyl und damit auch beschwerdefähig im Sinne des § 90 BVerfGG. Andererseits ist Art. 33 I GFK als völkerrechtliche Vertragsbestimmung Grundlage für subjektive Rechte einzelner im Sinne von Art. 19 IV GG (266). Art. 33 I GFK ist also im System des deutschen Verwaltungsprozeßrechts zugunsten des einzelnen Asylsuchenden gerichtlich durchsetzbar. Über Art. 19 IV GG kann diese Norm aber kaum Grundrechtscharakter entfalten und damit zu Grundlage einer Verfassungsbeschwerde werden, da über Art. 19 IV GG subjektive Rechte ohne Grundrechtscharakter nicht in den Rang eines Grundrechtes erhoben werden können.

5. **Schlußthesen**

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchungen fasse ich thesenartig zusammen:

1. Das Grundrecht auf Asyl (Art. 16 a I GG) gewährt politisch Verfolgten einen effektiven Schutz gegen Zugriffsmöglichkeiten des Verfolgerstaates.
2. Hieraus ergibt sich als unveräußerlicher - und damit auch der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogener - **Kernbestand des Asylrechts das Verbot der Kettenabschiebung**, welches Maß und Richtschnur für den einfachen wie für den verfassungsändernden Gesetzgeber gibt.
3. Es ist Aufgabe der **Grundrechtsdogmatik**, die bereits im Völkerecht entwickelten positiven Ansätze des Flüchtlingsrechtsschutzes für die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Inhalts der Asylrechtsgarantie fruchtbar zu machen.
4. Der Grundsatz des Refoulementverbotes ist nicht nur
(266) Vgl. BVerwGE 56, 273 (277).

vertraglich geregelt, sondern hat nach dem heute erreichten Stand der Staatenpraxis und Rechtsentwicklung als gewohnheitsrechtliche Regel den Inhalt, daß er Flüchtlinge und Asylsuchende auch an der Grenze vor Zurückweisungen in den Verfolgerstaat schützt. Mit diesem Inhalt geht dieser Grundsatz als allgemeine Regel im Sinne des Art. 25 S. 2 GG den einfachen Gesetzen vor und gewinnt auch für die Grundrechtsdogmatik Bedeutung.

5. Zwar schützt das Refoulementverbot nur vor Zurückweisungen und Abschiebungen in den behaupteten Verfolgerstaat. Eine Verweisung des Flüchtlings an einen Drittstaat setzt als **conditio sine qua non** jedoch dessen Zustimmung zur Rückübernahme sowie Aufnahme des Flüchtlings voraus. Diese kann vertraglich geregelt werden. Bei vertragslosem Verkehr ist die Zustimmung jedoch vor der Rückführung ausdrücklich in jedem Einzelfall einzuholen.

6. Das Refoulementverbot setzt darüber hinaus voraus, daß der Flüchtling nach seiner Rückführung im Drittstaat ein Recht auf **Zugang zum Asylverfahren** erhält und das Asylbegehren nach bestimmten völkerrechtlich anerkannten Mindestgarantien behandelt wird. Denn nur bei einem eindeutig geregelten Verfahrenszugang wird im Drittstaat hinreichender Verfolgungsschutz gewährt und erfüllt der rückführende Staat seine völkerrechtliche Verpflichtung.

7. Diese völkerrechtliche Verpflichtung ist nach dem Völkerrecht innerstaatlich dadurch umzusetzen, daß dem Flüchtling vor seiner Rückführung ein Verfahrensrecht dahin gewährt wird, daß seinen Behauptungen über den fehlenden Zugang zum Asylverfahren im Drittstaat und über dort und im Herkunftsstaat drohende Menschenrechtsverletzungen von Amts wegen nachgegangen wird.

B. Das Grundrecht aus Asyl hat einen subjektiven Rechtscharakter, da es der Bundesrepublik zugunsten des Flüchtlings die Handlungspflicht auferlegt, sich aller Maßnahmen zu enthalten, die auf irgendeine Weise dazu beitragen können, daß dieser dem Zugriff seines Verfolgerstaates ausgesetzt wird.

9. Dieser **abwehrrechtliche Charakter** des Asylrechts folgt unmittelbar aus der Menschenwürdegarantie und darf auch durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht angetastet werden. Soweit das Asylrecht darüber hinaus Aufenthaltsschutz und bestimmte Leistungsrechte gewährt, hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.

10. Wegen der unveräußerlichen Natur des negatorischen Grundrechtsschutzes darf Art. 16 a II 1 GG die Berufung auf den Abwehrcharakter des Asylrechts nach Art. 16 a I GG nicht ausschließen und kann dieser Verfassungsnorm eine derartige Wirkung auch nicht entnommen werden.

11. Dort wo das Grundrecht auf Asyl sozusagen auf dem Spiel steht, wo es um seine Schutzwirkung schlechthin geht, erfordert das Grundgesetz eine bestimmte **Verfahrensgestaltung**. Der durch das Asylrecht garantierte Verfahrensschutz ist daher nicht erst für die inhaltliche Überprüfung des Asylbegehrens von Bedeutung. Vielmehr ist **Verfahrensschutz** im Asylrecht Bestandteil seines unantastbaren Kernbereichs, um seine wesentliche Schutzwirkung effektiv durchsetzen zu können (**Kerngedanke der verfahrensorientierten Grundrechtsinterpretation**).

12. Art. 16 a II 1 GG schließt damit nicht die verfahrensrechtliche Prüfung dahin aus, ob im Einzelfall dem Asylsuchenden im sicheren Drittstaat der Zugang zum Asylverfahren nach Maßgabe bestimmter international anerkannter Mindestgarantien gewährt werden wird. Die verfassungsrechtliche Schutzwirkung erfährt so verstärkt durch den **Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Auslegung** der Grundrechte des Grundgesetzes eine doppelte grundrechtliche Verstärkung.

13. Art. 16 a II 1 GG zeichnet so die bereits in der Asylrechtsgewährleistung (Art. 16 a I GG) angelegte Konkretisierung nach. Nur bei Wegfall der Schutzbedürftigkeit infolge tatsächlich gewährten hinreichenden Verfolgungsschutzes im sicheren Drittstaat ist die Berufung auf das Asylrecht von Verfassungs wegen untersagt. Dieser Wegfall im Einzelfall erfordert eine sorgfältige Prüfung, welche Bestandteil des untastbaren, verfahrensrechtlich geschützten Kernbereichs des Asylrechts ist.

14. Die Rechtsschutzgarantie der Verfassung (Art. 19 IV GG) ist insoweit uneinschränkbar, als es um den Schutz elementarer Grundfreiheiten geht. Da beim Asylrecht der Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit sowie persönlicher Freiheit im Vordergrund steht, darf der wirksame Schutz dieser Rechtsgüter auch durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht der Garantie gerichtlichen Rechtsschutz entzogen werden.

15. Art. 16 a II 3 GG regelt lediglich die Aufhebung des Suspensiveffektes eingelegter Rechtsbehelfe, unterbindet jedoch keinesfalls die Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes.

16. Da aus dem verfahrensrechtlich geschützten Kernbereich des Asylrechts ein auf die hinreichende Sicherheit im sicheren Drittstaat bezogenes Überprüfungsrecht erfolgt, der gerichtliche Rechtsschutz mit Blick auf die grundrechtlichen Elementarfreiheiten nicht eingeschränkt werden darf, ist der ausnahmslose Ausschluß einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutzes durch § 34 a II AsylVfG verfassungswidrig und diese Norm als nichtig anzusehen.