



# Kurzgutachten

## zu einzelnen rechtlichen Aspekten der aktuellen GEAS-Reformvorschläge

Stellungnahme im Auftrag von Erik Marquardt, MdEP

Autoren:

Dr. Matthias Lehnert, Rechtsanwalt, Leipzig

Robert Nestler, Geschäftsführer, Equal Rights Beyond Borders, Berlin

The Greens/EFA group in the European Parliament

[www.greens-efa.eu](http://www.greens-efa.eu)

[contactgreens@europarl.europa.eu](mailto:contactgreens@europarl.europa.eu)

[www.erik-marquardt.eu](http://www.erik-marquardt.eu)

[erik.marquardt@europarl.europa.eu](mailto:erik.marquardt@europarl.europa.eu)

[@greensep](https://www.facebook.com/greensefa)

<https://www.facebook.com/greensefa>

[@ErikMarquardt](https://www.facebook.com/ErikMarquardt)

[www.facebook.com/ErikMarquardtde](https://www.facebook.com/ErikMarquardtde)



## Zusammenfassung

Das vorgelegte Kurzgutachten analysiert exemplarisch, warum ausgewählte Neuregelungen zum Gemeinsamen Europäischen Asylsystem, wie sie auch die Bundesregierung im jüngsten Positionspapier vertritt, grund-, menschen- und unionsrechtlichen Ansprüchen nicht genügen. Dabei werden die Regelungen zum Rechtsschutz und zum Konzept sicherer Drittstaaten den Vorgaben nicht gerecht. Ein Grenzverfahren an der Binnengrenze ist nicht möglich, auch an der Außengrenze geht ein solches stets mit Inhaftierungen einher und macht Grund- und Menschenrechtsverletzungen auch darüber hinaus fast unvermeidbar.

## Überblick Hauptergebnisse

1. Soweit ein unionsrechtlicher Regelungsbereich harmonisiert ist, misst auch das Bundesverfassungsgericht ein mitgliedstaatliches Verhalten an der Grundrechtecharta der Europäischen Union und nicht am Grundgesetz. Das Verwerfungsmonopol für Unionsrecht obliegt dem Europäischen Gerichtshof.
2. Dass der im Neuentwurf zur Asylverfahrensverordnung geplante Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Antrags auf internationalen Schutz teilweise keine aufschiebende Wirkung hat, verletzt Vorgaben aus Art. 13 EMRK und Art. 47 Grundrechtecharta der Europäischen Union, die in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Union einen Rechtsbehelf mit automatischer aufschiebender Wirkung zwingend voraussetzen.
3. Die Anwendung des Konzepts des sicheren Drittstaats muss stets einer Prüfung im Einzelfall folgen.
4. Ein Drittstaat kann nicht als sicher gelten, wenn Garantien, die in der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) verbürgt sind, nur in einem Teilgebiet gelten, denn die Konvention erfordert gerade die schrittweise Inklusion in das Rechtssystem des Unterzeichnerstaates im gesamten Staatsgebiet im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes und verlangt insbesondere die Freizügigkeit auf dessen gesamten Territorium.
5. Eine Entsprechung der GFK-Standards allein "im Wesentlichen" bei der Klassifizierung eines sicheren Drittstaats ist mit dem Schutzkonzept der GFK unvereinbar, da die Statusrechte nach der GFK rechtlich zwingend sind und nicht unterschritten werden dürfen.
6. Im Grenzverfahren sind Mitgliedstaaten vollumfänglich an Grund- und Menschenrechte gebunden, denn sie üben effektive Kontrolle über Personen aus.
7. Sowohl das Screening-Verfahren als auch das Grenzverfahren setzen eine Einreiseverweigerung voraus, weil sie vor der Einreise stattfinden müssen. Eine solche Einreiseverweigerung ist an der Binnengrenze nicht möglich, weshalb auch die Nichteinreisefiktion und mit ihr das Grenzverfahren ausgeschlossen sind.
8. Ein Grenzverfahren findet notwendigerweise vor der Einreise statt, deshalb sind die möglichen Orte, an denen ein solches stattfinden kann, begrenzt. Daher müssen Verfahren an einem örtlich eng begrenzten Bereich stattfinden, sodass Grenzverfahren ohne Freiheitsentziehung (= Inhaftierung) nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht möglich sein dürften.

Davon geht auch das Regulationssystem des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems

9. Selbst da, wo Grenzverfahren nicht unmittelbar Grund- und Menschenrechte verletzen, machen sie Rechtsverletzungen besonders wahrscheinlich, weil grundlegende Standards wie Rechtsschutz und menschenwürdige Unterbringung in Lagern an der Außengrenze nicht eingehalten werden können.
10. Auch die Grundrechteagentur der EU hält die menschenrechtlichen Herausforderungen in Außengrenzlagern für „fast unüberwindbar“.
11. Effektiver Rechtsschutz ist nach Ansicht des Gerichtshof der Europäischen Union und im Lichte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einerseits zum Schutz des Einzelnen erforderlich, andererseits auch notwendig, um das Funktionieren des Systems zu gewährleisten und eine rechtsrichtige Umsetzung der rechtlichen Vorgaben – und im Ergebnis den Rechtsstaat – sicherzustellen.

Zusammenfassung.....	2
Überblick Hauptergebnisse.....	2
Teil I: Überblick über den Einfluss der vorgeschlagenen Änderungen auf die BRD.....	7
A. Verordnungsrecht macht mitgliedstaatliches Asylrecht weitgehend obsolet .....	7
B. Das Bundesverfassungsgericht überprüft die Einhaltung von Verfassungs- und Unionsprimärrecht..	7
I. Die Grundrechtecharta der EU kann Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts sein .....	7
II. Die Verwerfung oder Ungültigkeitserklärung von Unionsrecht obliegt dem Europäischen Gerichtshof.....	8
III. Offenkundige Lücken im europäischen Rechtsschutzsystem.....	9
IV. Ergebnis: Überprüfung an Maßstäben deutscher und europäischer Grundrechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention .....	9
Teil II: Grundrechtsverletzungen im Einzelnen .....	10
A. Rechtsschutz.....	10
I. Vorgeschlagene Rechtsänderungen.....	10
II. Grund- und sekundärrechtlicher Rahmen.....	10
1. Unionsrecht.....	10
2. Europäische Menschenrechtskonvention .....	11
III. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge .....	11
IV. Zwischenergebnis .....	12
B. Klassifizierung sicherer Drittstaaten .....	13
I. Vorgeschlagene Rechtsänderungen .....	13
II. Rechtliche Anforderungen an das Vorliegen eines „sicheren Drittstaates“ .....	13
1. Grundsätzlich: Eine Prüfung im Einzelfall bleibt notwendig .....	13
2. Genfer Flüchtlingskonvention .....	14
3. Europäische Menschenrechtskonvention .....	15
III. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge .....	16
1. Territorialer Teilschutz.....	16
2. Entsprechung des GFK-Standards „im Wesentlichen“ .....	16
IV. Zwischenergebnis .....	17
C. Screening und Grenzverfahren .....	17
I. Screening und Grenzverfahren an der Binnengrenze .....	18
1. Grundsätzlich: Screening und Grenzverfahren setzen Nicht-Einreise voraus .....	18
2. Grundsätzlich: Unionsprimär- und -sekundärrecht, Grundgesetz und EMRK gelten vollumfänglich.....	19
3. Das Screening-Verfahren sieht keine Nichteinreisefiktion auf Unionsgebiet vor .....	19

4. Auch Grenzverfahren sind auf Unionsgebiet unmöglich .....	20
a. Vorgeschlagene Änderungen für das Grenzverfahren .....	20
b. Grenzverfahren und Fiktion der Nichteinreise an der Binnengrenze? .....	20
aa. Isolierte Betrachtung von AsylVfVO-E und Screening-VO-E .....	21
bb. Schengen- und Unionsprimärrecht .....	21
i. Diskussion um „Transitlager“ .....	21
ii. Grenzverfahren in „Transitlagern“ setzen Binnengrenzkontrollen und Einreiseverweigerungen voraus .....	22
iii. Eine Nichteinreisefiktion an der Binnengrenze wäre auch bei wiedereingeführten Grenzkontrollen rechtswidrig .....	22
iii. Befund bleibt von Änderung des Schengen-Rechts unberührt .....	24
iv. Kontrollen im grenznahen Raum können Grenzkontrollen nicht einfach ersetzen .....	24
vi. Grenzkontrollen an Binnengrenzen sind nach geltendem Recht regelmäßig rechtswidrig .....	24
v. Eine Neuregelung, die Binnengrenzkontrollen normalisiert, ist unionsprimärrechtswidrig .....	25
5. Zwischenergebnis .....	25
II. Notwendige Freiheitsentziehung bei Grenzverfahren (und Screening) .....	25
1. Die Kommission geht (offiziell) nicht von einer grundsätzlichen Inhaftierung aus .....	25
2. Vorausgesetzte Fiktion der Nichteinreise limitiert Orte, an denen Grenzverfahren durchgeführt wird .....	26
a. Formulierung der Orte legt Freiheitsentziehung nahe .....	26
b. Transitzone und „Festhalten“ an der Außengrenze .....	26
3. Freiheitsbeschränkung vs. Freiheitsentziehung .....	27
a. Begrifflichkeit .....	27
b. Keine Beschränkung auf klassische Inhaftierungs-Szenarien .....	28
c. Keine Mindestdauer .....	29
d. Unerheblichkeit der Intention und der subjektiven Wahrnehmung .....	29
e. Freiheitsentziehung trotz Verlassenserlaubnis? .....	30
f. Keine Freiwilligkeit und erforderlicher Zwang .....	30
g. Zwischenergebnis .....	31
4. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens .....	31
a. Implizite Annahme durch Agenturen, Kommission und Regelungsdogmatik .....	31
b. Mögliche Formen der Unterbringung: Lager, die nicht verlassen werden dürfen .....	32
aa. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens: EGMR .....	32
bb. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens: EuGH .....	33

cc. Zwischenergebnis .....	34
c. Hypothetische Unterbringung: Lager, die verlassen werden dürfen .....	34
5. Zwischenergebnis .....	35
III. Grenzverfahren begünstigen Grundrechtsverletzungen .....	35

Die Position der Bundesregierung zum Gemeinsamen Europäischen Asylsystem (GEAS), die von Bundesinnenministerin Nancy Faeser kommuniziert und zwischenzeitlich publik geworden ist<sup>1</sup>, betrifft zuvorderst die vorgeschlagene Asylverfahrensverordnung<sup>2</sup> (AsylVfVO-E). Im Folgenden setzen sich die Autoren beispielhaft und jeweils ohne Anspruch auf Vollständigkeit mit vier Teilaspekten auseinander und erläutern, warum diese gegen Unionsprimär- und Unionssekundärrecht verstoßen (Teil II). Zudem wird eine Einordnung dazu vorgenommen, warum ein Verstoß gegen Unionsprimärrecht, namentlich gegen die Grundrechtecharta der Europäischen Union (GrCh), den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und den Vertrag über die Europäische Union (EUV) unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Gesetzgebers und der Verwaltung in der Bundesrepublik hat (Teil I) – und weshalb eine Verletzung durch das Bundesverfassungsgericht überprüft werden könnte.

## **Teil I: Überblick über den Einfluss der vorgeschlagenen Änderungen auf die BRD**

### **A. Verordnungsrecht macht mitgliedstaatliches Asylrecht weitgehend obsolet**

Die vorgeschlagenen und diskutierten Regelungen enthalten hauptsächlich Verordnungsrecht<sup>3</sup> und gelten somit unmittelbar in Deutschland.<sup>4</sup> Sie würden das gültige Asylgesetz weitgehend obsolet machen, sofern ihre Regelungen abschließend sind. Sofern diese also in Kraft treten und zur Anwendung kommen, dann ist es Aufgabe – auch deutscher – Gerichte, diese auf ihre Einhaltung und auf ihren Einklang mit höherrangigem Recht zu überprüfen. Asylrechtlich exemplarisch sind dahingehend die Regelungen der Dublin-III-Verordnung<sup>5</sup>, die bereits in Kraft sind, und über § 29 AsylG direkt zur Anwendung kommen und von Gerichten überprüft und unmittelbar angewendet werden.

### **B. Das Bundesverfassungsgericht überprüft die Einhaltung von Verfassungs- und Unionsprimärrecht**

Die direkte Anwendbarkeit von Unionsrecht im Bereich des Asylrechts bedeutet auch, dass dieses der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unmittelbar zugänglich wird. Das Bundesverfassungsgericht prüft einerseits, ob Verwaltungshandeln grundgesetzlichen Vorgaben entsprochen hat. Indes kann es sich auch mit der Frage beschäftigen, ob das in Rede stehende Gesetz selbst verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

#### *1. Die Grundrechtecharta der EU kann Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts sein*

Dabei hat das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung etabliert, dass – sofern die Anwendung von Unionsrecht in einem Rechtsgebiet, das unionsrechtlich vollständig harmonisiert ist, betroffen ist – nicht (allein) das Grundgesetz Prüfungsmaßstab ist, sondern vielmehr auch die GrCh.<sup>6</sup>

Wann eine Regelung unionsrechtlich vollständig vereinheitlicht ist, richtet sich nach einer Auslegung des jeweils anzuwendenden unionsrechtlichen Fachrechts. Die Frage der Gestaltungsoffenheit ist dabei jeweils in Bezug auf die konkret auf den Fall anzuwendenden Vorschriften in ihrem Kontext zu beurteilen, nicht

<sup>1</sup> Bundesinnenministerium, BMI/AG MI 4, Prioritätenpapier zu wesentlichen offenen Punkten der GEAS-Reform, 26.04.2023, veröffentlicht von FragDenStaat, abrufbar unter: <https://bit.ly.co/IveF>. Alle Links zuletzt abgerufen am 30.05.2023.

<sup>2</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens zur Gewährung internationalen Schutzes in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, COM(2020) 611 final.

<sup>3</sup> Neben der AsylVfVO-E sollen mit dem Paket von September 2020 die Verordnung über Asyl- und Migrationsmanagement, die Screening-Verordnung, die EURODAC-Verordnung und die Krisen-Verordnung reformiert bzw. vorgeschlagen werden, zum Gesamtpaket vgl. Mitteilung Der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein neues Migrations- und Asylpaket, 23.09.2020, COM(2020) 609 final.

<sup>4</sup> Art. 288 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

<sup>5</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019, 1 BvR 276/17, Rn. 78.

aber aufgrund einer allgemeinen Betrachtung des Regelungsbereichs.<sup>7</sup> Bei der etwaig geltenden AsylVfVO-E handelte es sich um eine Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV. Auch wenn die Rechtsform allein nicht auf eine vollvereinheitlichte Regelungsmaterie schließen lässt, ist davon auszugehen, wenn eine Verordnung einen bestimmten Sachverhalt abschließend regelt<sup>8</sup>. Im 5. Erwägungsgrund der AsylVfVO-E heißt es:

„Um ein gut funktionierendes Gemeinsames Europäisches Asylsystem zu schaffen, müssen die nationalen Asylsysteme erheblich angeglichen werden. Die derzeitigen in allen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Verfahren sollten durch ein gemeinsames Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung internationalen Schutzes ersetzt werden, das gemäß der Verordnung (EU) XXXX/XXX des Europäischen Parlaments und des Rates (Anerkennungsverordnung)<sup>25</sup> in allen Mitgliedstaaten gilt und ein zügiges und effektives Verfahren gewährleistet. Von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellte Anträge auf internationalen Schutz sollten mithilfe eines Verfahrens geprüft werden, für das unabhängig vom Mitgliedstaat, in dem der Antrag eingereicht wird, die gleichen Vorschriften gelten, damit alle Anträge die gleiche Behandlung erfahren und um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Antragsteller zu gewährleisten.“

Dies zeigt – nicht zuletzt in der Zusammenschau mit dem für das GEAS grundlegenden Art. 78 Abs. 1 AEUV – dass die Union den Anspruch hat, den Bereich des Asylrechts, jedenfalls den Bereich des Asylverfahrens im Rahmen der AsylVfVO-E, vollständig zu harmonisieren.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sind wegen Art. 23 Abs. 1 Grundgesetz (GG) daher grundsätzlich nicht die deutschen Grundrechte, sondern allein die Unionsgrundrechte maßgeblich und genießen Anwendungsvorrang vor den deutschen Grundrechten<sup>9</sup> – sofern die Anwendung des Unionsrechts in Zweifel steht. Daher kontrolliert das Bundesverfassungsgericht „die Anwendung des Unionsrechts durch deutsche Stellen am Maßstab der Unionsgrundrechte.“<sup>10</sup> Geht es um die Frage „der Kontrolle einer Entscheidung eines deutschen Fachgerichts daraufhin, ob es bei der ihm obliegenden Anwendung des Unionsrechts den hierbei zu beachtenden Anforderungen der Charta Genüge getan hat“, stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass es sich in diesen Fällen „nicht aus der Grundrechtsprüfung zurückziehen [kann], sondern [...] es zu seinen Aufgaben [gehört], Grundrechtsschutz am Maßstab der Unionsgrundrechte zu gewährleisten.“<sup>11</sup>

## *II. Die Verwerfung oder Ungültigkeitserklärung von Unionsrecht obliegt dem Europäischen Gerichtshof*

Indes stellt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung auch klar, dass, sofern „mittelbar oder unmittelbar [...] die Gültigkeit von Unionsrecht selbst in Frage“<sup>12</sup> steht, es allein dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zusteht, über die Ungültigkeit oder die Verwerfung des betroffenen Rechtsakts zu entscheiden.<sup>13</sup> Steht also in Frage, ob das Unionsrecht selbst gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt, dann ist diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.<sup>14</sup> Ist gegen die Entscheidung des Gerichts kein Rechtsmittel mehr zulässig, so *muss* das betroffene Gericht die Frage dem

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> Ebd., Rn. 79.

<sup>9</sup> Ebd., Rn. 42 ff.

<sup>10</sup> Ebd., Rn. 50 ff.

<sup>11</sup> Ebd., Rn. 51.

<sup>12</sup> Ebd., Rn. 51.

<sup>13</sup> Wenngleich im betreffenden Beschluss explizit offengelassen wird, ob dies diese Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts in Zukunft Bestand haben wird („Ob und wie weit für diese Konstellationen hieran festzuhalten ist, ist hier nicht zu entscheiden“) – ebd., Rn. 51.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 267 AEUV.

Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.<sup>15</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 GG die Befugnis, zu überprüfen, ob ein Gericht die Pflicht zur Vorlage an den EuGH verletzt hat.<sup>16</sup>

### *III. Offenkundige Lücken im europäischen Rechtsschutzsystem*

Im Zugang zu lückenlosem und rechtzeitigem Rechtsschutz gegen Unionsrechtsverletzungen besteht folglich ein Grundproblem des GEAS, das nicht Gegenstand der Stellungnahme ist. Indes soll darauf hingewiesen werden, dass der EuGH zum GEAS direkt nur von Mitgliedstaaten und der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens<sup>17</sup>, von Mitgliedstaaten, der Kommission, dem Rat und selten dem Parlament im Rahmen einer Nichtigkeitsklage<sup>18</sup> und eben im Rahmen eines langwierigen Vorabentscheidungsersuchens<sup>19</sup> durch ein mitgliedstaatliches Gericht, das seinerseits von Betroffenen angerufen werden muss, angerufen werden kann. Ist der Gerichtshof einerseits alleinbefugt, über die Ungültigerklärung von Unionsrecht zu entscheiden und ist andererseits nicht damit zu rechnen, dass die Kommission oder Mitgliedstaaten ihn anrufen, so offenbart sich die Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes und folglich ein Rechtsstaatsproblem.<sup>20</sup>

### *IV. Ergebnis: Überprüfung an Maßstäben deutscher und europäischer Grundrechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention*

Im Rahmen dieser Stellungnahme sollen nach alledem die Vereinbarkeit einiger Elemente des Vorschlags der EU Kommission und der korrespondierenden Pläne der Bundesrepublik mit Unionsprimärrecht, -sekundärrecht und dem Grundgesetz untersucht werden. Dies ist deshalb wichtig, weil beide Ebenen die Bundesrepublik unmittelbar binden und ein Verstoß gegen diese Vorgaben schon im Gesetzgebungsprozess verboten ist.

Weder das Unionsprimärrecht, etwa die GrCh, noch das Grundgesetz können ohne Weiteres geändert werden. Zudem steht eine Änderung nicht in Rede. Auch den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) muss Genüge getan werden, weil die Regelungen der GrCh den korrespondierenden Rechten aus der EMRK jedenfalls entsprechen müssen.<sup>21</sup>

Die Europäische Union ist zudem primärrechtlich aufgrund der Genfer Flüchtlingskonvention verpflichtet. Gemäß Art. 78 Abs. 1 AEUV „muss“ die Asylpolitik „dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen“, gemäß Art. 18 GrCh wird „das Recht auf Asyl [...] nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Maßgabe des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [...] gewährleistet“.

---

<sup>15</sup> Vgl. Art. 267 Abs. 3 AEUV, hinsichtlich der Ausnahmen des acte clair und éclairé wird auf die Ausführungen bei BVerfG, Beschluss vom 14.01.2021, 1 BvR 2853/19, Rn. 10 f. verwiesen.

<sup>16</sup> Das Bundesverfassungsgericht nimmt an, dass der EuGH ein „gesetzlicher Richter“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist und kann eine Vorlage anordnen, vgl. im Einzelnen ebd., Rn. 9 ff.

<sup>17</sup> Art. 258, 259 AEUV.

<sup>18</sup> Art. 263 AEUV.

<sup>19</sup> Art. 267 AEUV.

<sup>20</sup> Pertsch/Nestler, Law must be enforceable, Verfassungsblog, 10.08.2022, abrufbar unter: <https://bityl.co/Ivfp>.

<sup>21</sup> Art. 52 Abs. 3 GrCh.

## Teil II: Grundrechtsverletzungen im Einzelnen

Das Gutachten beschränkt sich auf die Verletzung solcher Vorgaben, die auch bei den geplanten Rechtsänderungen bestehen bleiben und vornehmlich auf die Grund-, menschen- und unionsprimärrechtlichen Vorgaben.

### **A. Rechtsschutz**

#### *I. Vorgeschlagene Rechtsänderungen*

In Art. 54 Abs. 1, 2 AsylVfVO-E soll geregelt werden, dass Rückkehrentscheidungen grundsätzlich automatisch ausgesetzt werden, wenn ein Recht auf Verbleib besteht, was wiederum „bis zum Ablauf der Frist für die Ausübung ihres Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem erstinstanzlichen Gericht und, wenn ein solches Recht fristgemäß ausgeübt wurde, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf“ gilt. Von dieser Untermauerung des effektiven Rechtsschutzes durch ein Bleiberecht sieht derweil Art. 54 Abs. 3 AsylVfVO-E einzelne Ausnahmen vor. Ausnahmen sind demnach unter anderem vorgesehen bei einzelnen Formen der Ablehnungen als unbegründet oder offensichtlich unbegründet, in den Art. 41 AsylVfVO-E geregelten Grenzverfahren sowie bei Folgeanträgen.

In diesen Fällen kann jeweils allein das angerufene Gericht nach Art. 54 Abs. 4 AsylVfVO-E „auf Antrag des Antragstellers nach sowohl sachlicher als auch rechtlicher Prüfung entscheiden, ob dem Antragsteller gestattet wird, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu verbleiben.“ Die Antragsfrist hierfür soll mindestens fünf Tage betragen und bis zum Abschluss dieses Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes sollen die Antragsstellenden ein Recht auf Verbleib haben. Allein diejenigen Personen, die einen Folgeantrag stellen, haben auch während dieser Antragsfrist kein Recht zum Verbleib, Art. 54 Abs. 6 AsylVfVO.

#### *II. Grund- und sekundärrechtlicher Rahmen*

##### 1. Unionsrecht

Ausgehend von der Rückführungsrichtlinie<sup>22</sup> sowie von Art. 47 GrCh sowie Art. 18, 19 GrCh hat der EuGH wesentlich in der Gnandi-Entscheidung<sup>23</sup> Mindestanforderungen formuliert, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rückführungsentscheidungen gegeben sein müssen. Maßgeblich für das Verständnis dieser Entscheidung ist zunächst eine Unterscheidung zwischen der asylrechtlichen Ablehnungsentscheidung einerseits und der Rückführungsentscheidung andererseits.

Während sich Ersteres und damit das rein asylrechtliche Recht auf Verbleib nach gegenwärtiger Rechtslage unionsrechtlich aus Art. 46 Abs. 5, 6 Asylverfahrensrichtlinie<sup>24</sup> ergibt, muss sich die Effektivität des Rechtsschutzes gegen die Rückführungsentscheidung – im deutschen Recht die Abschiebungsandrohung, § 34 AsylG – nach der Rückführungsrichtlinie bemessen. Der EuGH hat dementsprechend in der besagten Gnandi-Entscheidung formuliert, dass effektiver Rechtsschutz – gem. Art. 47 GrCh und Art. 13 Rückführungsrichtlinie – einen Rechtsbehelf mit gesetzlich – also automatisch – eintretender aufschiebender Wirkung verlangt, und bis zu einer gerichtlichen Entscheidung alle Wirkungen der Rückkehrentscheidung ausgesetzt sein müssen, wenn der Rechtsbehelf eingelegt wurde. In materieller Hinsicht konkretisiert der EuGH zugleich in der Entscheidung, dass in eben diesem Rechtsbehelfsverfahren eine umfassende Prüfung stattfinden muss, ob bei einer Rückführung eine Verletzung von Art. 19 Abs. 2 GrCh oder Art. 3 EMRK droht.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Richtlinie 2008/115/EG.

<sup>23</sup> EuGH, Urteil vom 19.06.2018, C-181/16 – Gnandi.

<sup>24</sup> Richtlinie 2013/33/EU. Im Folgenden: AsylVfRL.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil vom 19.06.2018, C-181/16 – Gnandi, Rn. 61 ff.

Die Gnandi-Entscheidung erfindet insofern kein juristisches Neuland: Weitere Anforderungen an die Einlegung des Rechtsbehelfs und seine rechtlichen Folgewirkungen hatte der EuGH bereits in der Tall-Entscheidung von 2015<sup>26</sup> ausgeführt: Darin heißt es, dass zwar eine mangelnde aufschiebende Wirkung hinsichtlich der asylrechtlichen Entscheidung rechtlich möglich ist,<sup>27</sup> für die davon zu unterscheidende Rückkehrentscheidung jedoch gem. Art. 13 Rückführungsrichtlinie ein effektiver Rechtsbehelf dergestalt gewährleistet sein muss, als dass für die Geltendmachung der aufschiebenden Wirkung keine außerordentlichen – prozessualen wie materiellen – Hürden bestehen dürfen. Es muss demnach ausreichen, wenn die Person „die ernsthafte Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung“ geltend macht, ohne dass es hingegen einer fundierten Glaubhaftmachung bedarf.

Ergänzend hat der EuGH in der Entscheidung X und Y<sup>28</sup> klargestellt, dass eine nur summarische Prüfung für die Effektivität des Rechtsbehelfs nach Art. 47 GrCh nicht ausreicht, um die Rückkehrentscheidung wirksam, also vollziehbar werden zu lassen. Dies Vorgaben an einen effektiven Rechtsbehelf gelten im Übrigen nach der Entscheidung C u.a.<sup>29</sup> auch für den Fall einer Ablehnung als „offensichtlich unbegründet“.

Nichts anderes ergibt sich aus Art. 46 Abs. 6 AsylVfRL, der vorsieht, dass in einzelnen Konstellationen, unter anderem im Fall einer Ablehnung als offensichtlich unbegründet, über das Recht auf Verbleib in einem Eilrechtsschutzverfahren entschieden werden darf, und dieser Eilrechtsschutz also einem effektiven Rechtsschutz genügt. Dieses Rechtsschutzkonzept ist grundsätzlich vom EuGH gebilligt worden –<sup>30</sup> es bezieht sich aber allein auf die Asylentscheidung, und nicht auf die Wirksamkeit der Rückkehrentscheidung.

Eben dieser Aspekt macht denn auch klar, warum die besagte Rechtsprechung für den im Raum stehenden Entwurf einer Asylverfahrensverordnung von Bedeutung ist, als dass die Verordnung – im Gegensatz zu derzeit geltenden AsylVfRL – nicht nur Aussagen über die Asylentscheidung und den effektiven Rechtsschutz gegen eben diese trifft, sondern in den Art. 53, 54 AsylVfVO-E nunmehr auch der Rechtsschutz gegen Rückkehrentscheidungen geregelt ist.

## 2. Europäische Menschenrechtskonvention

Daneben ergeben sich maßgebliche Rechtsschutzgarantien aus der Europäischen Menschenrechtskonvention: Das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK<sup>31</sup> verlangt es demnach, dass im Fall einer drohenden Verletzung insbesondere von Art. 3 EMRK ein effektiver Rechtsbehelf, also mit automatischer aufschiebender Wirkung, zur Verfügung stehen muss, denn dies entspricht der hochrangigen Bedeutung von Art. 3 EMRK und dem Umstand, dass durch eine Vollziehung ein irreversibler Schaden droht.<sup>32</sup> Das bedeutet zwar nicht zwingend, dass im Hauptsacheverfahren entschieden wird, sondern es kann auch ein Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz ausreichen, aber dieses Verfahren muss sodann sicherstellen, dass erstens eine vertiefte, also nicht nur summarische Prüfung stattfindet, und dass zweitens eine inhaltliche Prüfung der geltend gemachten Gefahr vorgenommen wird.<sup>33</sup>

## *III. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge*

Wenn also gem. Art. 54 Abs. 3 AsylVfVO-E ein Rechtsbehelf gegen eine Rückkehrentscheidung keine automatische aufschiebende Wirkung nach sich zieht, verstößt dies aus folgenden Gründen gegen höherrangiges Recht:

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.2015, C-239/14 – Tall.

<sup>27</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.2015, C-239/14 – Tall, Rn. 56

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 25.09.2018 – X. und Y, Rn. 8.

<sup>29</sup> EuGH, Beschluss vom 05.07.2018, C-269/18 PPU – C. u.a.

<sup>30</sup> EuGH, Beschluss vom 05.07.2018, C-269/18 PPU – C. u.a.

<sup>31</sup> Vorliegend iVm. Art. 3 EMRK.

<sup>32</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 21.01.2011, Nr. 30696/09 – M.S.S..

<sup>33</sup> EGMR, Urteil vom 26.04.2007, Nr. 25389/05 – Gebremedhin, Rn. 65.

**Erstens** mangelt es an einer aufschiebenden Wirkung kraft Gesetzes, wenn Art. 54 Abs. 4 AsylVfVO-E die aufschiebende Wirkung von einer Entscheidung des Gerichts abhängig macht. Die Befugnis des Gerichts, „auf Antrag des Antragstellers nach sowohl sachlicher als auch rechtlicher Prüfung zu entscheiden, ob dem Antragsteller gestattet wird, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu verbleiben,“ reicht für einen effektiven Rechtsschutz nicht aus:

Denn zunächst entspricht das Antragsersfordernis schon formal gesehen nicht den Maßgaben der Gnandi-Entscheidung, die ausdrücklich und unmissverständlich eine „aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes“ (deutsche Fassung) bzw. einen „automatic suspensory effect“ (englische Fassung)<sup>34</sup> verlangt. Daran ändert auch die Möglichkeit nichts, dass gem. Art. 54 Abs. 4 S. 2 AsylVfVO-E die Mitgliedsstaaten vorsehen können, dass „das zuständige Gericht [...] nach nationalem Recht befugt sein [kann], in dieser Angelegenheit von Amts wegen zu entscheiden“. Denn erstens verbleibt diese Option im Spielraum der Mitgliedstaaten, und zweitens ergibt sich auch daraus kein automatischer Suspensiveffekt, sondern der Suspensiveffekt setzt eine Entscheidung des zuständigen Gerichts voraus.

Insofern ist es bereits grundsätzlich nicht ausreichend und es entspricht auch nicht den Vorgaben der zitierten EuGH-Rechtsprechung, wenn nach Art. 54 Abs. 1 S. 1 AsylVfVO-E für die Entscheidung über den vorläufigen Verbleib eine „sachliche als auch rechtliche Prüfung“ stattzufinden hat, wenn denn diese nur auf Antrag stattfindet, und ohne einen spezifischen Antrag das Recht auf Verbleib nicht besteht, obwohl Antragsstellende einen Verstoß gegen das Refoulement-Verbot gerichtlich geltend gemacht haben.

**Zweitens**, und unter der Prämisse, dass man den Antrag nach Art. 54 Abs. 3 S. 1 AsylVfVO-E als ausreichend für eine aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes bis zur Entscheidung über diesen Antrag klassifiziert:<sup>35</sup> Die „sachliche als auch rechtliche Prüfung“ nach Art. 54 Abs. 1 S. 1 AsylVfVO-E ist aus einem weiteren Grund unzureichend: Die gerichtliche Prüfungskompetenz adressiert allein den Entscheidungshorizont im behördlichen Verfahren. Dieser umfasst in den Art. 54 Abs. 3 AsylVfVO-E genannten Konstellationen, in denen kein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist, unter anderem eine Unzulässigkeitsentscheidung gem. Art. 36 Abs. 1 lit. a AsylVfVO-E (erster Asylstaat), sowie jegliche Entscheidungen in einem Grenzverfahren nach Art. 41 AsylVfVO-E. In einem Grenzverfahren kann gem. Art. 41 Abs. 2 lit. a AsylVfVO-E per se über jegliche Unzulässigkeitsgründe nach § 36 AsylVfVO-E entschieden werden. Das bedeutet, dass in diesen Fällen allein unter Verweis auf das Konzept des ersten Asylstaates (Art. 44 AsylVfVO-E) oder des sicheren Drittstaates (Art. 45 AsylVfVO-E) ein Antrag als unzulässig abgelehnt werden kann, ohne dass eine inhaltliche Prüfung („kein Antrag in der Sache“, Art. 45 Abs. 6 lit. b AsylVfVO-E) des Schutzgesuchs stattfinden muss. Dies wiederum entspricht auch prozessual nicht den Vorgaben der Maßgabe des EuGH, dass ein wirksamer Rechtsbehelf über das Recht auf Verbleib eine umfassende Prüfung des Refoulement-Verbotes verlangt, da eine solche Prüfung im Rahmen der besagten Unzulässigkeitsentscheidungen nicht stattfinden muss.

#### *IV. Zwischenergebnis*

**Dass der im Neuentwurf zur Asylverfahrensverordnung geplante Rechtsbehelf teilweise keine aufschiebende Wirkung hat, verletzt Vorgaben aus Art. 13 EMRK und Art. 47 Grundrechtecharta der Europäischen Union, die in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Union einen Rechtsbehelf mit automatischer aufschiebender Wirkung zwingend voraussetzen.**

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 19.06.2018, C-181/16 – Gnandi, Rn. 54, 56, 58

<sup>35</sup> Vgl. exemplarisch: VG Münster Beschl. v. 8.10.2018 – 9 L 976/18, BeckRS 2018, 24163, beck-online.

## B. Klassifizierung sicherer Drittstaaten

### *I. Vorgeschlagene Rechtsänderungen*

In Art. 45 AsylVfVO-E ist das Konzept des sicheren Drittstaats statuiert. Die rechtliche Folge ist, dass gem. Art. 36 Abs. 1 lit. b AsylVfVO-E der Antrag auf internationalen Schutz als unzulässig abgelehnt wird.

Als sicher soll ein Drittstaat nach Art. 45 Abs. 1 lit. a AsylVfVO-E auch für Teilgebiete oder personell beschränkt klassifiziert werden können, indem „the designation of a third country as a safe third country may be made with exceptions for specific parts of its territory or with exceptions for clearly identifiable categories of persons“.

Dem hat sich die Bundesregierung mit der Maßgabe angeschlossen, „dass die Voraussetzungen in einem nicht unerheblichen, weitgehend autonomen Teilgebiet des Drittstaats vorliegen,“ und „das Vorliegen der Voraussetzungen im gesamten Staatsgebiet und für alle Personengruppen [...] nicht erforderlich“ sei. Daneben will sich die Bundesregierung dafür einsetzen, „dass in Art. 43a Abs. 2 [AsylVfVO-E] ergänzt wird, dass der Mindeststandard im Wesentlichen dem nach der GFK verbürgten Standard entsprechen soll und dies in den Rechtstext aufgenommen wird.“ Zudem will sie sich dafür einsetzen, „dass in Art. 43a Abs. 2 [AsylVfVO-E] ergänzt wird, dass der Mindeststandard im Wesentlichen dem nach der GFK verbürgten Standard entsprechen soll und dies in den Rechtstext aufgenommen wird“.<sup>36</sup>

### *II. Rechtliche Anforderungen an das Vorliegen eines „sicheren Drittstaates“*

#### 1. Grundsätzlich: Eine Prüfung im Einzelfall bleibt notwendig

In der Diskussion kann teilweise der Eindruck entstehen, dass es möglich wäre, einen Drittstaat pauschal als „sicher“ einzustufen, sodass eine Prüfung im Einzelfall entfiel und eine Zwangszuordnung der Zuständigkeit an den Drittstaat automatisch erginge.

Eine solche Prüfung ist indes schon menschenrechtlich notwendig. Art. 3 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten, jedes Ersuchen von Personen, die sich der Grenze eines Staates nähern und um Schutz nachsuchen, individuell dahingehend zu prüfen, ob eine Rückführung eine „ernsthafte Gefahr“ einer Verletzung von Art. 3 EMRK mit sich bringen würde. Dies gilt insbesondere, weil Schutzsuchende nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als eine per se verletzte Gruppe angesehen werden, die einem erhöhten Risiko, Opfer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zu werden, ausgesetzt sind.<sup>37</sup>

Insbesondere, wenn Verletzungen von Art. 3 EMRK in Rede stehen, verlangt der Gerichtshof mit Blick auf die grundlegende Bedeutung des Verbots der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung eine besonders sorgfältige Prüfung im Einzelfall.<sup>38</sup> Bei der Prüfung sind die vorhersehbaren Folgen der Abschiebung in den Zielstaat zu berücksichtigen, und zwar „unter Berücksichtigung der allgemeinen Lage dort sowie der persönlichen Umstände der:des Antragsteller:in“<sup>39</sup> Es ist die Pflicht des prüfenden Staates, die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung sicherzustellen, und daher eindeutig die Pflicht des prüfenden Staates, eine sorgfältige Bewertung der tatsächlichen Gefahren vorzunehmen.<sup>40,41</sup>

---

<sup>36</sup> Prioritätenpapier a.a.O., S. 3.

<sup>37</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 21.01.2011, Nr. 30696/09 – M.S.S., Rn. 232; Urteil vom 21.11.2019, 47287/15 – Ilias u. Ahmed, Rn. 133 ff.

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 28. Juni 2011, Nr. 8319/07 11449/07 - Sufi u Elmi, Rn. 216.

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> Ausführlich: Markard/Nestler/Vogt/Ziebrizki, No State of Exception at the EU External Borders. The Implications of the Rule of Law in the Context of the Greek-Turkish Border Closure, 2020, abrufbar unter: <https://bitly.co/Ivod>, S. 15 ff.

Zudem erfordert auch der Grundsatz der Nichtzurückweisung aus Art. 33 GFK, der Eckpfeiler des internationalen Flüchtlingsrechts, der sich auch aus Völkergewohnheitsrecht ergibt und den UNHCR für *ius cogens* hält<sup>42</sup>, eine Einzelfallprüfung aller Schutzgesuche.<sup>43</sup>

## 2. Genfer Flüchtlingskonvention

Wie a.a.O. gezeigt worden ist, ist die EU primärrechtlich auf die Einhaltung der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) verpflichtet. Eine Verletzung ihrer Anforderungen käme demnach einer Verletzung von Unionsprimärrecht gleich.

Der Genfer Flüchtlingskonvention ist an sich das Konzept des sicheren Drittstaates unbekannt. Eine Ausnahme von der Flüchtlingsdefinition ist lediglich für Personen vorgesehen, die sich unter dem Schutz der UN befinden (Art. 1 D GFK). Ob und inwieweit dennoch Drittstaatenregelungen mit der GFK vereinbar sind, ergibt sich gem. Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention aus dem Sinn und Zweck der GFK. Diese bestehen im Allgemeinen in der Gewährleistung von effektivem Schutz sowie in der Vermeidung von „refugee in orbit“-Situationen.<sup>44</sup>

Effektiver Schutz bedeutet zum einen, dass keine Kettenabschiebung droht. Demnach muss sichergestellt sein, dass der betreffende Drittstaat bereit ist, die betroffene Person aufzunehmen und dass er Zugang zu einem fairen und rechtstaatlichen Verfahren zur Überprüfung der Schutzberechtigung nach der GFK bietet.<sup>45</sup> Damit ist kaum vereinbar, wenn der Drittstaat die GFK selbst nicht ratifiziert hat, da in dieser Konstellation die in Art. 35 GFK vorgesehene Kontrollfunktion des UNHCR nicht gewährleistet werden kann.<sup>46</sup> Das Gleiche gilt sodann auch für Staaten, die zwar die GFK ratifiziert, aber einen weitreichenden geographischen Vorbehalt eingelegt haben – wie etwa die Türkei für alle außereuropäischen Schutzsuchenden.<sup>47</sup>

Es ist indessen nicht ausreichend, dass im betreffenden Drittstaat ein bloßer Schutz vor Verfolgung besteht und das reine Überleben gesichert ist, sondern die Statusrechte aus der GFK verlangen zum anderen eine sukzessive Inklusion. Dieser erweiterten Maßgabe der GFK kann sich der eine Konventionsstaat nicht durch eine Zuweisung an einen anderen Drittstaat entledigen.<sup>48</sup> Sukzessive muss die Inklusion dergestalt umgesetzt werden, als dass die Statusrechte und ihre Gewährung vom Fortgang des Statusverfahrens, und damit vom Aufenthaltsstatus und dem Verfestigungsgrad abhängen. Konkrete Vorgaben macht die GFK hierbei u.a. – und also gestaffelt nach Status –<sup>49</sup> für den Zugang zum Recht (Art. 16 GFK), den Zugang zum Arbeitsmarkt (Art. 17 ff. GFK), Wohnungswesen (Art. 21 GFK), Bildung (Art. 22 GFK), öffentliche

---

<sup>42</sup> UNHCR Executive Committee, ‘Conclusion No. 25’, Ziff. (b); UNHCR, ‘Note on international protection’ UN docs. A/AC.96/694 (1987), Rn. 21.; UNHCR, ‘Note on international protection’ (23.08.1985), UN docs. A/AC.96/660 para. 17; UNHCR, ‘Note on international protection’ (09.08.1984), UN docs A/AC.96/643, para. 15; UNHCR, ‘Note on international protection’ (26 August 1982), UN docs. A/AC.96/609/Rev.1 Rn. 5.

<sup>43</sup> Ausführlich: Markard/Nestler/Vogt/Ziebrizki, No State of Exception at the EU External Borders. The Implications of the Rule of Law in the Context of the Greek-Turkish Border Closure, 2020, abrufbar unter: <https://bityl.co/Ivod>, S. 12. Ff.

and the Temporary ‘Suspension’ of the Asylum Law in Greece

<sup>44</sup> Lübke, GEAS-Reform: Standardsenkung bei den Drittstaatenkonzepten?, ZAR 2018, 381; Marx, Zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Union zu den Konzeptionen des ersten Asylstaates sowie des sicheren Drittstaates aus völkerrechtlicher Sicht, ZAR 2018, 98, 101.

<sup>45</sup> So auch der EGMR mit Blick auf Art. 3 EMRK: EGMR, Urteil vom 21.11.2019, 47287/15 – Ilias u. Ahmed, Rn. 137.

<sup>46</sup> Foster, Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State, *MJIL* 2007, 223, 240 f.

<sup>47</sup> Lübke, Expertise für die Sachverständigenanhörung zur GEAS-Reform in der 7. Sitzung des Innenausschusses des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(4)26 D, S. 8 f.

<sup>48</sup> Marx, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der von der Kommission der Europäischen Union vorgeschlagenen Konzeption des Ersten Asylstaates sowie der Konzeption des sicheren Drittstaates mit Völker- und Unionsrecht, März 2018, S. 23, abrufbar unter: <https://bityl.co/lvfx>.

<sup>49</sup> Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 5. Aufl. 2015, 278 ff.

Fürsorge und soziale Sicherheit (Art. 23 f. GFK), sowie zur Freizügigkeit (Art. 26 GFK). Die Zugangsrechte sind demnach, soweit sie sich nicht speziell auf die spezifische Situation von Flüchtlingen beziehen, regelmäßig als Gleichbehandlungsrechte ausgestaltet.

Dass die benannten Rechte aus der GFK nicht gänzlich sofort mit Einreise oder Antragstellung gewährt werden müssen, sondern eben sukzessive oder gestaffelt, bedeutet nicht, dass die Konventionsstaaten einen frei definierbaren Spielraum haben – dies würde die konkrete Anknüpfung an den Status in den jeweiligen Bestimmungen obsolet machen. Insbesondere dürfen die rechtlichen Verpflichtungen daher auch nicht dadurch umgangen werden, dass eine Sicherung bzw. Legalisierung des Aufenthaltes oder eine Verfestigung verzögert oder vorenthalten wird.<sup>50</sup>

Zudem muss garantiert sein, dass der Schutz vor Verfolgung mitsamt der flankierenden Statusrechte dauerhaft gesichert ist. Damit scheidet Staaten als sichere Drittstaaten von vornherein aus, die sich in inneren Konflikten befinden, die einen Zusammenfall möglich erscheinen lassen.<sup>51</sup>

Eine Verweisung auf ein territoriales Teilgebiet kann schließlich jedenfalls nicht mit der Übertragung der Rechtsfigur der innerstaatlichen Schutzalternative gerechtfertigt werden: Diese Rechtsfigur ist allein bei der Prüfung der Verfolgungssicherheit im Herkunftsstaat anwendbar,<sup>52</sup> nicht hingegen bei der Klassifizierung von sicheren Drittstaaten: Denn sie fußt auf einem Vorrang der flüchtlingsrechtlichen Verantwortung des Herkunftsstaates gegenüber dem Aufnahmestaat. Ein solches Vorrangverhältnis existiert hingegen zwischen den Konventionsstaaten nicht.<sup>53</sup>

### 3. Europäische Menschenrechtskonvention

Die benannten Standards nach der GFK müssen nicht den Bedingungen entsprechen, die im Ausgangsstaat herrschen. Maßgeblich sind allein die Vorgaben der GFK selbst. Da die GFK jedoch nicht in allen Bereichen absolute Standards, sondern vielfach nur ein Gleichbehandlungsgebot formuliert, können die Bedingungen bei einem niedrigen Standard für alle dort Lebenden auch für Flüchtlinge diesem sehr niedrigen Standard entsprechen. Hinzu kommt, dass die GFK insbesondere für die Rechtsgewährung während des Statusverfahrens, also vor Anerkennung und Legalisierung, vergleichsweise wenige Vorgaben macht.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Konventionsstaaten in diesen Konstellationen – bei allgemein niedrigen Rechtsstandards sowie vor einer Anerkennungsentscheidung – unbeschränkt auf den jeweiligen Drittstaat verweisen können. Ergänzend ist stattdessen ein menschenrechtlicher Mindeststandard zu gewährleisten, um einen Drittstaat als sicher zu klassifizieren.<sup>54</sup>

Dabei kann maßgeblich auf die Rechte der EMRK und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR rekuriert werden.<sup>55</sup> Angeknüpft werden kann dabei zum einen an die Rechtsprechung des EGMR zu innereuropäischen Abschiebungen –<sup>56</sup> wobei die Rechtsprechung zu innereuropäischen Abschiebungen allenfalls einen Minimalstandard darstellen, weil innerhalb der EU ohnehin, jedenfalls auf dem Papier,

<sup>50</sup> Lübke, Expertise für die Sachverständigenanhörung zur GEAS-Reform in der 7. Sitzung des Innenausschusses des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(4)26 D, S. 8, mwN.

<sup>51</sup> Lübke, GEAS-Reform: Standardsenkung bei den Drittstaatenkonzepten?, ZAR 2018, 381, 384

<sup>52</sup> UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz, „Interne Flucht- oder Neuansiedlungsalternative“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 23.07.2003, HCR/GIP/03/04, abrufbar unter: <https://bitly.co/Ivfvz>.

<sup>53</sup> Lübke, Expertise für die Sachverständigenanhörung zur GEAS-Reform in der 7. Sitzung des Innenausschusses des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(4)26 D, S. 12 f.

<sup>54</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 22 of the Committee of Ministers to Member States containing Guidelines on the Application of the Safe Third Country Concept, 25 November 1997, Rec(97)22, abrufbar unter: <https://bitly.co/Ivgl>.

<sup>55</sup> So auch der EuGH: Urteil vom 21.12.2011, C-411/10 – N.S.

<sup>56</sup> Vgl. insbesondere: EGMR, Urteil vom 21. 1. 2011, Nr. 30696/09 - M.S.S.

gemeinsame Standards durch unionales Sekundärrecht bestehen. Derweil hat der EGMR auch für Drittstaatenkonzepte mit außereuropäischen Staaten klargestellt, dass keine systemischen Mängel hinsichtlich Verfahren und Lebensbedingungen vorliegen dürfen.<sup>57</sup> Dies bedeutet, dass bestehende strukturelle Mängel beim Verfahrenszugang und rechtsstaatlichen Garantien einer Klassifizierung als sicherem Drittstaat entgegenstehen.

### *III. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge*

Das Konzept des territorialen Teilschutzes sowie die Herabstufung des Schutzstandards auf ein Wesentlichkeitsniveau durch die vorliegenden Vorschläge sind mit Völkerrecht nicht vereinbar.

#### 1. Territorialer Teilschutz

Eine nur eingeschränkte Sicherheit in einem Teil des Drittstaates „with exceptions for specific parts of its territory“ ist mit dem Schutzkonzept der GFK in dieser Allgemeinheit nicht zu vereinbaren.<sup>58</sup>

**Erstens** widerspricht dies dem Anspruch, Gleichbehandlung herzustellen mit den sonstigen Personen in dem Staatsgebiet, welche die benannten Rechte im gesamten Staatsgebiet wahrnehmen können. Dies würde zugleich eine Exklusion statt der bezweckten Inklusion bewirken und dem grundlegenden Zweck der GFK widersprechen, wenn die Schutzsuchenden in einem – zumal in dem Verordnungsentwurf nicht näher eingegrenzten – Teilbereich des Drittstaates ausgelagert werden können.

**Zweitens** wird ganz konkret das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 26 GFK unterminiert, wenn sich die Schutzsuchenden damit faktisch nicht mehr im gesamten Staatsgebiet des Drittstaates bewegen können.

**Drittens** verlangt die GFK eine hinreichend stabile und vor allem eine dauerhafte Gewährung des besagten Statusrechte: Dieser Anspruch ist bei Staaten, die bereits im Status Quo nur territorial beschränkt die Statusrechte aus der GFK gewährleisten können, kaum denkbar oder wird dieser Anspruch jedenfalls nur sehr eingeschränkt vorab prognostisch überprüfbar sein.

Aus den gleichen Gründen verbietet sich im Ergebnis der Ansatz der Bundesregierung, „in einem Erwägungsgrund [...] die Konkretisierung bzgl. des Teilgebiets“ klarzustellen und in den „vorgesehenen Annexe[n] mit den sicheren Staaten“ jeweils zu konkretisieren, „welche konkret definierten Teilgebiete ausgenommen sind,“ da auch diese Konkretisierungen keine hinreichend fundierten Prognosen vornehmen können. Die damit geforderte Konkretisierung bringt zwar eine Rechtsklarheit für die zuständigen Behörden mit sich. Dies aber allein führt nicht zu einer flüchtlingsrechtlich angezeigten Eingrenzung.

#### 2. Entsprechung des GFK-Standards „im Wesentlichen“

Die Standards, die für den Fall einer Klassifizierung als sicherer Drittstaat vorgeben sind, können nicht durch eine Abstufung „auf das Wesentliche“ abgesenkt werden. Die Statusrechte aus der GFK sind rechtlich bindender Mindeststandard. Weder sind die Aufnahmestaaten selbst befugt, den Standard etwa im Wege einer bewertenden Gesamtschau oder durch eine Selektion von Teilbereichen zu definieren, noch ist dies möglich, wenn ein Drittstaat als sicher deklariert werden soll.

Es ist daher ebenfalls unzureichend und unterschreitet flüchtlingsrechtliche Vorgaben, wenn die Bundesregierung „einen Mindeststandard im Wesentlichen dem nach der GFK verbürgten Standard“ fordert. Stattdessen ist es menschenrechtlich angezeigt, dass für den Fall, dass die GFK-Statusrechte aufgrund der allgemeinen Bedingungen im Drittstaat nicht umfassend erreicht werden können, einen ergänzenden Mindeststandard außerhalb des Kriterienkatalogs der GFK-Statusrechte zu formulieren, der zwingend erfüllt sein muss und unter keinen Umständen unterschritten werden darf, wenn ein Drittstaat als sicher klassifiziert wird. Die Vorgabe in Art. 45 Abs. 1 lit. b AsylVfVO-E eines Verbotes der

<sup>57</sup> EGMR, Urteil vom 21.11.2019, 47287/15 – Ilias u. Ahmed, Rn. 140.

<sup>58</sup> Zum Ganzen auch Lübke, Expertise für die Sachverständigenanhörung zur GEAS-Reform in der 7. Sitzung des Innenausschusses des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(4)26 D, S. 10 f.

Drittstaatenverweisung nur für den Fall eines „*ernsthaften Schadens*“ wird dem nicht gerecht: Der „*ernsthafte Schaden*“, derzeit definiert in Art. 15 Qualifikationsrichtlinie<sup>59</sup>, bezieht sich – neben der Gefahren im Zuge eines bewaffneten Konflikts – nur auf staatliche Verfolgung im Sinne des Art. 3 EMRK, und adressiert hingegen weder die viel relevanteren Konstellationen menschenrechtswidriger Lebensbedingungen noch andere – inlands- oder zielstaatsbezogene – menschenrechtliche Abschiebungsverbote oder anderweitige gravierende Menschenrechtsverletzungen.

#### *IV. Zwischenergebnis*

**Ein Drittstaat kann nicht als sicher gelten, wenn Garantien, die in der GFK verbürgt sind, nur in einem Teilgebiet gelten, denn die Konvention erfordert gerade die schrittweise Inklusion in das Rechtssystem des Unterzeichnerstaates im gesamten Staatsgebiet im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes und verlangt insbesondere die Freizügigkeit auf dessen gesamten Territorium.**

**Eine Entsprechung der GFK-Standards allein “im Wesentlichen” bei der Klassifizierung eines sicheren Drittstaats ist mit dem Schutzkonzept der GFK unvereinbar, da die Statusrechte nach der GFK rechtlich zwingend sind und nicht unterschritten werden dürfen.**

#### **C. Screening und Grenzverfahren**

Das verpflichtende Screening und das verpflichtende Grenzverfahren dürfte das am heftigsten umstrittene Element des „New Pacts“ sein. Gerade bei Bekanntwerden der deutschen Positionen hat dieses erneut Diskussionen ausgelöst.<sup>60</sup>

Dabei ist zunächst die Einordnung wichtig, dass das „Grenzverfahren“ – anders als der öffentlichen Diskussion suggeriert<sup>61</sup> – in der Regel nicht die schnelle Registrierung und eine etwaige Umverteilung vorsieht, sondern vielmehr ein vollständiges Asyl- und ggf. Rückführungsverfahren, dass unter der Fiktion stattfindet, die Person sei nicht eingereist. Die vorgeschlagene Screening-Verordnung<sup>62</sup> soll ein dem Asylverfahren vorgeschaltetes Screening von Personen regeln.

Im Rahmen der Diskussion um Screening und Grenzverfahren ergeben sich zahlreiche Unklar- und Ungenauigkeiten, die teilweise unklaren Regelungen geschuldet sind. Für den Gegenstand dieser Stellungnahme sind vor allem folgende Fragen relevant:

- I. *Können Screening und Grenzverfahren auch an der Binnengrenze, mithin auf Unionsgebiet, mit einer Nichteinreisefiktion einhergehen?*
- II. *Ist das Grenzverfahren zwangsläufig mit einer Freiheitsentziehung (Inhaftierung) verbunden?*
- III. *Führen Grenzverfahren automatisch zu weiteren Grund- und Menschenrechtsverletzungen?*

<sup>59</sup> Richtlinie 2011/95/EU.

<sup>60</sup> Vgl. Pichl, Europas Werk und Deutschlands Beitrag, Verfassungsblog, 15.05.2023, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvOd>; Thym, Showdown zur Asylpolitik in Brüssel, Verfassungsblog, 25.05.2023, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvOd>.

<sup>61</sup> Innenministerin Nancy Faeser sagte der Süddeutschen Zeitung: „Es geht darum, dass Grenzverfahren, an den Grenzen schon Asylverfahren stattfinden können [...]. Das heißt, dass bereits dort die Registrierung und Erfassung und Identifizierung der Geflüchteten stattfinden wird.“, Faeser: Ampel für Asylverfahren an EU-Außengrenzen, Süddeutsche Zeitung, 30.04.2023, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvOn>.

<sup>62</sup> Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung des Screenings von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/817, COM(2020) 612 final. Im Folgenden Screening-VO-E.

## *I. Screening und Grenzverfahren an der Binnengrenze*

### 1. Grundsätzlich: Screening und Grenzverfahren setzen Nicht-Einreise voraus

Wie darzustellen sein wird, geht auch der AsylVfVO-E und geht bereits jetzt das europäische Asylrecht für die Anwendung des Grenzverfahrens gemäß Art. 43 AsylVfRL von einer **notwendigen Einreiseverweigerung** und Nichteinreisefiktion aus. Art. 43 Abs. 2 AsylVfRL verlangt eine Einreise ins Hoheitsgebiet, falls ein Grenzverfahren nicht innerhalb von vier Wochen abgeschlossen ist und setzt folglich voraus, dass vorher gerade aus rechtlicher Sicht noch keine Einreise stattgefunden hat.<sup>63</sup> Dem gleichen Muster folgt Art 41 AsylVfVO-E, der regelt, dass ein Grenzverfahren durchgeführt werden kann (bzw. muss), „sofern dem Antragsteller die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten noch nicht gestattet wurde“. Die Neuregelung geht von einer größeren Zeitspanne von insgesamt bis zu 14 Wochen aus, was auch die Bundesregierung anerkennt<sup>64</sup> (siehe ausführlich sogleich). Ausweislich dieser Vorgaben kann ein Grenzverfahren demnach nur dann stattfinden, wenn vorher die Einreise verweigert wird. Das bedeutet, dass eine Einreiseverweigerung ausgesprochen werden und die Bewegungsfreiheit in Richtung des Hoheitsgebiets des jeweiligen Außengrenzmitgliedstaates entzogen sein muss, damit das Grenzverfahren zum Tragen kommen kann.<sup>65</sup>

Das heißt: **Damit Art. 43 AsylVfRL und Art. 41 AsylVfVO-E überhaupt anwendbar sind, muss es sich bei dem Verfahren um ein Verfahren vor der Einreise handeln.**

Fehlt es an einer Einreiseverweigerung, kann das Verfahren – an europarechtlichen Standards gemessen – kein Grenzverfahren sein. Können die Personen das Hoheitsgebiet ohne (polizeiliche) Begleitung betreten, liegt kein Grenzverfahren vor. Dies ergibt sich schon aus Art. 14 Abs. 4 Schengener Grenzkodex<sup>66</sup>, wonach Grenzschutzbeamten an den Außengrenzen sicherzustellen haben, „dass ein Drittstaatsangehöriger, dem die Einreise verweigert wurde, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats nicht betritt.“

Auch die Screening-VO-E macht deutlich, dass die räumliche Trennung weiterhin zentral für die Frage der (Nicht-)Einreise ist und stellt im 12. Erwägungsgrund klar: „Die Mitgliedstaaten sollten nach Maßgabe des nationalen Rechts Maßnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass die betreffenden Personen während des Screenings in das Hoheitsgebiet gelangen“. Ist dies für die Nichteinreise während des Screenings explizit gemacht, so gilt dies freilich auch für die Nicht-Einreise im Rahmen des Grenzverfahrens, denn dieses schließt sich an das Screening an.

Für den Fall eines illegalen Grenzübertritts, kann auch dann noch von einer Nichteinreise ausgegangen werden, wenn die Drittstaatsangehörigen „auf dem Land-, See- oder Luftwege aufgegriffen bzw. abgefangen werden und [die] nicht anschließend die Genehmigung oder das Recht erhalten haben, sich in diesem Mitgliedstaat aufzuhalten“, Art. 2 Abs. 2 lit. a Rückführungsrichtlinie.<sup>67</sup> Eine Änderung der Vorschriften ist nicht vorgesehen.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> So auch EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – FMS u.a., Rn. 236.

<sup>64</sup> Prioritätenpapier a.a.O., S. 1: „danach Einreise“.

<sup>65</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14.5.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – FMS u.a., Rn. 235 ff.

<sup>66</sup> Verordnung (EU) 2016/399. Im Folgenden: SGK.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu auch EuGH, Urteil vom 07.06.2016, C-47/15 – Affum, Rn. 74; EuGH, Urteil vom 19.03.19, C-444/17 – Arib, Rn. 52 ff.; siehe auch Thym, „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, in Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 2354.

<sup>68</sup> Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, COM(2018) 634 final dort: Art. 2 Abs. 2 lit. a.

## 2. Grundsätzlich: Unionsprimär- und -sekundärrecht, Grundgesetz und EMRK gelten vollumfänglich

Von diesem Befund ausgehend, wird im Grenzverfahren die Nichteinreise fingiert – eine Person findet sich faktisch also auf mitgliedstaatlichem und Schengen-Territorium, rechtlich aber nicht. Dies scheint Fragen hinsichtlich des anwendbaren Rechts aufzuwerfen.

Indes ist klar festzuhalten, dass, selbst wenn man von einer Fiktion der Nichteinreise ausgeht, die Grundrechtecharta der EU, die Europäische Menschenrechtskonvention und in dessen Anwendungsbereich das Grundgesetz vollumfänglich gelten.

Ausweislich Art. 1 EMRK kommt diese zur Anwendung, wenn Konventionsstaaten „effektive Kontrolle“ ausüben. Diese kann auch extraterritorial vorgenommen werden: Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte etwa im Fall der Verhaftung von Abdullah Öcalan durch türkische Agenten in Kenia ebenso festgestellt<sup>69</sup> wie hinsichtlich der Frage, ob sich die Bundesrepublik für den sog. Luftangriff bei Kundus<sup>70</sup> nach der EMRK verantworten muss<sup>71</sup>. Auch für vermeintlich strittige asylrechtlich relevante Konstellationen hat der Gerichtshof die EMRK für anwendbar erklärt, jüngst hinsichtlich der Frage, ob Spanien bei der Behandlung Schutzsuchender an der Grenzanlage zu Melilla an die EMRK gebunden ist.<sup>72</sup> Speziell für das Grenzverfahren hat auch das Bundesverfassungsgericht das sog. Flughafenverfahren schon 1994 vollständig am GG gemessen.<sup>73</sup>

## 3. Das Screening-Verfahren sieht keine Nichteinreisefiktion auf Unionsgebiet vor

Der Screening-VO-E soll ein dem Asylverfahren vorgeschaltetes Screening von Personen regeln, die eine Außengrenze „unbefugt“ überschritten haben, bei Grenzübertrittskontrollen internationalen Schutz beantragt haben, ohne die Einreisevoraussetzungen zu erfüllen, oder nach einem Such- und Rettungseinsatz ausgeschifft wurden (Art. 1 Abs. 1, Art. 3). Wie gezeigt, muss das Screening an der Außengrenze nach der Vorstellung der Kommission stattfinden, bevor die jeweilige Person rechtlich eingereist ist (Fiktion der Nichteinreise) (Art. 4 Abs. 1), das Parlament sieht abweichend eine fakultative Anwendung der Nichteinreisefiktion vor, die dem betreffenden Mitgliedstaat obliegt.<sup>74</sup>

Nach Vorschlag der Kommission – das Parlament hat sich in seinem Entwurf<sup>75</sup> dagegen ausgesprochen – soll ein Screening auch dann stattfinden, wenn eine Person innerhalb des Hoheitsgebiets aufgegriffen wird und es „keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen kontrolliert wurden“ (Art. 1 Abs. 4, Art. 5).

Ausweislich der klaren Regelungsstruktur des Entwurfs kann beim Screening auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten (Unionsgebiet) die Nichteinreisefiktion nicht zur Anwendung kommen, denn Art. 4 Abs. 1 des Kommissionsvorschlags bezieht sich nur auf diejenigen Personen, die beim unbefugten Übertreten aufgegriffen oder nach einem Such- und Rettungseinsatz aufgegriffen wurden, vgl. Art. 4 Abs. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. a und b). Das unbefugte Überschreiten ist „das Überschreiten einer Außengrenze eines

<sup>69</sup> EGMR, Urteil vom 12.05.2005, Nr. 46221/99 – Öcalan.

<sup>70</sup> European Center for Constitutional and Human Rights, Luftangriff bei Kundus – Bundeswehr bleibt ungestraft, abrufbar unter: <https://bityl.co/lvgW>.

<sup>71</sup> EGMR, Urteil vom 16.02.2021, Nr. 4871/16 – Hanan.

<sup>72</sup> EGMR, Urteil vom 13.02.2020, Nr. 8675/15, 8697/15 – N.D., N.T.

<sup>73</sup> BVerfGE 94, 166 – Flughafenverfahren.

<sup>74</sup> Europäisches Parlament, Entwurf einer legislativen Entschliessung des Europäischen Parlaments, zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung des Screenings von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/817 (COM(2020)0612 – C9-0307/2020 – 2020/0278(COD)), abrufbar unter: <https://bityl.co/lvgb>.

<sup>75</sup> Ebd.

Mitgliedstaats auf dem Land-, See- oder Luftweg außerhalb der Grenzübergangsstellen oder der festgesetzten Verkehrsstunden“, Art. 2 Abs. 1 Nr. 1.

#### 4. Auch Grenzverfahren sind auf Unionsgebiet unmöglich

##### a. Vorgeschlagene Änderungen für das Grenzverfahren

Auch das Grenzverfahren findet notwendigerweise nach dem Willen der Kommission statt, bevor die jeweilige Person rechtlich eingereist ist. Die Nichteinreise wird insoweit fingiert (vgl. oben).

Die Möglichkeit, ein Grenzverfahren durchzuführen, sieht bereits die AsylVfRL vor (Art. 43). Die Bundesrepublik setzt diese Möglichkeit etwa in § 18a AsylG zum Flughafenverfahren um. Bisher wird Mitgliedstaaten anheimgestellt, ob ein Grenzverfahren durchgeführt wird.<sup>76</sup> Im „New Pact“ und in der Position der Bundesregierung ist das Grenzverfahren für *einige* Personengruppen obligatorisch.

Der „New Pact“ sieht eine weitreichende Erweiterung von Grenzverfahren vor. An das Screening – das sich nach der Screening-Verordnung-E richtet – soll gem. Art. 41 AsylVfVO-E ein „Asylgrenzverfahren“ folgen, in dem die Zulässigkeit<sup>77</sup> und/oder die Begründetheit eines Asylantrags, falls die Voraussetzungen für ein beschleunigtes Verfahren des Art. 40 Abs. 1 AsylVfVO-E vorliegen, geprüft werden können.

Unklar ist, wo und unter welchen Bedingungen das Grenzverfahren stattfinden kann. Hat Art. 43 Abs. 1 AsylVfRL davon gesprochen, dass dies „an der Grenze und in Transitzonen“ möglich ist, enthält sich Art. 41 AsylVfVO-E zunächst der Definition eines Ortes und regelt zuvörderst das „Wann“. Namentlich

- a) nach Stellung eines Antrags an einer Außengrenzübergangsstelle oder in einer Transitzone;
- b) nach einem Aufgriff im Zusammenhang mit einem unbefugten Überschreiten der Außengrenze;
- c) nach einer Ausschiffung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Anschluss an einen Such- und Rettungseinsatz;
- d) nach Übernahme der Person gemäß Artikel [X] der Verordnung (EU) XXX/XXX [ehemalige Dublin-Verordnung]“.

In Art. 41 Abs. 13 S. 1 AsylVfVO-E wird indes klargestellt, dass Personen, die sich im Asylgrenzverfahren befinden, „an der Außengrenze oder in den Transitzonen oder in deren Nähe unterzubringen“ sind. Diese Standorte müssen explizit ausgewiesen und der Kommission mitgeteilt werden (S. 2).

##### b. Grenzverfahren und Fiktion der Nichteinreise an der Binnengrenze?

Es ist richtigerweise festgestellt worden, dass in der Diskussion unklar bleibt, ob, wenn Schutzsuchende an der Außengrenze nicht registriert worden sind, ein Grenzverfahren auf Unionsgebiet durchgeführt werden kann.<sup>78</sup>

**Nach dem oben Gesagten, ist dies nur möglich, wenn eine Konstellation vorstellbar wäre, in der eine Person an der Binnengrenze noch nicht eingereist ist und ihr die Einreise verweigert würde.**

Art. 41 Abs. 1 AsylVfVO-E legt fest, dass das Grenzverfahren an das Screening anschließen kann „sofern dem Antragsteller die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten noch nicht gestattet wurde“. Die Formulierung scheint für eine Interpretation Raum zu lassen, die ein aktives Verhalten („gestatten“) von Mitgliedstaaten voraussetzt, damit eine Einreise erfolgt. Vorher wäre die Person auch dann nicht eingereist,

<sup>76</sup> Vgl. Art. 43 AsylVfRL.

<sup>77</sup> Also etwa die Frage danach, ob ein Mitgliedstaat zuständig ist oder das Verfahren in einen sicheren Drittstaat ausgelagert werden kann, vgl. Art. 45 AsylVfVO-E.

<sup>78</sup> Vgl. Pichl, Europas Werk und Deutschlands Beitrag, Verfassungsblog, 15.05.2023, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvOd>.

wenn sie sich Wochen und Monate auf Unionsgebiet aufhält. Eine Diskussion zu „Transitlagern“ hat es schon 2018 gegeben.<sup>79</sup>

Die Diskussion kann auch für die Neuregelungen reproduziert werden. Dabei ist ein Grenzverfahren an der Binnengrenze und sind Transitlager an der Binnengrenze einerseits dem neuen Regelungssystem fremd (aa.) und andererseits mit Schengen-Recht unvereinbar (bb.).

#### *aa. Isolierte Betrachtung von AsylVfVO-E und Screening-VO-E*

Denn ein solches Verständnis, das die Fiktion der Nichteinreise – und damit das Grenzverfahren – an der Binnengrenze für möglich hält, wäre mit Blick auf das oben Gesagte aber auch dem neuen Regelungssystem fremd. Schon weil das Screening dem Asyl- und damit dem Grenzverfahren vorgelagert sein soll (so auch explizit Art. 41 AsylVfVO-E) und der Screening-VO-E wie gezeigt davon ausgeht, dass Personen, die auf Unionsgebiet „gescreent“ werden, eingereist sind, ist dogmatisch nicht vorstellbar, wie eine Person auf Unionsgebiet erst eingereist sein soll und ihre Nichteinreise – nach dem Screening – dann wieder fingiert wird. Dass dem nicht verpflichtenden Screening (s.o.) ein dann verpflichtendes Grenzverfahren inklusive einer Fiktion der Nichteinreise folgen soll, ist nicht vorstellbar.

Dies stellt auch die Formulierung von Art. 41 Abs. 1 lit. b AsylVfVO-E klar, der nur beim Aufgriff „im Zusammenhang mit einem unbefugten Überschreiten der Außengrenze“ ein Grenzverfahren erlaubt, eben nicht auf Unionsgebiet oder etwa beim Überschreiten einer Binnengrenze.

Andererseits scheint dies über Art. 41 Abs. 1 lit. d AsylVfVO-E möglich zu sein, der ein Asylgrenzverfahren an eine Rücküberstellung nach der (dann ehemaligen) Dublin-Verordnung zulassen will. Doch auch bei einer Dublin-Rückführung ist die Person bereits eingereist – es sei denn, sie hat sich dem Grenzverfahren entzogen. Weil unklar ist, welche Vorschrift in Bezug genommen wird, kann die Frage nicht abschließend beantwortet werden. Art. 41 Abs. 1 lit. a AsylVfVO-E differenziert zudem zwischen „Außengrenzübergangsstellen“ und „Transitzonen“, genau wie auch Art. 41 Abs. 13 AsylVfVO-E. Diese Formulierung lässt Raum für Interpretationen – oder eher Spekulationen, was mit Blick auf das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit freilich problematisch ist<sup>80</sup> – und könnte auch so verstanden werden, dass Transitzonen gerade nicht an Außengrenzübergangsstellen liegen müssen. Die Formulierung *muss* aber nicht so verstanden werden, sondern *muss* vielmehr jedenfalls auf einen Anwendungsbereich an der Außengrenze beschränkt werden, weil sie andernfalls Sekundär- und wohl auch Primärrecht verletzte (dazu sogleich).

Klar wird jedenfalls bereits, wie inkonsistent die Regelungen des „New Pacts“ sind.

#### *bb. Schengen- und Unionsprimärrecht*

Wäre eine Einführung einer Nichteinreisefiktion auch auf Unionsgebiet beabsichtigt, so wäre diese mit europarechtlichen Vorgaben ohnehin unvereinbar.

#### *i. Diskussion um „Transitlager“*

Bereits 2018 wurde über „Transitlager“ an der Binnengrenze diskutiert – was im Ergebnis zum sog. „Seehofer Deal“ führte, der vom Verwaltungsgericht München für unionsrechtswidrig befunden worden war.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> Dazu auch Europäisches Parlament, Der Rechtsstaat, Eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland, S. 71 ff., abrufbar unter: <https://bit.ly.co/Ivgs>.

<sup>81</sup> Vgl. Verwaltungsgericht München, Beschluss vom 08.08.2019, Az. M 18 E 19.32239, abrufbar unter: <https://bit.ly.co/Ivgy> und Beschluss vom 04.05.2021, Az. M 22 E 21.30294.

Es wird darauf hingewiesen, dass sich die Analysen – etwa auch die des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags<sup>82</sup> - vor allem mit der Frage beschäftigen, ob beschleunigte Verfahren an der Binnengrenze möglich sind. Dabei ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass ein Unterschied zwischen beschleunigten Verfahren und Grenzverfahren besteht, denn es wird und wurde teilweise ausgespart, dass Grenzverfahren nur im Rahmen einer Nichteinreisefiktion möglich sind. *Thym* hält die Nichteinreisefiktion an der Binnengrenze mit bloßem Verweis auf das Aufenthaltsgesetz<sup>83</sup> und dem unbegründeten Hinweis, dass es Europarecht „eine fingierte Nichteinreise an[zunehmen“ nicht entgegenstehe, wenn Grenzkontrollen wiedereingeführt sind<sup>84</sup> bzw. mit dem Verweis, europarechtlich bestünden „keine Bedenken, weil Art. 5 ff. Grenzkodex-VO (EU) 2016/399 „nur“ Grenzübertritt und Einreisebefugnis regeln, nicht aber das darüber hinausgehende Aufenthaltsrecht oder Fiktionswirkungen harmonisieren“<sup>85</sup>, für möglich.

#### ii. Grenzverfahren in „Transitlagern“ setzen Binnengrenzkontrollen und Einreiseverweigerungen voraus

Es ist davon ausgehend zunächst insoweit unbestritten, dass „Transitlager“ und Grenzverfahren an der Binnengrenze ohne wiedereingeführte Grenzkontrollen unmöglich sind (und bleiben). Denn die nötige Einreiseverweigerung richtet sich unionsrechtlich nach Art. 14 SGK und ist nur an der Außengrenze möglich. Gemäß Art. 14 Abs. 4 SGK haben Grenzschutzbeamt:innen an den Außengrenzen sicherzustellen, „dass ein Drittstaatsangehöriger, dem die Einreise verweigert wurde, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats nicht betritt.“

#### ii. Eine Nichteinreisefiktion an der Binnengrenze wäre auch bei wiedereingeführten Grenzkontrollen rechtswidrig

Insoweit richtet sich die Diskussion auf eine Situation, in der Binnengrenzkontrollen wiedereingeführt sind. Unabhängig davon, dass Binnengrenzkontrollen regelmäßig rechtswidrig sind (dazu sogleich), ist die Nichteinreisefiktion auch bei wiedereingeführten Grenzkontrollen auf Unionsgebiet rechtswidrig und unmöglich.

Einreiseverweigerungen, vor allem aber in Kombination mit einer fingierten Nichteinreise, sind nur an Außengrenzen zulässig, auch dann, wenn Grenzkontrollen vorübergehend wieder eingeführt worden sind.

Ausweislich Art. 32 SGK sind die Regelungen, die die Außengrenzen betreffen, im Falle von (rechtmäßig) wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen entsprechend anzuwenden.<sup>86</sup> Art. 32 SGK besagt nicht, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen aus Binnengrenzen Außengrenzen werden lässt, denn dies ließe sich mit Dogmatik und Sinn und Zweck des Schengener Regelungssystems nicht vereinbaren, wie auch der EuGH und die EU Kommission feststellen (dazu sogleich).

Ausweislich Art. 14 Abs. 1 SGK darf eine Einreise in das Hoheitsgebiet „der“ Mitgliedstaaten verweigert werden, wenn nicht alle Einreisevoraussetzungen vorliegen. Gemäß dessen Abs. 4 verhindern die Grenzschutzbeamt:innen des betreffenden Mitgliedstaates die Einreise, „indem sie sicher[stellen], dass ein

<sup>82</sup> Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 04.04.2018, Durchführung systematischer Grenzkontrollen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, Aktenzeichen PE 6 - 3000 - 50/18, S. 10 ff.

<sup>83</sup> § 13 Abs. 2 S. 2 AufenthG.

<sup>84</sup> Thym, Schnellere Dublin-Verfahren jenseits politischer Rhetorik, 06.07.2018, Legal Tribute Online, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvhI>.

<sup>85</sup> Thym, „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, in Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 2354 ff.

<sup>86</sup> Etwa die Bundesrepublik hat Grenzkontrollen an der Grenze zu Österreich wieder eingeführt, die Vorgaben des Schengener-Grenzkodex‘ dabei aber verletzt. Die evident rechtswidrige Praxis wird, trotzdem Österreich für genau diese unrechtmäßige Verlängerung von Grenzkontrollen vom EuGH verurteilt worden war (EuGH, Urteil vom 26.04.2022, C-368/20, C 369/20 – NW, vgl. unten), von der Bundesrepublik fortgeführt.

Drittstaatsangehöriger, dem die Einreise verweigert wurde, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates nicht betritt“.

Personen, die rechtmäßig an der Binnengrenze kontrolliert werden, können aber gar nicht im Sinne des Art. 14 SGK an der Einreise in den Schengen-Raum gehindert werden, denn sie sind schon im Schengen-Raum, sodass auch Art. 14 Abs. 4 SGK nicht anwendbar ist.<sup>87</sup> Von einer Schengener Perspektive aus betrachtet, löst die Einreiseverweigerung in einen bestimmten Staat das Problem für die innere Sicherheit und öffentliche Ordnung des Schengen-Raums nicht, sondern verlagert nur die Zuständigkeiten für die Lösung des Problems.<sup>88</sup>

Dies, namentlich die Unmöglichkeit von Einreiseverweigerungen und folglich der Fiktion der Nichteinreise an der Binnengrenze, hat der EuGH für den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie festgestellt. Art. 2 Abs. 2 lit. a Rückführungsrichtlinie sieht eine Einreiseverweigerung, wenn die Person abgefangen wird, oder im Falle eines Aufgreifens, das einer Fiktion der Nichteinreise gleichkommt, an der Außengrenze vor.<sup>89</sup> Im Schengen-Recht, namentlich im Schengener Grenzkodex, ist eine solche Möglichkeit indes nicht zu finden. Dies ist folgerichtig und folgt aus dem Zweck des Schengen-Raums selbst, einen gemeinsamen Raum ohne Binnengrenzkontrollen und mit gemeinsamer Territorialität zu schaffen (vgl. Art. 26 Abs. 2, 67 Abs. 1 und 2 AEUV).

Der EuGH hat demnach – für den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie – die Möglichkeit einer Fiktion der Nichteinreise auch bei wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen ausgeschlossen und dies vor allem damit begründet, dass eine Gleichsetzung von Binnen- und Außengrenzen systemfremd wäre.<sup>90</sup> Der Gerichtshof spricht insoweit von einer „bloßen Wiedereinführung von Kontrollen an der Binnengrenze“.<sup>91</sup> Dies hat auch die Europäische Kommission in ihrem „Rückkehr-Handbuch“ zur Rückführungsrichtlinie festgehalten und ausgeführt: „Durch die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen werden Binnengrenzen nicht wieder zu Außengrenzen.“<sup>92</sup>

Es ist somit übergeordnetes Ziel des SGK, einen Raum ohne Binnengrenzen zu etablieren, der gerade nicht durch verschiedene Transitzonen aufgeteilt werden soll.<sup>93</sup> Die gemeinsame Territorialität ist primärrechtlicher Auftrag der Union.<sup>94</sup>

Eine Einreiseverweigerung und eine Fiktion der Nichteinreise ist daher im Binnenraum – auch bei wiedereingeführten Grenzkontrollen – unmöglich. Sobald die Grenzlinie überschritten ist, sind Personen deshalb eingereist. Für eine Fiktion der Nichteinreise ist europarechtlich kein Raum.

Eine Regelung, die eine Einreiseverweigerung anderweitig ermöglichte, wie sie die Rückführungsrichtlinie enthält, findet sich im AsylVfVO-E im Übrigen nicht. Indes hat der EuGH im Rahmen der Rückführungsrichtlinie selbst bei positiv-kodifizierter Regelung die Anwendung an der Binnengrenze ausgeschlossen, sodass dies ohne Regelung erst recht gelten muss. Eine 2016 und 2018 zur Dublin-III-

<sup>87</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19.03.2019, C-444/17 – Arib, Rn. 54 ff.

<sup>88</sup> Zum Ganzen auch Hruschka, Asylmagazin 5/2019, S. 147 ff.

<sup>89</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 07.06. 2016, C-47/15 – Affum, Rn. 72.

<sup>90</sup> EuGH, Urteil vom 19.03.2019, C-444/17 – Arib.

<sup>91</sup> Ebd., Rn. 56.

<sup>92</sup> EU Kommission, Empfehlung (EU) 2017/2338 der Kommission vom 16. November 2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist, ABl. vom 19.12.2017, Nr. L 339/38, S. 14.

<sup>93</sup> Zum Ganzen auch Hruschka, Asylmagazin 5/2019, S. 147 ff.

<sup>94</sup> Vgl. dazu unten und insoweit Art. 77 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. e AEUV.

Verordnung geführte Diskussion soll hier schon deshalb nicht reproduziert werden, weil der Neuentwurf zur Asyl-Management-Verordnung<sup>95</sup> die damals streitgegenständliche Regelung nicht mehr enthält.<sup>96,97</sup>

### iii. Befund bleibt von Änderung des Schengen-Rechts unberührt

An diesem Befund ändert sich auch durch die geplante Neufassung des SGK<sup>98</sup> nichts. Zwar soll Art. 13 SGK, der die Möglichkeiten der Grenzüberwachung vorsieht, erweitert werden. Art. 14 SGK, der die Einreiseverweigerung regelt und den der EuGH wesentlich für die Unmöglichkeit der Einreiseverweigerung und der Fiktion der Nichteinreise im Schengen-Raum herangezogen hat (siehe oben), bleibt indes unverändert.

### iv. Kontrollen im grenznahen Raum können Grenzkontrollen nicht einfach ersetzen

An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die Mitgliedstaaten polizeiliche Maßnahmen im Grenzgebiet auch im Raum ohne Binnengrenzkontrollen durchzuführen befugt sind, vgl. Art. 23 Nr. 1 SGK. Denn diese Maßnahmen dürfen keine Grenzkontrollen zum Ziel haben, mithin auch nicht wesensgleich zu solchen sein (Art. 23 Nr. 1 lit. a SGK). Daraus folgt auch, dass verhaltensunabhängige systematische Kontrollen in einer Tiefe von bis zu 20 Kilometern entlang der Binnengrenze unzulässig und entsprechende mitgliedstaatliche polizeirechtliche Regelungen unionsrechtswidrig sind.<sup>99</sup> Kontrollen im grenznahen Raum, die Grenzkontrollen zum Ziel haben, sind demnach – auch nach Ansicht des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags – unzulässig.<sup>100</sup>

### vi. Grenzkontrollen an Binnengrenzen sind nach geltendem Recht regelmäßig rechtswidrig

Es ist dargestellt worden, dass eine Einreiseverweigerung und damit eine Fiktion der Nichteinreise an der Binnengrenze unabhängig davon rechtswidrig ist, ob Grenzkontrollen wiedereingeführt sind. Sie ist immer rechtswidrig, wenn die Grenzkontrollen nicht stattfinden oder stattfinden dürfen.

Es ist an anderer Stelle ausführlich dargestellt, warum im Rahmen des Art. 25 SGK wieder eingeführte Grenzkontrollen, etwa an der deutsch-österreichischen oder an der deutsch-dänischen Grenze, nach geltendem Schengen-Recht regelmäßig rechtswidrig sind.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Asyl- und Migrationsmanagement und zur Änderung der Richtlinie (EG) 2003/109 des Rates und der vorgeschlagenen Verordnung (EU) XXX/XXX [Asyl- und Migrationsfonds], COM/2020/610 final.

<sup>96</sup> Vgl. Lübke, Ist der deutsche Transit österreichisches Hoheitsgebiet?, Verfassungsblog, 04.03.2016, abrufbar unter: <https://bitly.co/Ivvhg> zu Art. 20 Abs. 4 Dublin-III-Verordnung.

<sup>97</sup> Auch darüberhinausgehend wird teilweise argumentiert, dass sich für den Anwendungsbereich der Dublin-III-Verordnung etwas anderes ergeben und im Rahmen dieser ein Grenzverfahren an der Binnengrenze möglich sein könnte (offengelassen: Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 04.04.2018, Durchführung systematischer Grenzkontrollen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, Aktenzeichen PE 6 - 3000 - 50/18, S. 10 ff., dafür: Thym, „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, in Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 2354 ff.). Darauf wird vorliegend nicht eingegangen. Der Umfang des Gutachtens lässt keinen Raum auf alle Eventualitäten hypothetisch einzugehen. Welche Rechtsvorschriften Anwendung finden ist für den Befund, dass eine Einreiseverweigerung an der Binnengrenze unmöglich bleibt, ohnehin ohne Belang. Insoweit wird auf Vogt/Nestler, in: Huber/Mantel, AufenthG/AsylG, 2021, § 18 AsylG, Rn. 5 ff. sowie Hruschka, Asylmagazin 5/2019, S. 147 ff. hingewiesen.

<sup>98</sup> Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM(2021) 891 final.

<sup>99</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 22.6.2010, C-188/10 und C-189/10 – Melki, Rn. 75.

<sup>100</sup> Vgl. auch Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 04.04.2018, Durchführung systematischer Grenzkontrollen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, Aktenzeichen PE 6 - 3000 - 50/18, S. 5.

<sup>101</sup> Zum Ganzen ausführlich: Mangoldt/Kompatscher, Vereinbarkeit kontinuierlicher Kontrollen an der deutsch-dänischen Grenze mit unionsrechtlichen Vorgaben. Kurzgutachten im Auftrag von Rasmus Andresen, Mitglied des Europäischen Parlaments, 22.12.2022, abrufbar unter: <https://bitly.co/lk7r>.

Dies wurde nicht zuletzt durch eine Entscheidung der Großen Kammer des EuGH mit Blick auf die österreichisch-slowenische Grenze jüngst unterstrichen.<sup>102</sup>

Im Rahmen des Neuentwurfs zum SGK<sup>103</sup> soll die Wiedereinführung von Grenzkontrollen vereinfacht werden. Der Rat der EU hat zum Vorschlag deutlich gemacht, „dass die Personenfreizügigkeit eine der Haupterrungenschaften der EU sei und Grenzkontrollen an den Binnengrenzen deshalb eine Ausnahme bleiben“ und diese insbesondere nicht zeitlich unbegrenzt sein sollten.<sup>104</sup>

#### v. Eine Neuregelung, die Binnengrenzkontrollen normalisiert, ist unionsprimärrechtswidrig

Zudem wäre eine Neuregelung, die Grenzkontrollen normalisiert, primärrechtswidrig.

Gemäß Art. 67 Abs. 2 S. 1 AEUV stellt die Europäische Union sicher, dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden. Schon die Ermächtigungsgrundlage zur Regelung der Materie durch den SGK verpflichtet die EU primärrechtlich, eine Politik zu entwickeln, mit der sichergestellt wird, „dass Personen an den Binnengrenzen für alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit nicht kontrolliert werden, vgl. Art. 77 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. e AEUV. Art. 3 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) legt fest, dass die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ bietet.

Unionsprimärrecht fordert demnach, einen Raum ohne Binnengrenzen zu etablieren. Dies bedeutet freilich auch, dass die Wiedereinführung von Grenzkontrollen nicht normalisiert werden darf, sondern – im Gegenteil – ultima ratio bleiben muss.<sup>105</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Sowohl das Screening-Verfahren, als auch das Grenzverfahren, setzen eine Einreiseverweigerung voraus, weil sie vor der Einreise stattfinden müssen. Eine solche Einreiseverweigerung ist an der Binnengrenze nicht möglich, weshalb auch die Nichteinreisefiktion und mit ihr das Grenzverfahren ausgeschlossen sind.

#### II. Notwendige Freiheitsentziehung bei Grenzverfahren (und Screening)

Ausgehend von den gemachten Ausführungen steht in Zweifel, ob Grenzverfahren durchgeführt werden können, ohne dass Personen in Haft genommen werden. Für das vorliegende Gutachten soll allein analysiert werden, ob das Grenzverfahren notwendigerweise mit Inhaftierungen einhergeht. Es soll offenbleiben, ob die Inhaftierung im Einzelfall gerechtfertigt ist, also materielle und formelle Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung vorliegen.<sup>106</sup>

#### 1. Die Kommission geht (offiziell) nicht von einer grundsätzlichen Inhaftierung aus

Der AsylVfVO-E sieht nicht vor, dass bestimmte Verfahrensrechte eingehalten werden müssen, weil den Personen, die dem Grenzverfahren unterworfen werden, die Freiheit entzogen wird. Auch das Positionspapier der Bundesregierung scheint davon auszugehen, dass es möglich ist, Grenzverfahren ohne die Inhaftierung Schutzsuchender durchzuführen, denn es wird angegeben, dass man sich dafür einsetzt,

<sup>102</sup> EuGH, Urteil vom 26.04.2022, C-368/20 und C-369/20 – NW.

<sup>103</sup> Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM(2021) 891 final.

<sup>104</sup> Mangoldt/Kompatscher, aaO, S. 29 f. mwN.

<sup>105</sup> So auch ebd.

<sup>106</sup> Eine Freiheitsentziehung ist freilich nicht grundsätzlich verboten. Wird sie durchgeführt, müssen aber formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere muss auch ein Haftgrund vorliegen, vgl. dahingehend vor allem Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK. Die Analyse einer etwaigen Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung ist nicht Gegenstand des Gutachtens.

dass „Haft nur als ultima ratio“ in Betracht kommt und den Vorgaben der Aufnahmerichtlinie entsprechen muss.<sup>107</sup>

Es wurde an anderer Stelle richtig festgestellt, dass weder die Kommission noch die Bundesrepublik nachvollziehbar darlegen können, wie ein Grenzverfahren und/oder Screening mit Nichteinreisefiktion stattfinden können sollen, *ohne* dass Antragsstellenden die Freiheit entzogen wird.<sup>108</sup> Denn eine solche Konstellation ist nicht vorstellbar.

Bei der Beurteilung, ob eine Situation einer Freiheitsentziehung gleichkommt (= Inhaftierung) kommt es jedenfalls nicht darauf an, ob Staaten von einer solchen ausgehen oder nicht (dazu sogleich).

## 2. Vorausgesetzte Fiktion der Nichteinreise limitiert Orte, an denen Grenzverfahren durchgeführt wird

### a. Formulierung der Orte legt Freiheitsentziehung nahe

Wie ausführlich dargetan, finden Grenzverfahren vor der Einreise unter der notwendigen Voraussetzung, dass eine solche verweigert worden ist, statt. Davon ausgehend erscheint es auch folgerichtig, dass Personen während des Grenzverfahrens, wie a.a.O. dargestellt, „an der Außengrenze oder in den Transitzonen oder in deren Nähe unterzubringen“ sind, vgl. Art. 41 Abs. 13 S. 1 AsylVerfVO-E, dessen englische Fassung klarer von „kept at or in proximity to the external border or transit zones“ (= festgehalten) spricht. Unionsrecht hat (anders als etwa die EMRK) keine ausschlaggebende Sprachfassung, die isoliert eindeutig wäre, sondern soll „im Licht ihrer Fassung in allen anderen Amtssprachen auszulegen“<sup>109</sup> sein. Die französische („retenus à la frontière extérieure ou dans des zones de transit ou à proximité de ces endroits“) und die spanische („los solicitantes se mantendrán en la frontera exterior o en las zonas de tránsito o en sus proximidades“) Fassung sprechen insoweit auch vom Festhalten bzw. vom „sich Aufhalten“.

### b. Transitzone und „Festhalten“ an der Außengrenze

Findet das Grenzverfahren wie dargestellt vor der Einreise statt und geht mit einer Einreiseverweigerung einher, dann ist dies bei der Begriffsklärung der Transitzone mit einzubeziehen. Davon ausgehend lässt sich eine bewohnte Insel wohl nicht vollständig als Transitzone einordnen. Um von einer Transitzone ausgehen zu können, müsste der Aufenthalt auf eine Unterbringungseinrichtung beschränkt sein, damit dieses Verfahren überhaupt zur Anwendung kommen könnte. Eine Transitzone ist nach hiesigem Verständnis ein abgrenzbarer Bereich, der einzig den Zweck hat, Transit zu ermöglichen und allenfalls Unterbringungsmöglichkeit für Personen, deren Einreiseerlaubnis geprüft wird, vorhält. Zwar könnte hier die Fiktion der Nichteinreise greifen. Dazu wäre aber erforderlich, dass aufgrund der Lage sowie der baulichen Beschaffenheit objektiv ersichtlich wird, ab wann eine Einreise in den Mitgliedstaat physisch vorliegt und den mitgliedstaatlichen Behörden müssten jederzeit die Kontrolle über den Aufenthalt der einreisenden Person möglich sein. In Betracht käme etwa der Transitbereich eines Flughafens oder ein Lager. Eine Vermischung in der Art, dass einige Personen normal verkehren und andere einem Grenzverfahren unterworfen sind, ist mit der Konstruktion der Fiktion der Nichteinreise nicht vereinbar.<sup>110</sup> Einen solchen abgegrenzten Bereich haben bisher auch alle Verfahren betroffen, zu denen der EGMR und

<sup>107</sup> Prioritätenpapier a.a.O., S. 2.

<sup>108</sup> Pichl, Europas Werk und Deutschlands Beitrag, Verfassungsblog, 15.05.2023, abrufbar unter: <https://bitly.co/IvOd>.

<sup>109</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 03.10.2013, C-298/12 – Confédération paysanne, Rn. 22.

<sup>110</sup> Ausführlich Hruschka, The border spell: Dublin arrangements or bilateral agreements? Reflections on the cooperation between Germany and Greece / Spain in the context of control at the German-Austrian border, eumigrationlawblog v. 26.02.2019, abrufbar unter: <https://bitly.co/IviM>.

der EuGH Stellung genommen haben. Weder der Flughafentransit<sup>111</sup>, die Transitzone in Röszke<sup>112</sup>, noch Schiffe<sup>113</sup>, waren für einige Personen Transit und für andere normale Lebensumgebung.

Der EuGH geht von einem solchen Verständnis auch implizit aus, wenn er die ungarischen Lager als Transitzonen anerkennt und gerade davon ausgeht, dass die Fortbewegung dort „gesondert von der übrigen Bevölkerung räumlich auf einen bestimmten Ort beschränkt wird.“<sup>114</sup>

Es wird deshalb angenommen, dass etwa griechische oder italienische Inseln als Ganzes keine Transitzone sein können, es sei denn, es würde auch für die Bewohner:innen ein umfassendes Sonderrechtsregime eingeführt, das einem Transit vergleichbar ist. Dann müssten etwa Einreisekontrollen nach Griechenland oder Italien bei Verlassen der jeweiligen Insel durchgeführt werden. Etwas anderes gilt für einen bestimmten Bereich auf der jeweiligen Insel.

An diesem Befund muss sich auch die zweite örtliche Alternative des Art. 41 Abs. 13 AsylVfVO-E messen lassen („an der Außengrenze“). Sie kann daher keine Orte umfassen, an denen eine Einreise erfolgt ist. Tatsächlich sind Orte an der Außengrenze, an denen ein Grenzverfahren durchgeführt werden kann und die keine Transitzone sind, schwer vorstellbar.

### 3. Freiheitsbeschränkung vs. Freiheitsentziehung

Davon ausgehend stellt sich die Frage, wann eine Unterbringung als Freiheitsentziehung, mithin als Inhaftierung, einzustufen ist. Die Beantwortung der Frage richtet sich nach Art. 5 EMRK bzw. Art. 6 GrCh und nach Unionssekundärrecht.

Unabhängig von der exakten Formulierung lässt keine der Begrifflichkeiten Zweifel offen, dass das Grenzverfahren, bei dem die Nichteinreise fingiert ist, auf einen kleinen örtlichen Bereich begrenzt ist. Antragsstellende werden insoweit jedenfalls in ihrer Freiheit beschränkt.

#### a. Begrifflichkeit

Maßgeblich für die Einordnung einer Freiheitsentziehung ist der tatsächliche Grad der Einschränkung der Bewegungsfreiheit. So muss sie nicht notwendigerweise in einer Hafteinrichtung stattfinden. Es ist auch unerheblich, ob eine Maßnahme durch die anordnende Behörde als „Haft“ oder „Freiheitsentziehung“ bezeichnet wird.<sup>115</sup>

Der Begriff der Haft im **europäischen Asylrecht** ist in Art. 2 lit. h AufnRL legaldefiniert. Haft bedeutet demnach,

„die räumliche Beschränkung eines Antragstellers durch einen Mitgliedstaat auf einen bestimmten Ort, an dem der Antragsteller keine Bewegungsfreiheit hat.“

Eine Änderung der Formulierung ist nicht geplant. Daraus leitet der EuGH ab, dass „Haft nicht lediglich eine Einschränkung, sondern einen völligen Entzug der Bewegungsfreiheit voraussetzt, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die betreffende Person gesondert von der übrigen Bevölkerung räumlich auf einen bestimmten Ort beschränkt wird.“<sup>116</sup> Dies ist im Kontext der Unterbringung in Aufnahmeeinrichtungen dann gegeben, wenn die Person die Unterbringungseinrichtung „aus freien Stücken in keine Richtung *legal*

<sup>111</sup> EGMR, Urteil vom 28.02.2008, Nr. 37201/06 – Saadi.

<sup>112</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU –FMS u.a., sowie EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 47287/15 – Ilias und Ahmed.

<sup>113</sup> EGMR, Urteil vom 15.12.2016– Nr. 16483/12 – Khlaifia u.a.

<sup>114</sup> EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU –FMS u.a., Rn. 217.

<sup>115</sup> EGMR, Urteil vom 05.10.2004, Nr. 45508/99 – H.L., Rn. 90; Urteil vom 26.02.2002, Nr. 39187/98 – H.M.; Urteil vom 23.02.2012, Nr. 29226/03 – Creangă, Rn. 92.

<sup>116</sup> EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU –FMS u.a., Rn. 217.

verlassen kann“.<sup>117</sup> Eine Unterbringung in einer Hafteinrichtung während des Asylverfahrens oder im Kontext eines Rückkehrverfahrens stellt daher in jedem Fall eine freiheitsentziehende Maßnahme dar.<sup>118</sup> Ähnlich wird Haft auch in den Empfehlungen des Europarates<sup>119</sup> und den Haftrichtlinien von UNHCR<sup>120</sup> beschrieben, auf denen die Legaldefinition in Art. 2 lit. h AufnRL beruht.<sup>121</sup> In Letzteren ist Haft wie folgt definiert: „Freiheitsentzug oder Gewahrsam an einem geschlossenen Ort, den Asylsuchende nicht *beliebig* verlassen dürfen, einschließlich, aber nicht beschränkt auf Gefängnisse oder eigens eingerichtete Haftanstalten, geschlossene Aufnahme- oder Inhaftierungszentren oder -einrichtungen“<sup>122</sup>.

Aus menschenrechtlicher Perspektive hält der EGMR in ständiger Rechtsprechung fest, dass sich Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung nach Ausmaß und Intensität nicht aber nach der Natur und dem Wesen der Maßnahme unterscheiden.<sup>123</sup> Welchen Rechtscharakter der Eingriff in die Bewegungsfreiheit hat, muss daher im jeweiligen Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Art und Weise der getroffenen Maßnahmen beurteilt werden. Dabei ist nach der Rechtsprechung des EGMR ein „Bündel von Kriterien, wie die Art, die Dauer, die Wirkungen und die Durchführungsmodalitäten der in Rede stehenden Maßnahme, zu berücksichtigen seien“.<sup>124</sup>

Die Rechtsprechung des EGMR zu Freiheitsentziehung ist nicht immer konsistent.<sup>125</sup> Der Gerichtshof räumt insoweit ein, dass sich „die Einordnung in die eine oder andere Kategorie manchmal als nicht ganz einfach erweist, da einige Grenzfälle reine Ansichtssache sind“<sup>126</sup> und plädiert für eine „praktikable und realistische“ Herangehensweise, die auf die tatsächlichen Umstände und Herausforderungen Rücksicht nimmt.<sup>127</sup> Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt beurteilt der EGMR nach jüngerer Rechtsprechung (i) die individuelle Situation der Antragstellenden und ihre Entscheidungen, (ii) das anwendbare Rechtssystem des jeweiligen Landes und dessen Zweck, (iii) die relevante Dauer, insbesondere im Lichte des Zwecks und der Frage, wie das Verfahren den Schutz von Personen sicherstellt, und (iv) die Art und das Ausmaß der tatsächlichen Beschränkungen, die Antragstellenden auferlegt wurden.<sup>128</sup> Für die Bedingungen des Grenzverfahrens soll eine angepasste Beurteilung im Folgenden vorgenommen werden.

### b. Keine Beschränkung auf klassische Inhaftierungs-Szenarien

Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob die Freiheitsentziehung in einer Haftanstalt oder in einem anderen Setting stattfindet. So hat der EGMR etwa im Fall *Khlaifia* u.a. das Festhalten auf einem Schiff, dass die Personen nicht verlassen konnten, als Freiheitsentziehung gewertet.<sup>129</sup> Im Fall *Guzzardi* hatte der

<sup>117</sup> Vgl. die Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage in Rn. 215, ebd., Rn. 216 ff. Hervorhebung durch die Autoren.

<sup>118</sup> Ebd., Rn. 100 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.07.2012, C 278/12 PPU – *Adil*, Rn. 34 und 35; Urteil vom vom 10.09.2013, C-383/13 PPU – *G. und R.*, Rn. 23 und 25; Urteil vom 15.02.2016 – C 601/15 PPU – *N.*, Rn. 40 und 41; Urteil vom 17.03.2016, C-695/15 PPU – *Mirza*, Rn. 31 und 35; sowie Beschluss v. 05.07.2018 – C 269/18 PPU – *C. u.a.*, Rn. 35 und 37.

<sup>119</sup> Europarat, Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers v. 08.04.2003, abrufbar unter: <https://nxnt.link/tS7Ph>.

<sup>120</sup> UNHCR, Haft-Richtlinien – Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden und Alternativen zur Haft, 2012 (deutsche Version 2014), abrufbar unter: <https://bityl.co/IviX>.

<sup>121</sup> EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – *FMS u.a.*, Rn. 218.

<sup>122</sup> Hervorhebung durch die Autoren.

<sup>123</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 06.11.1980, Nr. 7367/76 – *Guzzardi*, Rn. 93; Urteil vom 07.01.2010, Nr. 25965/04 – *Rantsev*, Rn. 314.

<sup>124</sup> Dies zusammenfassend: EuGH, Urteil vom 28.07.2016, C-294/16 PPU – *J.Z.*, Rn. 51.

<sup>125</sup> Kritisch dahingehend auch Elberling, Art. 5 EMRK, in *Karpenstein/Mayer*, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 2. Auflage 2015, Rn. 6 ff.

<sup>126</sup> EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 47287/15 – *Ilias und Ahmed*, Rn. 211.

<sup>127</sup> Ebd., Rn. 213.

<sup>128</sup> EGMR, Urteil vom 02.04.2021, Nr. 36037/17 – *R.R. u.a.*, Rn. 74.

<sup>129</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 15.12.2016, Nr. 16483/12 – *Khlaifia u.a.*

EGMR auch den überwachten und auf einen Teil einer Insel beschränkten Aufenthalt aufgrund der Gesamtumstände insbesondere aufgrund der zweimal täglich greifenden Meldepflicht als Freiheitsentziehung angesehen.<sup>130</sup> Hingegen hat er im Fall Nada, in dem die betroffene Person die italienische Exklave Campione d'Italia am Luganer See, umgeben von Schweizer Territorium, wegen eines Einreiseverbotes in die Schweiz nicht verlassen konnte, nicht als Freiheitsentziehung gewertet.<sup>131</sup> Dabei stellte der Gerichtshof allerdings darauf ab, dass der Beschwerdeführer am Ort seines selbstgewählten gewöhnlichen Aufenthalts unter Hausarrest stand und sich in der Exklave frei bewegen konnte. Es werde dem Beschwerdeführer nur verboten, in einen anderen Staat zu reisen, er werde aber nicht daran gehindert, an dem Ort zu leben, an dem er aus freien Stücken seinen Wohnsitz genommen hat, so dass keine Freiheitsentziehung gemäß Art. 5 EMRK gegeben sei.

### c. Keine Mindestdauer

Nach dem Verständnis des EGMR kann eine Freiheitsentziehung auch vorliegen, wenn die Freiheit nur für sehr kurze Zeit entzogen wird. Dabei kommt es auch nicht auf die Bezeichnung der Maßnahme an.<sup>132</sup> So hat der EGMR tatbestandlich etwa schon das Anhalten und Kontrollieren von Personen durch die Polizei für eine Freiheitsentziehung gehalten, wenn diese im Falle der Nichtbefolgung der polizeilichen Anweisungen Arrest, Haft oder jedenfalls Strafen zu befürchten, gehabt hätten.<sup>133</sup> Allerdings spielt die Länge und die Absehbarkeit der Freiheitsentziehung eine wichtige Rolle bei der Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung.

### d. Unerheblichkeit der Intention und der subjektiven Wahrnehmung

Bei der rechtlichen Beurteilung, ob eine Freiheitsentziehung oder eine Freiheitsbeschränkung vorliegt, spielt die Beurteilung der anordnenden Behörde, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt oder nicht, keine Rolle. Auch der Grund für die Maßnahme, ist für die Abgrenzung nicht relevant, sondern bei der Frage zu prüfen, ob eine Freiheitsentziehung aus einem der in Art. 5 EMRK abschließend aufgelisteten Gründe erfolgt ist, und somit potentiell rechtmäßig sein kann. Dabei ist zu beachten, dass weder die intendierten Zwecke noch die Terminologie bzw. Einschätzung der handelnden Behörden die rechtliche Einordnung vorwegnehmen oder binden.<sup>134</sup> Selbst wenn etwa die Intention der Schutz der Antragstellenden oder der Schutz der Bevölkerung ist (wie bei den aufgrund der Corona-Pandemie erlassenen Quarantäne-Maßnahmen) und nicht primär die Inhaftierung der betroffenen Personen, kann die Umsetzung der Maßnahmen eine Freiheitsentziehung darstellen.<sup>135</sup> Der EGMR wertet bspw. auch eine Ingewahrsamnahme aus Gründen des Kindeswohls als rechtfertigungsbedürftige Freiheitsentziehung. In diesen Fällen ist also unabhängig von der behördlichen Einordnung und der dahinterstehenden Intention zu prüfen, ob eine rechtfertigungsbedürftige Freiheitsentziehung bzw. -beschränkung vorliegt.<sup>136</sup>

Auch die Wahrnehmung der betroffenen Person, dass eine Freiheitsentziehung vorliegt, ist bei dieser Prüfung unerheblich. Intention und Wahrnehmung spielen erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – also bei der Frage, ob die Haft gerechtfertigt ist – eine wichtige Rolle.<sup>137</sup>

<sup>130</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 06.11.1980, Nr. 7367/76 – Guzzardi, Rn. 90 ff.

<sup>131</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 12.09.2012, Nr. 10593/08 – Nada Rn. 229 f.

<sup>132</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 29.09.2009, Nr. 30471/08 – Abdolkhani and Karimnia, Rn. 126 f.

<sup>133</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 24.06.2008, Nr. 28940/09 – Foka, Rn. 74 ff.

<sup>134</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 22.09.2009, Nr. 30471/08 – Abdolkhani und Karimnia, Rn. 125 ff.

<sup>135</sup> EGMR, Urteil vom 15.12.2016, Nr. 16483/12 – Khalifa u.a., Rn. 71.

<sup>136</sup> Siehe etwa EGMR, 27.10.2004 – Nrn. 39647/98, 40461/98 – D.L., Rn. 69 ff.

<sup>137</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 23.3.2016, Nr. 47152/06 – Blokhin, Rn. 164 ff.

#### e. Freiheitsentziehung trotz Verlassenserlaubnis?

Die Möglichkeit, eine Einrichtung im Einzelfall und aus bestimmten Gründen zu verlassen, führt nicht zwingend dazu, dass eine Maßnahme nicht als Freiheitsentziehung einzustufen ist. So ist etwa auch der Freigang für Strafgefangene in der Staatenpraxis etabliert, was nach einhelliger Meinung nichts an der Einstufung der Gesamtumstände als Inhaftierung ändert, gerade weil eine Nicht-Rückkehr strafbewehrt ist. Darüber hinaus können aufgrund der Gesamtumstände auch die Zeiten vor und nach der Verlassenserlaubnis jeweils als Freiheitsentziehungen zu werten sein. So ist der Gerichtshof etwa von einer tatbestandlichen Freiheitsentziehung für den Fall ausgegangen, dass eine Person den verhängten Hausarrest z.B. für Arztbesuche und um einem Gottesdienst beizuwohnen, verlassen konnte.<sup>138</sup> Bei der Unterbringung eines Antragstellers in einer Pflegeeinrichtung hat der Gerichtshof eine Freiheitsentziehung angenommen, obwohl dieser, nach Genehmigung durch die Einrichtungsleitung, mehrere Tage in seine Heimatstadt fahren konnte. Dabei kam es vor allem darauf an, dass die Erlaubnisse willkürlich erfolgten und ein Verstoß gegen das Verbot ordnungswidrig war.<sup>139</sup>

Auch den Aufenthalt in der ungarischen Transitzone hat der EGMR im Fall R.R. als Freiheitsentziehung gewertet, obwohl er von einer grundsätzlichen Möglichkeit des Verlassens der Transitzone in Richtung Serbien ausgeht, da die betroffenen Personen in einem besonders streng kontrollierten Bereich der Transitzone untergebracht waren und die Dauer des Asylverfahrens nicht absehbar war.<sup>140</sup>

Für die Beurteilung, ob eine Maßnahme eine (durchgehende) Freiheitsentziehung darstellt, ist deshalb nicht allein entscheidend, ob eine Person die jeweilige Einrichtung für eine bestimmte Zeit verlassen kann, sofern die Gründe dafür limitiert und von der Zustimmung der Behörden abhängig sind. Kann die Unterkunft hingegen frei verlassen werden, fehlt es allerdings am nötigen Zwangselement, das für die Einordnung einer Maßnahme als Freiheitsentziehung zentral ist. In dem für die griechischen Inseln als Leitentscheidung ergangenen Urteil J und R u.a. gegen Griechenland<sup>141</sup> beurteilte der EGMR die Unterbringung in einem semi-offenen Zentrum, dass jederzeit tagsüber verlassen werden konnte und in das die Personen für die Nacht zurückkommen (mussten), ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht als Freiheitsentziehung, sondern als eine „einfache Freiheitsbeschränkung“.<sup>142</sup>

#### f. Keine Freiwilligkeit und erforderlicher Zwang

Grundsätzlich ist die Einordnung einer Maßnahme als Freiheitsentziehung nämlich ausgeschlossen, wenn diese mit dem Einverständnis der Person, mithin freiwillig erfolgt ist. Allerdings liegt keine Freiwilligkeit vor, wenn den Personen die Wahlmöglichkeiten fehlen oder die Einwilligung mit einem Verzicht auf indisponible Rechte verbunden wäre. So hat der EuGH etwa die Einwilligung zur Unterbringung in einer Hafteinrichtung mit Strafgefangenen, die nach Art. 16 Rückführungsrichtlinie verboten ist, in einem Rückkehrverfahren für unwirksam gehalten, da die Person auf bestimmte Garantien nicht „freiwillig“ verzichten kann.<sup>143</sup> Im Fall FMS u.a. hat der EuGH zudem klargestellt, dass eine Inhaftierung auch nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass die Leistungen nach der Aufnahmerichtlinie<sup>144</sup> nur an diesem Ort gewährt werden. Wenn die Personen sich „freiwillig“ an einen solchen Ort begeben, um die Garantien der AufnRL in Anspruch zu nehmen, liegt demnach trotzdem eine Freiheitsentziehung vor. Allerdings muss

<sup>138</sup> EGMR, Urteil vom 02.11.2006, Nr. 69966/01 – Dacosta Silva, Rn. 13, 42.

<sup>139</sup> EGMR, Urteil vom 17.01.2012, Nr. 36760/06 – Stanev, Rn. 101 ff., 124 ff.

<sup>140</sup> EGMR, Urteil vom 02.04.2021, Nr. 36037/17 – R.R. u.a., Rn. 70 ff.

<sup>141</sup> EGMR, Urteil vom 28.05.2018, Nr. 22696/16 – J.R. u.a.

<sup>142</sup> Ebd., Rn. 86.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil vom 17.07.2014 – C-474/13 – Pham, Rn. 17 ff.

<sup>144</sup> Richtlinie 2013/32/EU. Im Folgenden AufnRL.

auch in einem solchen Fall das nachfolgende Festhalten durch Zwang geschehen, dies bedeutet, dass die Freiheit tatsächlich entzogen sein muss und ein dauerhaftes Verlassen der jeweiligen Einrichtung nicht ohne Weiteres möglich oder erlaubt, etwa von einer Genehmigung abhängig<sup>145</sup>, ist. Dabei muss der Zwang nicht physisch, durch abgeschlossene Türen oder bewaffnetes Sicherheitspersonal ausgeübt werden. Ein Verbot reicht aus, solange es mit Überwachung oder durch die Androhung von Sanktionen durchgesetzt wird<sup>146</sup>, oder Betroffene davon ausgehen müssen, dass eine solche Durchsetzung erfolgt. Dies bedeutet im Umkehrschluss auch, dass die faktische Verlassensmöglichkeit unerheblich ist, solange das Verlassen rechtlich verboten ist.

#### g. Zwischenergebnis

Die Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung zeigt, dass die Einordnung der Unterbringung in Aufnahmeeinrichtungen im Rahmen eines Grenzverfahrens nicht pauschal vorgenommen werden kann. Vielmehr sind bei dieser Prüfung insbesondere die individuelle Situation der asylsuchenden Personen, Zweck und Praxis, die Dauer der Maßnahme und verfügbaren verfahrensrechtlichen Garantien sowie die Natur und das Ausmaß der tatsächlichen Beschränkungen, die der betroffenen Person auferlegt werden, maßgeblich.<sup>147</sup>

### 4. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens

#### a. Implizite Annahme durch Agenturen, Kommission und Regelungsdogmatik

Nach dem Gesagten ist ein Grenzverfahren, das nicht unter Haftbedingungen stattfindet, bei dem Antragstellenden also nicht die Freiheit entzogen wird, nach der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR kaum bzw. im Ergebnis nicht vorstellbar.

Ähnlich sieht es auch EASO, nunmehr EUAA, schon 2020, das anmerkt<sup>148</sup>:

„Since they are not allowed to enter the territory, in practice they are likely to be placed in detention”.

Eine klarere Stellungnahme einer Agentur der Union ist wohl nicht zu erwarten.

Auch, wenn die EU-Kommission dies nicht explizit macht, so kann es ihr doch nicht verborgen geblieben sein. Schon bei der Neufassung zur 2013 verabschiedeten Asylverfahrensrichtlinie, die nunmehr als AsylVfVO-E neugefasst werden soll und die Regelungsdogmatik in Gänze übernimmt (vgl. oben), war die Kommission davon ausgegangen, dass Grenzverfahren freiheitsentziehenden Charakter haben<sup>149</sup>:

„As for border procedures, they involve detention which the Commission believe should generally not be applied to unaccompanied minors.”

Die Nähe des Grenzverfahrens zur Freiheitsentziehung spiegelt sich auch in der Regelung des Art. 25 Abs. 6 AufnRL wider, der die Durchführung des Verfahrens nach Art. 43 AsylVfRL für Minderjährige nur erlaubt, wenn Haftgründe nach Art. 8 AufnRL vorliegen und die Haftbedingungen Art. 9 ff. AufnRL erfüllen.<sup>150</sup>

<sup>145</sup> EGMR, Urteil vom 17.01.2012, Nr. 36760/06 – Stanev, Rn. 101 ff., 124 ff.

<sup>146</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 28.11.2002, Nr. 58442/00 – Lavents, Rn. 63; Urteil vom 28.05.1985, Nr. 8225/78 – Ashingdane, Rn. 24, 42; Urteil vom 17.01.2012, Nr. 36760/06 – Stanev, Rn. 101 ff., 124 ff.

<sup>147</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 61411/15, 61420/15, 61427/15 und 3028/16 – Z.A. u.a., Rn. 138 sowie EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 47287/15 – Ilias und Ahmed, Rn. 217.

<sup>148</sup> EASO, Border Procedures for Asylum Applications in EU+ Countries, 2020, abrufbar unter: <https://bit.ly/1kGg>, S. 11.

<sup>149</sup> COM(2013) 411 final, S. 4.

<sup>150</sup> Cornelisse, Borders, Procedures and Rights at Röscke: Reflections on Case C-924/19 (PPU), EDAL, Blog Post v. 09.04.2020, abrufbar unter: <https://bit.ly/2PL4rTc>.

Schließlich zeigt sich diese Linie auch im Neuentwurf zur AufnahmeRL von 2016, die in Art. 8 Abs. 3 lit. d AufnahmeRL-2016-E die Durchführung eines Grenzverfahrens pauschal zum Haftgrund erklärt.<sup>151</sup>

Auch *Thym* geht im Übrigen davon aus, dass aus der „Nichteinreisefunktion folgt [...], dass keine Bewegungsfreiheit besteht, die Asylbewerber also in den „bestehenden Einrichtungen“ der Bundespolizei bleiben müssen“.<sup>152</sup>

### b. Mögliche Formen der Unterbringung: Lager, die nicht verlassen werden dürfen

Tatsächlich in Betracht kommen wohl nur die Unterbringung in einem Lager oder eine Art Residenzpflicht auf einen bestimmten, abgrenzbaren, Bereich – der seinerseits abgrenzbar ist und nicht verlassen werden darf und den andere Personen nicht ohne Weiteres betreten dürfen. Andernfalls muss die Einreise erfolgt sein und ein Grenzverfahren wird als Konstruktion unmöglich.

#### *aa. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens: EGMR*

Der EGMR stufte in der Rechtssache *Ilias und Ahmad* ein Festhalten in der Transitzone zwischen Ungarn und Serbien nicht als Freiheitsentziehung ein, denn das Verlassen in Richtung Serbien sei „theoretisch und praktisch“ möglich gewesen – die Beschwerdeführer hätten die Transitzone freiwillig betreten und sie jederzeit wieder verlassen können.<sup>153</sup>

Bei der Begründung grenzt der Gerichtshof sein Urteil indes klar gegen die Situation ab, die in den Rechtssachen *Amuur*<sup>154</sup> und *J.R. u.a.*<sup>155</sup> vorlag. In beiden Fällen hätten die Beschwerdeführer die jeweiligen Einrichtungen nicht einfach verlassen können, sondern waren vielmehr auf Hilfsmittel – etwa ein Boot, um in die Türkei zu gelangen (*J.R. u.a.*) oder Genehmigungen, etwa die, ein Flugzeug zu boarden (*Amuur*) – angewiesen. Gerade weil die Situation an der ungarisch-serbischen Grenze anders liege und die Beschwerdeführer zu Fuß nach Serbien, das die Genfer Flüchtlingskonvention ratifiziert hat, hätten laufen können<sup>156</sup>, ist der Gerichtshof nicht von einer Freiheitsentziehung iSd Art. 5 Abs. 1 EMRK ausgegangen.

Unabhängig davon, dass diese Einordnung Zweifel aufwirft und die Situation unionsgrundrechtlich durch den EuGH anders beurteilt wird<sup>157</sup>, ändert das Urteil die Rechtsprechungslinie des EGMR hinsichtlich der Freiheitsentziehung in Transitzonen nicht grundsätzlich, sondern unterstreicht die Tatsache, dass eine Unterbringung in einer Transitzone – mithin im Grenzverfahren – in aller Regel eine Freiheitsentziehung darstellt. Dies zeigt auch das am gleichen Tag wie *Ilias und Ahmed*, ebenfalls durch die Große Kammer, gesprochene Urteil in der Rechtssache *Z.A. u.a. zum Aufenthalt in der Transitzone des Moskauer Flughafens Sheremetyevo*. In der Entscheidung nimmt der Gerichtshof explizit auf den Unterschied zwischen einer Transitzone eines Flughafens und einer Landgrenze Bezug und betont, dass, wenn zur Ausreise Planung, Ticketkauf, ggf. Visa nötig wären und diese eben nicht ohne Weiteres erfolgen könnte,

<sup>151</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), COM(2016) 465 final.

<sup>152</sup> *Thym*, „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 2354 ff.

<sup>153</sup> EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 47287/15 – *Ilias und Ahmed*, Rn. 220 ff., 240.

<sup>154</sup> EGMR, Urteil vom 25.06.1996, Nr. 19776/92 – *Amuur*.

<sup>155</sup> EGMR, Urteil vom 28.05.2018, Nr. 22696/16 – *J.R. u.a.*

<sup>156</sup> EGMR, Urteil vom 21.11.2019, Nr. 47287/15 – *Ilias und Ahmed*, Rn. 241.

<sup>157</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – *FMS u.a.* Der EuGH stellt darauf ab, dass die Person bei einer Ausreise nach Serbien ihr Asylverfahren aufgeben müsste und daher eine geschützte Rechtsposition aufgeben müsste, so dass die Person die Transitzone nicht ohne einen rechtlichen Nachteil zu erleiden verlassen konnte.

eine Freiheitsentziehung vorliegt.<sup>158</sup> Damit geht der EGMR (weit) über die Einordnung des Bundesverfassungsgerichts zum Flughafenverfahren hinaus.<sup>159</sup>

Das Urteil ist im Fall Ilias und Ahmed daher kaum abstrahierbar und kann – wenn überhaupt – nur gelten, wenn eine Ausreise zu Fuß möglich ist. Darüber hinaus hat der Gerichtshof in der Rechtssache R.R. eine Freiheitsentziehung an der Landgrenze in Röszke angenommen und dabei insbesondere auf die unabsehbare Dauer und die Nichteinhaltung der zeitlichen Vorgaben für das Verfahren und den fehlenden Rechtsbehelf gegen die angeordneten Maßnahmen abgestellt.<sup>160</sup> Hatte bei Ilias und Ahmad ein Rechtsregime gegriffen, dass die Dauer auf vier Wochen reduzierte, sei dies in der Rechtssache R.R. nicht der Fall gewesen. Die Antragstellenden hätten beinahe vier Monate gewartet. Zudem konnten die Personen nur in der Transitzone einen Asylantrag stellen und mussten dort auf dessen Ergebnis warten.<sup>161</sup> Im Ergebnis ging der EGMR trotz der generell aus seiner Sicht gegebenen Verlässensmöglichkeit in Richtung Serbien in diesem Fall von einer tatbestandlichen Freiheitsentziehung aus.<sup>162</sup>

Demnach lässt sich festhalten, dass nach der Rechtsprechung des EGMR eine Unterbringung in Transitzone, wenn das Verlassen nicht ohne Weiteres „praktisch und theoretisch“ möglich ist, als Haft anzusehen ist. Dabei stellt er häufig auch auf die vermeintliche Freiwilligkeit der Aufenthaltsnahme in der Transitzone sowie den faktischen Zwang des Verbleibens ab. Wenn ein Verlassen nicht ohne Hilfe Dritter möglich ist, ist eine angeordnete Unterbringung in einer Transitzone und an der Grenze im Rahmen des Grenzverfahrens auch nach dem Verständnis des EGMR immer als Freiheitsentziehung zu werten. Darüber hinaus sind insbesondere die Länge und Absehbarkeit, als auch die Frage, ob eine Asylverfahren allein in der Transitzone durchgeführt werden kann, von Bedeutung. Bei einem Verfahren, das bis zu 12 Wochen dauert, ist die Länge zudem von erheblicher Bedeutung – denn auf das Asylverfahren muss dort gerade gewartet werden. Im geplanten Regelungsregime ist eine Situation, bei der der EGMR nicht von einer Freiheitsentziehung ausgehen würde, daher kaum vorstellbar, auch nicht an der Landgrenze.

#### *bb. Einordnung der Bedingungen des Grenzverfahrens: EuGH*

Der EuGH geht über die Vorgaben des EGMR aus *Ilias und Ahmed* hinaus und wertet auch die Situation der Zuweisung einer Transitzone als Aufenthaltsort an einer Landgrenze immer als Freiheitsentziehung, wenn die Person ein Schutzersuchen gestellt hat. Der Gerichtshof nimmt Bezug darauf, dass die Schutzsuchenden einerseits bis zur Einreisegewährung nicht legal in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates einreisen können und andererseits die Ausreise in den angrenzenden Drittstaat nicht zumutbar ist, auch wenn diese faktisch möglich wäre. Anders als der EGMR geht der EuGH damit davon aus, dass der angeordnete Aufenthalt in einer Transitzone in allen Stadien des Verfahrens als Haft anzusehen ist. Diese Feststellung beruht neben der faktischen Situation in der ungarischen Transitzone auch auf rechtlichen Überlegungen zum Asylverfahren: Da die Ausreise zur Folge hätte, dass ein bereits gestellter oder ggf. noch zu stellender Asylantrag aufgrund der Ausreise negativ beschieden werden könnte und damit unter Umständen jedwede Chance auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft vereitelt wäre, könne eine solche Ausreise aus der Transitzone nicht zumutbar verlangt werden.

<sup>158</sup> EGMR, Urteil vom 21.11.2019 – Nrn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 und 3028/16 – Z.A. u.a., Rn. 154.

<sup>159</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte in BVerfGE 94, 166 – Flughafenverfahren in Rn. 116 ff. Festgehalten, dass eine Freiheitsentziehung nur dann in Betracht kommt, wenn „körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“.

<sup>160</sup> EGMR, Urteil vom 02.04.2021, Nr. 36037/17 – R.R. u.a., Rn. 76 ff-

<sup>161</sup> Ebd., Rn. 75 f.

<sup>162</sup> Ebd., Rn. 74.

Daher liege eine Freiheitsentziehung vor, wenn die Einreise in das Hoheitsgebiet verweigert wird.<sup>163</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass in allen Fällen, in denen ein Verfahren vor der Einreise durchgeführt wird, eine Freiheitsentziehung vorliegt. Dies hat der EuGH zu Art. 43 AsylVfRL ebenfalls klargestellt, da die Person gezwungen wird, sich für das Grenzverfahren „für eine Dauer von höchstens vier Wochen an der Grenze oder in Transitzonen aufzuhalten, um vor einer Entscheidung über das Recht auf Einreise zu prüfen, ob der Antrag nicht gemäß Art. 33 der Richtlinie 2013/32 unzulässig ist oder gemäß Art. 31 Abs. 8 der Richtlinie für unbegründet zu erklären ist.“<sup>164</sup> Art. 41 AsylVfVO-E verlängert die Fristen noch, sodass der Befund gleichbleiben muss.

Die Unterbringung in einer Transitzone oder an der Grenze im Sinne des Art. 43 AsylVfRL/Art. 41 AsylVfVO-E ist daher als Haft zu qualifizieren, wenn dort die Prüfung stattfindet, ob der Person die Einreise gestattet wird.

### *cc. Zwischenergebnis*

Wären Personen im Grenzverfahren oder an der Grenze in einer Transitzone untergebracht, die sie nicht bzw. nur in Richtung eines Drittstaats verlassen dürfen, dann läge sowohl nach dem europarechtlichen Verständnis des EuGH als auch mit Blick auf Länge und Voraussetzungen nach der menschenrechtlichen Rechtsprechung des EGMR eine Freiheitsentziehung vor. Der EGMR ist an der Landgrenze weniger eindeutig in seiner Rechtsprechung als der EuGH, geht aber bei langer Verfahrensdauer und, wenn Asylverfahren nur in der Transitzone durchgeführt werden können, von einer Freiheitsentziehung aus.

### c. Hypothetische Unterbringung: Lager, die verlassen werden dürfen

Wie dargestellt, ist ein Grenzverfahren nur möglich, wenn Personen an der Einreise gehindert werden. Ein Modell, in dem ein Lager auf einer Insel gebaut wird, in dem Personen zwar schlafen müssen, sich aber auf der Insel frei bewegen dürfen – wie auf den griechischen Inseln – wäre ein Szenario, unter dem kein Grenzverfahren möglich ist. Es soll dennoch eingeordnet werden.

Bestehende Lager auf griechischen Inseln gelten als Modellprojekte des Grenzverfahrens. Die EU Kommission nennt Lager „Multipurpose Reception and Identification Centres“ und beschreibt, dass „das MPRIC eine Mehrzweck-Aufnahmestruktur [...] mit einem Eingangs-/Ausgangskontrollsystem sein [wird], das es den griechischen Behörden ermöglicht, die Kapazität des Zentrums angemessen zu überwachen und die MPRIC-Standard Operational Procedures umzusetzen, sowie mit einem angrenzenden, klar abgetrennten geschlossenen Haftbereich.“<sup>165</sup> Die Kommission versichert, das die Lager offen bleiben.<sup>166</sup>

Dort könnte demnach kein Grenzverfahren durchgeführt werden, weil die Einreise nicht verweigert wird.

Für die Einordnung, ob es sich insoweit um eine Freiheitsentziehung handeln würde, ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass es unerheblich ist, ob eine Einrichtung staatlicherseits als „Haft“ bezeichnet wird, oder nicht.<sup>167</sup> Demnach ist es für die Einordnung der Unterbringung in diesen Zentren als Freiheitsentziehung weitgehend unerheblich, ob dort ein „abgetrennter Haftbereich“ vorhanden ist, wenn den Personen bereits durch die Unterbringung im Zentrum die Freiheit entzogen ist.

<sup>163</sup> EuGH, Urteil vom 14.05.2020, C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – FMS u.a., Rn. 226 ff. Wenn die Person nicht mehr anwesend ist, kann der Antrag ohne inhaltliche Prüfung abgelehnt werden. Die genaue Ausgestaltung dieser Möglichkeit ist dem jeweiligen nationalen Recht vorbehalten, häufig wird eine solche Ausreise als Verzicht auf die Antragsprüfung gewertet, vgl. auch Art. 28 AsylVfRL.

<sup>164</sup> EuGH, Urteil vom 14.05.2020 – C-924/19 PPU und C-925/19 PPU – FMS u.a., Rn. 237.

<sup>165</sup> Europäische Kommission v. 02.12.2020 – C(2020) 8657 final, S.2.

<sup>166</sup> Ylva Johansson, Spring is the best time to prepare for Winter – why I am visiting Lesbos now, Blog Post v. 24.03.2021, abrufbar unter: <https://bit.ly/3gOim60>.

<sup>167</sup> EGMR, Urteil vom 05.10.2004, Nr. 45508/99 – H.L., Rn. 90; Urteil vom 26.02.2002, Nr. 39187/98 – H.M.; Urteil vom 23.02.2012, Nr. 29226/03 – Creangă, Rn. 92.

Wenn im Memorandum of Understanding nun von „einem Eingangs-/Ausgangskontrollsystem [...], das es den griechischen Behörden ermöglicht, die Kapazität des Zentrums angemessen zu überwachen“, die Rede ist, liegt es nahe, dass ein Modus etabliert werden soll, bei dem bestimmte Zeiträume für bestimmte Gruppen festgelegt werden, in denen Personen die Zentren verlassen dürfen, und bei dem eine explizite Genehmigung der Einrichtungsleitung für dieses Verlassen notwendig ist.

Liegt kein Verlassensgrund vor, wird das Verlassen nicht erlaubt. In vergleichbaren Kontexten hat der EGMR bspw. mit Blick auf einen Hausarrest, der für Gottesdienste und Arztbesuche verlassen werden konnte, das Vorliegen einer Freiheitsentziehung angenommen. In der Rechtssache *Stanev* hat er eine Inhaftierung einer Person, die sich in einer Pflegeeinrichtung befand und diese auch für mehrere Tage verlassen konnte, gerade deshalb angenommen, weil das Verlassen der Einrichtung nur mit einer Genehmigung der Heimleitung erlaubt war.<sup>168</sup> Insoweit führt der Gerichtshof zudem explizit aus, dass ein Verlassensverbot nicht notwendigerweise physisch, durch Zaun, Stacheldraht oder Tür, durchgesetzt werden muss, um eine Freiheitsentziehung darzustellen, sondern dass auch das Verbot selbst und dessen Sanktionsbewährung in die rechtliche Beurteilung einfließen können und müssen.<sup>169</sup> Dies ist mit Blick auf den Charakter des grundsätzlichen Verbots der Freiheitsentziehung auch überzeugend, denn in seiner abwehrrechtlichen Dimension schützt es Einzelne gerade vor der Entziehung der physischen Freiheit durch staatliche Zwangsmaßnahmen.<sup>170</sup> Wenn eine Nicht-Rückkehr sanktionsbewährt ist, dann wird gerade deutlich gemacht, dass die Aufenthaltsverpflichtung weiterhin besteht und entsprechend jedenfalls psychischer (und rechtlich) Zwang auf die Person ausgeübt wird.

Auch in Zentren, die zur Durchführung des Asylverfahrens dienen sollen, müssen Personen zurückkehren und dürfen diese nur mit Erlaubnis verlassen. Ein Verlassen ohne Genehmigung muss ordnungswidrig sein und würde somit negative Konsequenzen nach sich ziehen. Zwar mag das jeweilige Lager nicht immer mit Stacheldraht abgesperrt sein, das ändert am Verbleibenmüssen und am Verlassensverbot indes nichts.

Mit der Anordnung, das Lager nicht verlassen zu dürfen, und angesichts der Einschränkungen der Bewegungsfreiheit durch das Genehmigungserfordernis, ist also die Schwelle zur Freiheitsentziehung überschritten.

### 5. Zwischenergebnis

Ein Grenzverfahren findet notwendigerweise vor der Einreise statt, deshalb sind die möglichen Orte, an denen ein solches stattfinden kann, begrenzt. Daher müssen Verfahren an einem örtlich eng begrenzten Bereich stattfinden, sodass Grenzverfahren ohne Freiheitsentziehung (=Inhaftierung) nach der Rechtsprechung von Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht vorstellbar sind.

### *III. Grenzverfahren begünstigen Grundrechtsverletzungen*

Es ist dargestellt worden, dass Grenzverfahren ohne Freiheitsentziehung nicht denkbar sind. Es ist nicht Gegenstand des Gutachtens darzustellen, inwiefern andere Grund- und Menschenrechte verletzt werden würden. Indes soll darauf hingewiesen werden, dass Grenzverfahren auch dort, wo sie Grund- und Menschenrechte nicht unmittelbar verletzen, eine solche Rechtsverletzung besonders wahrscheinlich machen.

Die Europäische Union versucht spätestens seit 2016, seit Inkrafttreten der EU-Türkei-Erklärung, Verfahren durchzuführen, die dem Grenzverfahren jedenfalls sehr ähnlich sind. Seitdem waren

<sup>168</sup> EGMR, Urteil vom 17.01.2012, Nr. 36760/06 – *Stanev*, Rn. 101 ff., 124 ff.

<sup>169</sup> Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 28.11.2002, Nr. 58442/00 – *Lavents*, Rn. 63; Urteil vom 28.05.1985, Nr. 8225/78 – *Ashingdane*, Rn. 24, 42; Urteil vom 17.01.2012, Nr. 36760/06 – *Stanev*, Rn. 101 ff., 124 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Starck, Art. 2 Abs. 2 GG, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 6. Auflage 2010, Rn. 190.

Griechenland und die EU nicht in der Lage, EU-Hotspots in europa- und menschenrechtskonformer Weise zu implementieren.

Die Europäische Grundrechteagentur hatte schon 2019 festgehalten, dass „die Bearbeitung von Asylanträgen an den Grenzen, insbesondere wenn sich diese Zentren an relativ abgelegenen Orten befinden, [...] grundrechtliche Herausforderungen [schafft], die fast unüberwindbar erscheinen“.<sup>171</sup>

Besteht kein Zugang zu Rechtsschutz, dann ist es schließlich besonders unwahrscheinlich, dass Menschenrechtsverletzungen überhaupt überprüft werden können. Dies macht Grenzverfahren zum unmittelbaren Rechtsstaatsproblem.

Der EuGH unterstreicht die Aufgabe der Judikative, als Kontrollinstanz für die Exekutive zu fungieren und die korrekte Umsetzung der EU-Rechtsnormen sowie die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit durch die Mitgliedstaaten zu überprüfen. Ohne den Zugang zu einer solchen Kontrolle – mithin der gerichtlichen Überprüfung – besteht die Gefahr, dass Unionsrecht nicht korrekt und wirksam umgesetzt wird, was dem vom Gerichtshof entwickelten Grundprinzip des *effet utile* und im Ergebnis der Rechtsstaatlichkeit zuwiderläuft. Der Gerichtshof bekräftigt immer wieder, dass der „Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der Rechte des Einzelnen [...] ein allgemeiner Grundsatz des EU-Rechts“<sup>172</sup> ist und betont, dass dieser unabhängig von seiner Kodifizierung im Einzelfall ein übergeordneter Grundsatz ist. Beim Ausarbeitungsprozess zu Art. 47 GrCh wurde ausdrücklich auf die bereits vom Gerichtshof entwickelte Rechtsprechung Bezug genommen.<sup>173</sup> Das heißt: Nach dem Verständnis des Gerichtshofs, auf dem das EU-Primärrecht beruht, ist ein wirksamer Rechtsbehelf und eine wirksame gerichtliche Kontrolle einerseits zum Schutz des Einzelnen erforderlich. Andererseits macht der EuGH deutlich, dass Rechtsschutz auch nötig ist, um das Funktionieren des Systems zu gewährleisten und eine rechtsrichtige Umsetzung der rechtlichen Vorgaben – und im Ergebnis den Rechtsstaat – sicherzustellen.

---

<sup>171</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the ‘hotspots’ set up in Greece and Italy, abrufbar unter: <https://bit.ly.co/IvjG>, S. 7.

<sup>172</sup> EuGH, Urteil vom 27.02.2018, C-64/16 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Rn.35

<sup>173</sup> Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union – Text of the explanations relating to the complete text of the Charter as set out in CHARTE 4470/00 CONVENT 47 + COR 1, 20.09.2000, abrufbar unter: <https://bit.ly.co/IvjQ>, S. 34 ff.