

»The travel route through the responsible Dublin state is under serious doubts. The third country's readiness to readmit the applicant has not yet been established and a danger of refoulement to the country of origin therefore prevails. Strong humanitarian reasons, e. g. family unity or serious illness, have to be considered.

The individual applicant could not find safety in the third country, for instance because s/he could be sentenced to the death penalty there, could fall prey to a crime which was not preventable by the third country, could be persecuted or otherwise ill-treated in the third country, have his/her application for asylum ignored/refused for political reasons or, finally, because the situation in the third country, that was previously qualified as safe third country, suddenly changed dramatically, thus becoming unsafe.« (Züfle 2001, S. 124)

In der Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte führte diese unklare juristische Konstellation dazu, dass Klagen gegen Dublin-Bescheide durch Eilanträge auf die aufschiebende Wirkung der Klage ergänzt wurden. Nach Züfle wartete die deutsche Dublin Unit des BAMF in der Regel das Ergebnis des Eilantrages vor der Überstellung ab, obwohl die aufschiebende Wirkung dieser Eilanträge selbst umstritten war (vgl. ebd., S. 124–125)

### 5.2.2 Die Verhandlungen um Dublin II

Schon vor dem Inkrafttreten des Dubliner Übereinkommens deutete Alberto Achermann in einem Buchbeitrag über Schengen und die europäische Asylpolitik an, dass Dublin nur vorläufig als internationaler Vertrag außerhalb des Gemeinschaftsrechts geplant war (vgl. Achermann 1995, S. 79). Die Regierungen der Mitgliedstaaten unterzeichneten 1997 als weiteren Integrationsschritt den Vertrag von Amsterdam. In diesem vergemeinschafteten sie in der sogenannten »dritten Säule« der EU, den Politikbereichen der Justiz- und Innenpolitik, die Migrations- und Asylpolitik. Sie vereinbarten, in diesen Politikbereichen von der Koordinierung der nationalen Politiken zu europäischen Regelungen überzugehen (vgl. Kasperek 2017a, S. 31–32). Artikel 73 k des Vertrages von Amsterdam sah vor, dass das Dubliner Übereinkommen spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam in EU-Recht überführt worden sein sollte.

Der politische Prozess zu dieser Überführung des Dubliner Übereinkommens in Gemeinschaftsrecht startete im Jahr 2000 mit der oben dargestellten Auswertung der ersten Jahre des Dubliner Übereinkommens durch die Kommission (2000). In dieser schlug die Kommission eine Reihe alternativer Ansätze zur Verantwortungsverteilung vor, die das Verantwortungsprinzip ablösen könnten. Unter diesen Alternativen wurde am prominentesten eine Zuständigkeitsverteilung auf Basis des Ortes des ersten Asylantrags vorgestellt:

»There do not appear to be many viable alternatives to the present system. The approach of allocating responsibility according to where the first asylum claim is lodged is at least clear, but it implies a choice between objectives which can be recognised as equally important. This model would certainly provide the basis for a clear and workable system in relation to the objectives of speed and certainty, avoiding refugees in orbit, tackling multiple asylum applications and ensuring family unity. But it would rely on harmonisation in other areas such as asylum procedures, reception conditions, interpretation of the refugee definition and subsidiary protection to reduce any perceived incentives for asylum applicants to choose between Member States when lodging their application.« (Ebd., Abs. 59)

Damit öffnet die Kommission zehn Jahre nach der politischen Richtungsentscheidung von 1990 ein weiteres Mal die Diskussion um einen grundlegend anderen Ansatz für Dublin und stellt damit den konservativen Kompromiss vor den Verhandlungen um die Aufnahme Dublins in den Acquis der EU zur Disposition. Am 19. Januar 2001 übersandte der UNHCR eine Stellungnahme zum Dubliner Übereinkommen an die Asylum Working Party des Rates, in der er sich für einen Wechsel zu einer Variante des Zuständigkeitsverteilungssystem auf Basis des Ortes der ersten Asylantragsstellung aussprach (UNHCR 2001, S. 2). Dieser Position schlossen sich internationale NGOs wie Amnesty International und der Europäische Flüchtlingsrat ECRE an (vgl. Aus 2006, S. 20).

Das eigentliche Gesetzgebungsverfahren startete im Juni 2001 mit einem Gesetzesvorschlag der Kommission für eine neue »Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist« (Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2001). In diesen Gesetzesvorschlag übernahm die Kommission die Grundzüge des alten Übereinkommens (vgl. ebd., S. 6) und traf damit eine Vorentscheidung zu Gunsten des alten Systems.

Um angenommen zu werden brauchte der Gesetzesvorschlag die einstimmige Zustimmung so gut wie aller Mitgliedstaaten im Rat der Europäischen Union:

»The Commission's staff knew that its legislative proposal would need to find the unanimous approval of twelve to fourteen Member States' governments (EU 15 minus Denmark and possibly minus Ireland and the United Kingdom).« (Aus 2006, S. 18)

Wie schon dargestellt gab es unter den Unterzeichnerstaaten des Übereinkommens keinen stabilen Konsens für Dublin. Dieser Dissens manifestierte sich auch in den Verhandlungen, in erster Linie durch starken Widerstand einiger südlicher Mitgliedstaaten zu dem bis dahin gültigen Konzept von Dublin. So signalisierten auf einen Treffen der Asylum Working Party des Rates am 01. und 02. Oktober 2001 die Delegationen von Italien und Griechenland starke Vorbehalte. Diese Vorbehalte be-

zogen sich unter anderem auf Artikel 10 des Vorschlages der Kommission, welcher die Zuständigkeit auf der Grundlage des illegalisierten Grenzübertritts regelte (Council of the European Union 2001, S. 23; vgl. Aus 2006, S. 19). Die italienische Delegation begründete ihre Vorbehalte mit dem Satz:

»Member States' duty to guard their borders should not be confused with determining the Member State responsible for examining an asylum application.« (Council of the European Union 2001, S. 13)

Anfang 2002 übernahm mit Spanien ein südlicher Grenzstaat die Ratspräsidentschaft. Dadurch kam Bewegung in die ratsinterne Auseinandersetzung um den Kommissionsvorschlag für Dublin II. In der Rolle der Ratspräsidentschaft lancierte die spanische Delegation eine als »Kompromissvorschlag« (Rat der Europäischen Union 2002b, S. 1; vgl. Aus 2006, S. 20) betitelte Variante des Kommissionsvorschlags, in dem Artikel 10 und 11 vertauscht waren. Weil bei der Zuständigkeitsverteilung die Artikel in hierarchischer Reihenfolge angewandt werden und der erste anwendbare Artikel die Zuständigkeit verteilt, macht eine solche Veränderung der Reihenfolge einen großen Unterschied. Im Vorschlag Spaniens ging es nicht um irgendwelche Artikel, sondern um das Herz der Zuständigkeitsverteilung. Vor den alten Artikel 10, an dem sich der Widerstand der italienischen und griechischen Delegation festmachte und der die Zuständigkeit auf der Basis des illegalisierten Grenzübertritts regelte, wurde ein Artikel geschoben, dessen Kernsatz sich wie folgt liest:

»Responsibility for examining the asylum application of a third-country national not subject to a visa requirement shall lie with the Member State in which he lodges his application.« (Rat der Europäischen Union 2002b, S. 12)

Während die italienische und griechische Delegation diesen Vorschlag begrüßten, provozierte er starken Widerspruch unter anderem der Delegationen aus Deutschland, den Niederlanden, Schweden und Großbritannien, die sich für die alte Reihenfolge aussprachen (vgl. Rat der Europäischen Union 2002a, S. 15; vgl. Aus 2006, S. 21). Dieser Konflikt zwischen den Mitgliedstaaten an den südlichen Grenzen und den Kernstaaten des Schengenraums konnte auf den folgenden Treffen des Rates nicht gelöst werden – die Verhandlungen waren blockiert.

In der Zwischenzeit war die Ratspräsidentschaft auf Dänemark übergegangen, dessen Regierung kurz zuvor durch eine starke Verschärfung der Asylgesetze aufgefallen war (vgl. Aus 2006, S. 24–25). Der dänischen Ratspräsidentschaft gelang es trotz des Dissens zwischen den Delegationen einen formalen Konsens unter den Mitgliedstaaten zu organisieren. Die Abstimmung wurde mit dem sogenannten »Verfahren der stillschweigenden Zustimmung« (Generalsekretariat des Rates der

Europäischen Union 2016, S. 66–67) durchgeführt, das für eine solche Abstimmung formal nicht zulässig war. Aus zitiert in seinem Artikel über die Verhandlungen zu Dublin II einen nicht weiter spezifizierten Teilnehmer des Ratstreffens vom 28.11.2002, der einen Einblick in das verfahrensrechtliche Kalkül hinter dieser Entscheidung gibt:

»With the help of the [Council] Legal Service, and also the Danish ambassador, someone asked at that moment: ›Can we not do a written procedure?‹ And the answer was: ›Well no, because the written procedure is a *formal* thing for adoption. But we can do a parallel thing: an *informal* one – the same thing, but *informally*, for a political agreement, that can always be done!‹, and that's what we did.« (Zitiert nach Aus 2006, S. 30, Herv. i. Orig.)

Weil die Abstimmung nicht als die offizielle, förmliche Abstimmung über den Gesetzesentwurf gerahmt wurde, war die Ratspräsidentschaft in ihrer Verfahrensleitung nicht an die formalen Abstimmungsregeln gebunden, die dieses Verfahren in diesem Fall ausgeschlossen hätten. Das Sekretariat des Rates verschickte auf Anweisung der Ratspräsidentschaft ein Fax an die Ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten, unter anderem mit der folgenden Textpassage:

»Following the report from the Presidency on the JHA Council of 28 November 2002, the text of the above mentioned proposal for a Council Regulation and the draft minutes to the Council minutes ... shall be deemed agreed in the absence of comments by delegations by noon, Friday, 6 December 2002.« (Zitiert nach ebd., S. 30)

Es gab es nie eine Antwort einer Ständigen Vertretung auf dieses Fax. Damit löste die dänische Ratspräsidentschaft die Blockade der Verhandlungen um Dublin II zugunsten der Position der Kernstaaten auf. Das Kalkül hinter diesem informellen Abschiebeverfahren wird in einem weiteren anonymen Interviewzitat im Artikel von Aus beschrieben:

»So we gave them a week, but it was a silent procedure. Politically, if someone opposed, he had to say so. That was the key! If we would have had a formal written procedure, the outcome would have been to the contrary! First of all, it would have been for [formal] adoption, and [in this case] they are obliged to answer Yes, No, or Abstention. But here, being informal, because it was used to confirm a political agreement, the genius was to say: ›If you oppose, say so!‹« (Zitiert nach ebd., S. 30–31)

Der dänischen Ratspräsidentschaft gelang damit das fragwürdige Kunststück, durch das Ausreizen verfahrensrechtlicher Grauzonen einen informellen Konsens

zu produzieren, wo eigentlich politischer Dissens herrschte. Dieser informelle Konsens wäre ein irrelevantes Detail in der Geschichte Dublins, wenn er nicht tatsächlich so verbindlich gewirkt hätte, dass die darauf folgende formelle Abstimmung reibungslos ablief. Der Gesetzestext für die Dublin-Verordnung wurde am 18.02.2003 im Rat für Wirtschaft und Finanzen (ECOFIN) formal angenommen und trat im März 2003 in Kraft. (vgl. ebd., S. 31)

Erklärungsbedürftig bleibt an dieser Stelle, warum Griechenland, Italien und auch Spanien sich auf diese Volte der Ratspräsidentschaft erstens eingelassen und sich zweitens ihrem Ergebnis verpflichtet gefühlt haben. Aus erklärt dies durch eine nach seiner Darstellung im Bereich der Innenpolitik für Gesetzgebungsprozesse typischen Abfolge von zwei Phasen mit jeweils eigenen institutionellen Logiken: auf die *phase of purposive-rational intergovernmental exchange* folgte die *phase of value-rational adherence to institutionalized rules* (ebd., S. 36). In der ersten Phase verhandelten die Delegationen im Interesse ihrer Staaten und produzierten eine kaum aufzulösende Pattsituation in den Verhandlungen. Mit dem Übergang zu dem informellen Verfahren der »stillschweigenden Zustimmung« gingen die Verhandlungen dann aber in die zweite Phase über, in der die institutionellen Regeln des Rates überwogen:

»In accordance with the logic of appropriateness, however, the initial opponents of Dublin II exercised an institutionally expected degree of self-restraint during the silent procedure. They did not ›rock the boat‹ – even though they did not applaud the ›compromise proposal‹ presented by the Danish Presidency either. Nevertheless, both the proponents and increasingly isolated critics of Dublin II were, to borrow a term coined by Ernst B. Haas half a century ago, fully ›engaged‹ with the Council and adhered to its informal code of conduct. Speaking up during the silent procedure would have been perceived as inappropriate behavior. The appropriate thing to do, on the other hand, was to gracefully accept the unavoidable and to silently drop all remaining reservations.« (Ebd., S. 34)

Aus legt damit eine eindrucksvolle Beschreibung davon vor, wie die entgegengesetzten politischen Kräfte innerhalb des Rates anhand ungeschriebener Regeln prozessiert werden. Auch wenn man dem Argument folgen wollte, dass diese institutionellen Gepflogenheiten einen großen Einfluss haben, bin ich nicht überzeugt, dass sich die Auflösung der Blockade in den Verhandlungen allein mit einem Phasensprung im Verhandlungsprozess in Kombination mit den institutionellen Regeln des Rates erklären lassen.

Die Bedeutung dieser Verhandlungsrunde lag für Dublin auf einem anderen Niveau als die der Verhandlungen um kommende Veränderungen der Verordnung. Durch die Aufnahme des Dubliner Übereinkommens, also eines internationalen Vertrages, in den Aquis der EU und damit seine Umwandlung in eine gemeinschaftsrechtliche Verordnung wurde Dublin tief in der EU verankert. Der

entschlossene Widerstand von Italien, Griechenland und Spanien gegen den Kommissionsvorschlag formierte sich in der historischen Situation, in der die in Relation zu den Kernstaaten politisch schwachen Südstaaten durch das Verfahren der Konsensentscheidungsfindung im Rat eine historisch seitdem einmalig starke Verhandlungsposition hatten – im Unterschied zu den Verhandlungen um Dublin III konnten sie im Rat nicht einfach durch die mächtigeren Zielstaaten überstimmt werden. Die Verhandlungen um Dublin II waren der Moment, in dem die Verankerung Dublins im Gemeinschaftsrecht der EU hätte verhindert werden können. Eine Erklärung alleine durch einen »informal code of conduct« erscheint vor diesem Hintergrund unzureichend.

Es ließe sich mutmaßen, dass auch andere Faktoren zu dieser Entscheidung geführt haben. Befürworter\*innen Dublins könnten den oppositionellen Staaten zum Beispiel durch die Einrichtung des Europäischen Flüchtlingsfonds (vgl. Rat der Europäischen Union 2007; Thielemann 2005) oder Zugeständnisse in anderen Politikbereichen, z. b. dem des »Kampfes gegen illegale Einwanderung« (Aus 2006, S. 23, eigene Übersetzung), entgegen gekommen sein. Durch die Verknüpfung der Einigung auf Dublin mit weitergehenden Prozessen der europäischen Integration ist davon auszugehen, dass die politischen Kosten für eine Aufrechterhaltung der Blockade für die oppositionellen Staaten zu hoch waren. Darüber hinaus waren gerade vor dem Hintergrund der schleppenden Umsetzung Dublins die Auswirkungen einer Zustimmung zu Dublin II aus der damaligen Perspektive der Mitgliedstaaten leicht zu unterschätzen. Mit Blick auf diese Überlegungen gehe ich davon aus, dass die Kombination all dieser Faktoren mit unterschiedlichem Gewicht zu der Einigung auf die Dublin-Verordnung geführt haben. Dublin war in den ersten Jahren seiner Umsetzung auf allen Ebenen umkämpft, zwischen Behörden und Asylsuchenden, zwischen den Mitgliedstaaten, den Verwaltungsgerichten und Behörden. Ungeachtet dessen wurde es durch seine Umwandlung in eine europäische Verordnung tief in den Aquis der EU eingebaut.

### 5.3 2003–2011: Dublin II, Eurodac und systemische Mängel

Diese Verankerung Dublins im Gesetzeskorpus der EU hatte eine ganze Reihe von entscheidenden Konsequenzen. Ab jetzt war die Umsetzungspraxis der Behörden der Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes unterworfen, welcher Auslegungsdifferenzen und Konflikte durch bindende Urteile beilegen und unter Sanktionsdrohungen mit Nachdruck durchsetzen konnte. Wer in die EU eintreten wollte, musste die Dublin-Verordnung umsetzen. Die Regierungsvertreter\*innen sicherten Dublin dadurch gegen zukünftigen politischen Dissens zwischen den Mitgliedstaaten ab und entzogen es der unmittelbaren Konjunktur politischer Kämpfe.