

Dominik Bender

Die mündliche Verhandlung in Sachen „Dublin-II-Verordnung“ vor dem Bundesverfassungsgericht

Auch ohne Entscheidung ist nichts mehr so wie vorher

Donnerstag, 28.10.2010, 10 Uhr. Zum ersten Mal, seitdem der sog. Asylkompromiss¹ vom Bundesverfassungsgericht nach mündlichen Verhandlungen im Winter 1995/1996 für verfassungskonform erklärt wurde,² zum ersten Mal also seit fast 15 Jahren, geht es in einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht wieder um Asylrecht. Und eigentlich geht es – fokussiert man unter den drei Entscheidungen zum „Asylkompromiss“ auf die sog. Sichere-Drittstaaten-Entscheidung – sogar um ganz ähnliche Rechtsfragen: Drehte sich die verfassungsrechtliche Diskussion seinerzeit u.a. um die Frage, ob die Abschiebung eines Asylsuchenden in einen sicheren Drittstaat³ entgegen der Anordnung des Art. 16a Abs. 2 S. 3 GG⁴ doch durch Eilrechtsschutz ausgesetzt werden darf, so geht es diesmal um die Frage, ob die Abschiebung in einen nach der Dublin-II-VO⁵ für einen Asylsuchenden zuständigen Staat entgegen der Regelung des § 34a Abs. 2 AsylVfG⁶ doch im Wege einer einstweiligen Anordnung suspendiert werden darf. Was an der mündlichen Verhandlung im Oktober 2010 aber anders ist als an der Situation vor 15 Jahren: Nach der Verhandlung bleibt eine Entscheidung des

- 1 Die mit Gesetz vom 28.6.1993 (BGBl. I S. 1002) vom Bundestag mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossene weitreichende Neuregelung des Asylrechts kam nur mit Stimmen aus der Oppositionspartei SPD zustande (daher „Kompromiss“).
- 2 Vgl. die Entscheidungen des BVerfG vom 14.5.1996 zur Sichere-Drittstaaten-Regelung (NVwZ 1996, 700 ff.), zur Sichere-Herkunftsstaaten-Regelung (NVwZ 1996, 691 ff.) sowie zum Flughafenasyilverfahren (NVwZ 1996, 678 ff.).
- 3 Durchquert ein Asylsuchender auf seiner Flucht nach Deutschland einen sicheren Drittstaat, so ist er gem. Art. 16a Abs. 2 Satz 1 u. 2 GG i.V.m. § 26a Abs. 1 Satz 1 u. 2 AsylVfG vom Asylrecht aus Art. 16a Abs. 1 GG ausgeschlossen. Ob ihm auch der Flüchtlingsstatus nach § 60 Abs. 1 AufenthG oder der subsidiäre Schutz nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG versagt werden kann, hängt davon ab, ob eine Abschiebung in den sicheren Drittstaat, über den die Einreise erfolgte, auch tatsächlich möglich ist. Die sicheren Drittstaaten sind teilweise durch die Verfassung (vgl. Art. 16a Abs. 2 Satz 1: „[...] wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften [...] einreist [...]“) festgelegt und teilweise durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf (vgl. Anlage I zum AsylVfG: „Norwegen, Schweiz“).
- 4 Mit dieser Norm wurde als Pendant zur Schutzbereichsbeschränkung des Art. 16a Abs. 2 Satz 1 u. 2 GG auch eine Rechtsschutzbeschränkung eingeführt, die lautet: „In den Fällen des Satzes 1 können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden.“ Diese Formulierung darf wohl gemerkt nicht als Anordnung der sofortigen Vollziehung i.S.v. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO aufgefasst werden, sondern stellt ein Verbot an die Verwaltungsgerichte dar, die generell überhaupt keinen Eilrechtsschutz gewähren dürfen.
- 5 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. L 50/1 vom 25.2.2003.
- 6 Der Anwendungsbereich von § 34a AsylVfG, der zuvor nur für Fälle der Abschiebung in sichere Drittstaaten (§ 26a AsylVfG) galt, wurde 2007 durch das sog. Richtlinienumsetzungsgesetz (BGBl. I S. 1970) auch auf die Abschiebung in einen nach der Dublin-II-VO für einen Asylsuchenden zuständigen Staat (§ 27a AsylVfG) erweitert. Aus § 34a Abs. 2 AsylVfG ergibt sich seitdem, dass „die Abschiebung [in einen für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Staat (§ 27a)] nicht nach § 80 oder § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung ausgesetzt werden [darf]“.

Bundesverfassungsgerichts aus. Denn zweieinhalb Monate später, am 18.1.2011, wird dem Verfassungsbeschwerdeverfahren die Grundlage entzogen, indem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) – offenbar auf Drängen des Bundesverfassungsgerichts hin⁷ – dem Betroffenen zusichert, dass er nicht nach Griechenland abgeschoben wird. Eine Woche später stellt das Bundesverfassungsgericht das Verfahren als erledigt ein. Argument: „Die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen lediglich abstrakt zu klären, ist nicht angezeigt.“⁸

Sollte nach einem enormen, sich fast drei Jahre entwickelnden Spannungsbogen auf diese Weise die rechtliche Diskussion offen bleiben und an dem Punkt enden, von dem sie ausgegangen war? Sollte sich das Bundesverfassungsgericht tatsächlich mit der Erledigterklärung „aus dem Grundrechtsschutz für Flüchtlinge herausgeschlichen“ (Heribert Prantl)⁹ bzw. „durch das Katzenloch davongestohlen“ (Rechtsanwalt Reinhard Marx)¹⁰ haben? Egal, wie man das konkrete Ende des Verfassungsrechtsstreits einordnen mag, eins dürfte jedenfalls klar sein: Nach der Verhandlung ist in diesem Fall nicht vor der Verhandlung. Denn: Nach dieser Verhandlung ist auch ohne Entscheidung nichts mehr wie vorher.

Zur Erläuterung dieser Einschätzung und um mögliche Erkenntnisse aus der Verhandlung festzuhalten, sollen ihr Ablauf und Inhalt im Folgenden nachgezeichnet werden. Dabei ist anzumerken, dass Ablauf und Inhalt so wiedergegeben werden, wie sie der Autor als aufmerksamer Zuhörer subjektiv wahrgenommen und sich auf der Grundlage seiner schriftlichen Aufzeichnungen in Erinnerung gerufen hat. Es wird der Versuch unternommen, die an der Verhandlung beteiligten Personen sinngemäß wiederzugeben. Da Tonbandaufnahmen während der Verhandlung untersagt sind, kann aber nicht der Anspruch erhoben werden, dass jegliche Ungenauigkeiten oder Interpretationsfehler ausgeschlossen sind.

A. Verfahrensrechtliche Entwicklung bis zur mündlichen Verhandlung

Der Eilrechtsschutzausschluss, wie er in § 34a Abs. 2 AsylVfG für Dublin-Abschiebungen vorgesehen ist,¹¹ war vom Gesetzgeber 2007 nicht neu erfunden worden. Er war vielmehr angelehnt an den bereits eingangs angesprochenen Eilrechtsschutzausschluss, der mit dem „Asylkompromiss“ viele Jahre zuvor in Bezug auf die Abschiebung in sichere Drittstaaten als Art. 16a Abs. 2 S. 3 ins Grundgesetz eingefügt wurde.¹² Das Bundesverfassungsgericht erklärte den Eilrechtsschutzausschluss damals im Anwendungsbereich der Abschiebungen in sichere Drittstaaten für verfassungskonform, wenn und soweit im Urteil näher formulierte Ausnahmen berücksichtigt werden.¹³ Die Gewähr von Eilrechts-

7 Vgl. Pressemitteilung des BVerfG Nr. 6/2011 vom 26. Januar 2011: „Bereits unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung hatte der Senat beim Bundesministerium des Innern angeregt zu prüfen, ob von dem Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht und damit das Verfahren erledigt werden könnte.“

8 BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, Az. 2 BvR 2015/09 = EuGRZ 2011, 94f.; Hintergrund dieser Argumentation ist, dass das BAMF außerdem ankündigte, in allen anderen rechtshängigen Verfahren sowie für die Dauer von einem Jahr auch sonst vollständig auf Griechenland-Abschiebungen zu verzichten.

9 SZ vom 26.1.2011.

10 Auf den Hohenheimer Tagen zum Ausländerrecht im Rahmen eines Vortrages am 30.1.2011.

11 Vgl. zu § 34a Abs. 2 AsylVfG Fn. 6 sowie den Aufsatz von *Böblo/Dolk* in diesem Heft, dort Abschnitt 4; *Funke-Kaiser* charakterisiert die Regelung im GK-AsylVfG, Stand: November 2007, § 34 a, Rn. 86, anschaulich als „Sachentscheidungsverbot“.

12 Überwiegende Teile der Rechtsprechung wandten den Eilrechtsschutzausschluss, der den Sichere-Drittstaaten-Kontext betraf, übrigens schon vor der Gesetzesänderung von 2007 auf Dublin-Sachverhalte an.

13 BVerfG NVwZ 1996, 700 [705f.].

schutz ist nach diesen Ausnahmen doch zulässig, wenn der Asylsuchende einen der folgenden Punkte glaubhaft macht:

- (1) konkret drohende Todesstrafe in dem Drittstaat;
- (2) fehlende Möglichkeit des Drittstaats zu verhindern, dass der Betroffene dort nach seiner Ankunft Opfer eines Verbrechens wird;
- (3) plötzliche Änderung der Verhältnisse in dem Drittstaat und Ausstehen einer gebotenen Reaktion der Bundesregierung nach § 26a Abs. 3 AsylVfG hierauf;
- (4) Drittstaat ist in dem konkreten Fall selbst Verfolgerstaat;
- (5) konkrete Gefahr, dass der Drittstaat sich des Betroffenen ohne jede Prüfung des Schutzgesuchs entledigt.

Begründet wurden diese Fallgruppen damit, dass sich der verfassungsändernde bzw. der einfache Gesetzgeber zwar immer dann, wenn er Staaten zu „sicheren Drittstaaten“ erkläre, vergewissere, dass in diesen Staaten auch wirklich die fundamentalen Grundprinzipien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) eingehalten würden. Diesem sog. Prinzip der normativen Vergewisserung seien aber naturgemäß Grenzen gesetzt. Die Ausnahmefallgruppen würden diese Grenzen konkretisieren, weshalb in diesen Fällen ausnahmsweise Eilrechtsschutz zulässig sein soll. Es war nun – soweit ersichtlich – unstrittig, dass in Fällen des § 34a Abs. 2 AsylVfG, in denen es um eine Abschiebung auf der Grundlage der Dublin-II-VO ging, (mindestens) die gleichen Ausnahmen gelten sollten, wie sie das Bundesverfassungsgericht für die Abschiebung auf der Grundlage der Sichere-Drittstaaten-Regelung formuliert hatte. Es war allerdings – soweit ersichtlich – ebenso unstrittig, dass keine der vom Bundesverfassungsgericht 1996 formulierten fünf Ausnahmefälle auf die Situation, mit der Asylbewerber in Griechenland konfrontiert sind und waren,¹⁴ zutrif. Die unterinstanzliche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zog hieraus unterschiedliche Konsequenzen. Eine Gruppe von Gerichte sagte: Der Katalog von Ausnahmefällen ist um eine sechste, unbenannte Gruppe, die die Situation in Griechenland erfasst, zu erweitern, und Eilrechtsschutz ist damit zulässig und möglicherweise auch begründet.¹⁵ Eine andere Gruppe entschied: Es findet keine Erweiterung des Katalogs an Ausnahmefällen statt, und Eilrechtsschutz ist daher in Griechenlandfällen von vornherein ausgeschlossen.¹⁶ Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zerfiel auf diese Weise in den sog. Griechenland-Fällen in einer vermutlich ziemlich einmaligen Weise binnen kürzester Zeit nach Einführung des Eilrechtsschutzausschlusses und nach Bekanntwerden der Verhältnisse in Griechenland in zwei große, unversöhnliche Lager: Die einen setzten Griechenland-Überstellungen grundsätzlich aus, die anderen grundsätzlich nicht. 161:103 – so die Statistik der Bundesregierung allein für die Spruchpraxis im Jahr 2009¹⁷ – stand es in diesem historischen Meinungswettkampf. Es war klar, dass das Bundesverfassungsgericht in der einen oder anderen Weise früher oder später würde versuchen müssen, Rechtsklarheit zu schaffen.

Nach einigen Nichtannahmebeschlüssen untersagte das Bundesverfassungsgericht schließlich am 8.9.2009 in einem Fall, in dem das OVG Münster die Ab-

14 Die Situation in Griechenland fassen *Kopp/Pelzer* im Asylmagazin 12/2009, 3 ff. zusammen.

15 Vgl. insofern die beiden richtungweisenden Beschlüsse VG Frankfurt, 11.1.2008, Az. 7 G 3911/07.A = NVwZ-RR 2008, 354f. (noch ablehnend) und VG Gießen, 25.4.2008, Az. 2 L 201/08.GI.A = InfAuslR 2008, 327 ff. (erstmalig stattgebend).

16 Beispielhaft für diesen Teil der Rechtsprechung sei das VG Kassel genannt, das noch mit Datum vom 7.9.2010 – also fast ein Jahr nach dem ersten verfassungsgerichtlichen Aussetzungsbeschluss vom 8.9.2009 (s. Fn. 18) – Eilrechtsschutz gegen Griechenland-Abschiebungen versagte (Az. 3 L 1174/10.KS.A.).

17 BT-Drs. 17/1133, S. 10 ff.

schiebung eines irakischen Asylbewerbers nach Griechenland im Eilverfahren noch für zulässig erklärt hatte, per einstweiliger Anordnung nach § 32 BVerfGG vorläufig seine Abschiebung.¹⁸ Es sollte nicht die einzige Anordnung dieser Art bleiben, vielmehr sind mindestens zwölf weitere Eilbeschlüsse bekannt geworden.¹⁹ Als Beweggrund für seine Aussetzungsentscheidungen teilte das Bundesverfassungsgericht mit, dass es die Frage für klärungsbedürftig halte, ob „*die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 [...] zu Art. 16a Abs. 2 GG entwickelten Vorgaben zu den verfassungsrechtlich gebotenen Ausnahmen vom Ausschluss des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Abschiebung von Asyl-antragstellern in für die Behandlung des Asylbegehrens zuständige Drittstaaten zu präzisieren sind, und [...] ob Fallkonstellationen denkbar sind, in denen die Abschiebung eines Asylantragstellers in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union im vorläufigen Rechtsschutz ausgesetzt werden darf*“.²⁰ Das höchste deutsche Gericht deutete damit an, dass der Eilrechtsschutzausschluss und seine Grenzen auf den Prüfstand kommen sollten. Die Haltung derjenigen Verwaltungsgerichte, die angesichts der Situation in Griechenland Eilrechtsschutz gewährt hatten, stieß beim Bundesverfassungsgericht also nicht (mehr) von vornherein auf Ablehnung.

Das verfahrenstechnisch Besondere an dem Verfassungsbeschwerdegegenstand war, dass es jeweils nur um den ablehnenden (ober-)verwaltungsgerichtlichen Eilbeschluss ging. Das Verfassungsgericht hatte sich also grundsätzlich nur den Fragen zu widmen, die sich während des fachgerichtlichen Eilverfahrens stellen, und es wählte nun den ersten Fall aus der Serie seiner eigenen Eilbeschlüsse aus, um über ihn am 28.10.2010 öffentlich zu verhandeln.

B. Verhandlungsverlauf

So wie das gute Dutzend verfassungsgerichtlicher Aussetzungsbeschlüsse ließ auch die vom Gericht am 17.9.2010 veröffentlichte Verhandlungsgliederung²¹ bereits im Vorfeld deutlich werden, dass die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der mündlichen Verhandlung eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Lösungsweg suchen wollten, den die unterinstanzliche Rechtsprechung, die Griechenland-Abschiebungen aussetzte, in den zweieinhalb Jahren seit dem ersten verwaltungsgerichtlichen Aussetzungsbeschluss mehr und mehr ausgefeilt hatte, und für dessen Ergebnis – die Gewährung von Eilrechtsschutz – ihnen eine gewisse Grundsympathie offenbar nicht fern lag. Die einführenden Worte des berichterstattenden Verfassungsrichters *Gerhardt* zu Beginn der Verhandlung sollten diesen Eindruck verstärken.

Gerhardt ging nach einer kurzen Darstellung der Rechtsauffassungen der Beteiligten zu einer Zusammenfassung über, wie wichtige andere Rechtsinstitutionen in Europa auf die Lage in Griechenland reagiert hätten. Er verwies auf den EGMR, der sich zwar noch im Jahr 2008 in der Entscheidung *K.R.S. ./.* GBR zurückhaltend zu möglichen Konsequenzen aus der Situation in Griechenland geäußert habe,²² der sich in der Folgezeit dann aber in etwa 600 Fällen mit einstweiligen Maßnahmen gegen die Abschiebung von Asylbewerbern nach Grie-

18 BVerfG, Beschluss vom 8.9.2009, Az. 2 BvQ 56/09 = EuGRZ 2009, 540 = DVBl. 2009, 1304f. = NVwZ 2009, 1281.

19 Abrufbar unter www.asyl.net.

20 Pressemitteilungen des BVerfG Nr. 103/2009 vom 9.9.2009 und Nr. 137/2009 vom 9.12.2009.

21 Pressemitteilung Nr. 78/2010 vom 17.9.2010.

22 EGMR, Entscheidung vom 2.12.2008, Az. 32733/08 = NVwZ 2009, 965 ff.

chenland gewendet habe.²³ Er verwies weiterhin auf die Vorlage des Court of Appeal von England und Wales an den EuGH, die sich um die Frage der Zulässigkeit von Abschiebungen nach Griechenland dreht,²⁴ und die damit einhergehende Entscheidung der britischen Regierung vom 20.9.2010, dass vorerst keine weiteren Überstellungen nach Griechenland stattfinden würden. Auch in Schweden,²⁵ Österreich,²⁶ Italien,²⁷ Frankreich²⁸ und der Schweiz²⁹ würden die Bedenken gegen Überstellungen nach Griechenland von hohen und höchsten Gerichtsinstanzen geteilt. Als Gesichtspunkt führte er in diesem Zusammenhang auch ein, dass das Bundesverfassungsgericht „nur“ 13 einstweilige Anordnungen habe erlassen müssen, weil die Verwaltungsgerichte inzwischen der in den Eilbeschlüssen zum Ausdruck kommenden Haltung des Bundesverfassungsgerichts ganz überwiegend folgen würden.

Die selbstbewusste Bezugnahme auf die Zustimmung seitens der unterinstanzlichen Rechtsprechung für die eigenen Eilaussprüche und die ausführliche Aufzählung der höchstrichterlichen Entscheidungen aus anderen europäischen Ländern erweckten den Anschein, als würde das Gericht nicht mehr hinter das zurückfallen wollen, was es in den 13 Eilbeschlüssen an neuen Rechtsschutzmöglichkeiten angedeutet hatte. Aus dem weiteren Verhandlungsablauf ergaben sich aber noch zusätzliche Eindrücke.

1. Die Dramatik der tatsächlichen Situation in Griechenland steht außer Frage

Auch wenn offenbar in der Vorbesprechung des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten eine klare Vorgabe ausgesprochen worden war, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung über die tatsächlichen Verhältnisse in Griechenland nicht gewünscht sei, und auch wenn der Vorsitzende Richter des Zweiten Senats *Vofskuble* in seinen einleitenden Worten noch einmal einen ähnlichen Hinweis gab, so ließ sich das Thema doch letztlich nicht vollständig ausklammern. Insbesondere die Bevollmächtigten der Bundesregierung, der damalige Bundesinnenminister *De Maizière* und der Konstanzer Professor *Hailbronner*, gaben an zahlreichen Stellen Einschätzungen über die tatsächliche Situation ab. Dieser Umstand barg aber die Möglichkeit, Einblicke in die Meinungsbildung, die bis zu diesem Zeitpunkt beim Gericht stattgefunden hatte, zu gewinnen. Als Zuhörer konnte man in diesem Zusammenhang eigentlich nur den Eindruck gewinnen, dass die Dramatik der dortigen Situation seitens des Gerichts nicht in Frage gestellt wird.

An Einschätzungen seitens der Bundesregierung konnte man im Verlauf der Verhandlung vernehmen, dass

- es in Griechenland unstrittig „Schwierigkeiten und Unregelmäßigkeiten“ gebe (*De Maizière*),
- die Lage dort „nicht schön“ sei (*De Maizière*),
- die Bundesregierung die Lage ernst nehme (*De Maizière*),

23 Vgl. Factsheet – „Dublin cases“ des EGMR, abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/>.

24 Vorabentscheidungsersuchen vom 18.8.2010, ABl. C 274/21 vom 9.10.2010. Die mündliche Verhandlung vor dem EuGH fand am 28.6.2011 statt, die Schlussanträge der Generalanwältin sind für den 22.9.2011 angesetzt.

25 Entscheidung des Migrationsgerichts Malmö vom 6.9.2010, Az. unbekannt.

26 VfGH vom 7.10.2010, Az. U 694/10-19 = Asylmagazin 2010, 426f.

27 Consiglio dello stato, Entscheidung vom 3.2.2009, Az. 666, 667 und 668.

28 Conseil d'Etat, Entscheidung Nr. 339478 und 339479 vom 20.5.2010.

29 BVGer, Urteil vom 2. Februar 2010, Az. E-5841/2009. Erläuterungen zu der Entscheidung gibt *Hruschka*, Asylmagazin 2010, 108 ff.

- „Griechenland Hilfe braucht, Griechenland Hilfe erbittet und Griechenland Hilfe kriegt“ (*De Maizières*),
- sich viele Organisationen, die sich zur Situation in Griechenland geäußert hätten, einerseits „wechselseitig zitieren“, andererseits aber auch „widersprechen“ würden (*Hailbronner*),
- der Beschwerdeführer zu den Tatsachen, die für die Möglichkeit der Verletzung seiner Grundrechte im Falle einer Abschiebung nach Griechenland sprechen könnten, nicht ausreichend vorgetragen habe (*Hailbronner*).

Insbesondere die Formulierungen *De Maizières*, die Situation in Griechenland sei „nicht schön“, und die Kritik *Hailbronners*, der Beschwerdeführer habe es an Tatsachenvortrag bzgl. der von ihm befürchteten Rechtsverletzungen fehlen lassen, blieben nicht unkommentiert. So äußerte *Voßkuhle* in Replik auf die Ausführungen von *Hailbronner*, dass in Bezug auf Griechenland die These von einem Zusammenbruch des Asylsystems wohl berechtigt sein dürfte. Weiterhin betonte er, dass gewissermaßen als Minimalkonsens die Feststellung gelten müsse, „dass die Situation in Griechenland prekär ist“. Verfassungsrichter *Landau* schien eine gewisse Verwunderung zum Ausdruck bringen zu wollen, dass die Bundesregierung einerseits die zahlreichen vorliegenden Berichte kritisiere, selbst aber kaum schriftliche Ausführungen zur – nach ihrer Ansicht ja nicht so dramatischen – tatsächlichen Situation mache. Er forderte die Regierung auf, die tatsächliche Situation in Griechenland genauer zu beschreiben. Seines Erachtens spreche vieles z.B. dafür, dass es keinen funktionierenden Zugang zum Rechtsschutz in Griechenland gebe. Verfassungsrichter *Di Fabio* wiederum sprach von einer „verdichteten Verdachtssituation“ für rechtsstaatlich mangelhafte Asylverfahren.

Nimmt man zu diesen Äußerungen noch hinzu, dass *Gerhardt* bereits in seiner Einführung zu Beginn der Verhandlung nach einer zusammenfassenden Darstellung der Berichte über die tatsächliche Lage in Griechenland den Hinweis anschloss, dass der „Verdacht begründet sein könnte, dass Standards nicht eingehalten werden und es eine massive Überforderung der griechischen Behörden gibt“, scheint die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Lage dort für dramatisch hielt und nicht bereit war, dies ernsthaft in Frage zu stellen.

2. Die „europarechtliche Lösung“ stößt auf Ablehnung

Was die schon angesprochene Verhandlungsgliederung bereits einen Monat vor der Verhandlung ebenfalls andeutete, machte der Verlauf der mündlichen Verhandlung dann zusätzlich klar: Dass nämlich der Lösungsweg, der Art. 16a Abs. 2 GG für im Bereich von Dublin-Abschiebungen gänzlich unanwendbar erklärt und stattdessen vollständig auf den Normzusammenhang des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) verweist, beim Gericht auf wenig Gegenliebe stieß. Dennoch ließ der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerseite *Marx*, der diesen Lösungsweg in einem ausführlichen Gutachten für Flüchtlings- und Menschenrechtsorganisationen sowie Wohlfahrtsverbände beschrieben hatte,³⁰ nichts unversucht, beim Gericht um Zustimmung für diesen Ansatz zu werben. Zur Erläuterung ist in diesem Zusammenhang vorwegzuschicken, dass die Dublin-II-VO zusammen mit der sog. Aufnahmebedingungen-Richtlinie, der sog. Qualifikations-Richtlinie und der sog. Asylverfahren-Richtlinie einen ersten

30 *Marx*, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Fragen im Hinblick auf Überstellungen an Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung), März 2010.

Eckpfeiler des GEAS bildet.³¹ In einem zweiten Integrationsschritt sollen in den nächsten Jahren gemäß dem Stockholmer Programm durch weitere Maßnahmen unionsweit höhere einheitliche Schutzstandards und ein gleiches Schutzniveau sowie ein hohes Maß an Solidarität zwischen den EU-Mitgliedstaaten erreicht werden.³²

Marx knüpfte an die Aussagen im Gutachten an und kontrastierte die Sicherheitsstaaten-Lösung aus Art. 16a Abs. 2 GG als rein nationales Konzept, das aus den 1990er Jahren stammt, mit dem GEAS, das seit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags im Jahr 1999 im Entstehen begriffen ist. Im Rahmen dieser Gegenüberstellung betonte er, das GEAS und die hierzu gehörige Dublin-II-VO hätten das nationale Konzept der sicheren Drittstaaten und mit ihm das Prinzip der normativen Vergewisserung und den damit begründeten Eilrechtsschutzausschluss vollständig abgelöst. Die Verortung des neuen, europäischen Asylrechts sei dogmatisch in Art. 23 GG vorzunehmen. Die von der Bundesregierung vertretene Auffassung, auch das europäische Asylrecht kenne ein Prinzip der normativen Vergewisserung, werde nicht geteilt. Selbst wenn es allerdings so wäre, würde es aber im nunmehr entscheidenden Normenzusammenhang keine Ermächtigung für einen Eilrechtsschutzausschluss geben. *Marx* wies daraufhin, dass einige sich im Zusammenhang mit der Verfassungsbeschwerde stellende Rechtsfragen ggfs. nur durch eine Vorlage an den EuGH geklärt werden könnten. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn etwa bezweifelt würde, dass sich aus der Dublin-II-VO subjektive Rechte des Betroffenen ergeben können, wenn ein Konzept der normativen Vergewisserung in die Dublin-II-VO hineininterpretiert werden solle oder wenn etwa angenommen würde, dass die Verordnung den vollständigen Ausschluss von Eilrechtsschutz erlaube. In allen diesen Fällen ginge es um die Klärung von Auslegungsfragen bzgl. des europäischen Primär- und Sekundärrechts, die dem EuGH vorbehalten sei.³³

Zu diesen Ausführungen stellte *Gerhardt* die Nachfrage, ob das GEAS nach Ansicht des Beschwerdeführers den gesamten Art. 16a GG verdränge. *Marx* antwortete hierauf, dass dies jedenfalls bei Konflikten und Wertungswidersprüchen der Fall sein müsste. Auf diese Antwort gab *Gerhardt* zu bedenken, dass das Europäische Asylsystem z.Zt. noch längst nicht den Zustand einer Vollharmonisierung erreicht habe. Vielmehr seien nur Mindeststandards normiert. Dies sei bei der Bestimmung des Verhältnisses der beiden Systeme zu bedenken, ebenso wie der Umstand, dass Art. 16a Abs. 1 GG ja unstreitig wieder in vollem Umfang auflebe, sobald eine Zuständigkeit Deutschlands für das Asylverfahren eines Asylbewerbers gegeben sei.³⁴ *Gerhardt* trug aber noch weitere Bedenken vor und deutete an, dass die vollständige Ablösung des grundrechtlichen Systems durch das GEAS insbesondere in Hinblick auf den Rechtsschutz den Verlust wichtiger Maßstäbe zur Folge haben könne. *Voskuble* führte diese Überlegung dahin fort, dass bei der Klärung der Rechtsschutzfragen das Konzept der normativen Vergewisserung als maßstabbildender Aspekt einfließen könne, und zwar als, wie er nachdrücklich betonte, „sehr schutzintensiver“ Maßstab. Diesem „Einfließen“ sei aber der Weg versperrt, wenn man Art. 16a Abs. 2 GG im Kontext der Dublin-

31 Richtlinie 2003/9/EG, ABl. L 31/18 vom 6.2.2003, und Richtlinie 2004/83/EG, ABl. L 304/12 vom 30.9.2004, sowie Richtlinie 2005/85/EG, ABl. L 326/13 vom 13.12.2005.

32 Stockholmer Programm, ABl. C 115/1 vom 4.5.2010; Vgl. eingehender zur Europäisierung des Asylrechts *Bender* in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, S. 219 ff.

33 Beispiele für Vorlagefragen im Zusammenhang mit der Dublin-II-VO lassen sich der walisisch-englischen Vorlage an den EuGH (vgl. Fn. 24) oder auch der irischen, vgl. Vorabentscheidungsersuchen des High Court of Ireland vom 15.10.2010, ABl. C 13/18 vom 15.1.2011, entnehmen.

34 Vgl. zu diesem Argument § 26 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AsylVfG.

II-VO nicht mehr für anwendbar halte. Im Zusammenhang mit der sich entwickelnden regen Diskussion stellte Verfassungsrichterin *Lübbe-Wolff* die Frage in den Raum, ob die Dublin-II-VO denn verbieten würde, ein Prinzip der normativen Vergewisserung anzunehmen und, wenn nein, was davon abhalten sollte, dies zu tun. *Marx* antwortete hierauf, dass eine solche Interpretation nicht ohne Vorlage an den EuGH zulässig sein dürfe. Dieser wiederholte Hinweis auf die möglicherweise fehlende Rechtsprechungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts brachte *Gerhardt* und *Vofskuble* nun dazu, offen eine Ratlosigkeit über die Prozessstrategie von *Marx* zu bekunden: „Wir wissen nicht, worauf Sie eigentlich hinauswollen.“ *Di Fabio* spitzte dieses Unverständnis kurze Zeit später dahin zu, dass das Rechtsschutzziel des Beschwerdeführers doch wohl nicht sei, eine Vorlage an den EuGH zu erreichen, sondern einen Rechtsbehelf mit auf-schiebender Wirkung.

3. Eine Verschiebung der Diskussion ins Politische wird abgelehnt

In seinen zahlreichen Statements stieg *De Maizière*, der selbst Volljurist ist, zwar häufig in die juristische Auseinandersetzung ein. Doch seine Äußerungen waren von Anfang an auch von der These durchzogen, dass es in dem Verfahren eigentlich weniger um juristische Fragen denn um politische ginge. So wie *Marx* also in gewisser Weise Luxemburg wohl für den zutreffenderen Verhandlungsort hielt, schien auch für *De Maizière* Karlsruhe der falsche Diskussionsort zu sein: Er hätte sich zu dem Thema vermutlich lieber mit anderen EU-Innenministern in Brüssel getroffen. Am pointiertesten kam diese Haltung von *De Maizière* in seiner abschließenden Stellungnahme zum Ausdruck. Vier der fünf Schlüsselaussagen betonten die Gestaltungshoheit der Politik und verneinten mehr oder weniger offen, dass der verhandelte Fall einen Verantwortungsbereich der Rechtsprechung berühre:

- So seien die Zuständigkeitsregelungen nicht subjektiv-rechtlich geschützt; sie seien vielmehr ein europapolitischer Gesichtspunkt.
- Weiterhin dürfe es nicht zu einer Transferunion kommen – etwa durch eine Rechtsprechung, die eine Selbsteintrittspflicht Deutschlands bejahe.
- Außerdem sei das Selbsteintrittsrecht zwar ein Mittel, um in Einzelfällen bis zur Rückkehr eines anderen Staates „auf den Pfad der Tugend“ auszuhelfen, es dürfe aber auf seine Ausübung kein subjektives Recht bestehen.
- Schließlich sei die Verfassungsbeschwerde de lege lata unbegründet. De lege ferenda würde es in der Zukunft vielleicht anders sein.³⁵

Schon zuvor hatte *De Maizière* die politische Dimension der im Raum stehenden Fragen betont. Seine Einschätzung, dass Griechenland ein „sicherer Rechtsstaat“ sei, hatte er dabei mit dem wechselseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten, das ein Wesensmerkmal der EU sei, begründet. Es sei ein Gebot der „inneren Würde der Staaten der EU“, so *De Maizière*, dass die Rechtsstaatlichkeit anderer Mitgliedstaaten nach deren Beitritt grundsätzlich nicht mehr angezweifelt werde. Insbesondere die letzte Äußerung, in der *De Maizière* eine Verknüpfung der Begriffe „Würde“ und „Staat“ herstellte, rief heftigen Widerspruch hervor. „Wir gehen von der Würde des Menschen aus“, wies ihn *Di Fabio* zurecht. *Di Fabios* Hinweis war gleichzeitig der Auftakt für eine Reihe von Fragen, die eine Rückbesinnung auf den Betroffenen als Individuum einleiteten. Äußerungen, dass der Einzelne nicht Objekt von Verfahren werden dürfe (siehe unter 6.), machten deutlich, dass

35 Hier bezog sich *De Maizière* vermutlich auf den Entwurf der EU-Kommission für eine Reform des Dublin-Systems, der eine verpflichtende Eilrechtsschutzmöglichkeit vorsieht, vgl. KOM(2008) 820 endgültig vom 3.12.2008.

sich das Gericht nicht auf eine Umetikettierung der sich stellenden Fragen von verfassungsrechtlichen zu politischen einlassen wollte.³⁶

4. *Der Asylkompromiss wird nicht in Frage gestellt, aber historisch eingeordnet*

Hoffnungen, das Bundesverfassungsgericht würde die Zulässigkeit eines Eilrechtsschutzausschlusses und das Prinzip der normativen Vergewisserung gänzlich in Frage stellen, konnten während der gesamten Verhandlung nicht aufkommen. Äußerungen von *Di Fabio* und *Lübbe-Wolff* ließen vielmehr nur folgende Interpretation zu: Wenn Eilrechtsschutz eröffnet werden sollte, dann nicht als Grundsatz, sondern (weiterhin) in Form einer irgendwie gearteten Ausnahme. *Di Fabio* beispielsweise schwärmte im Zusammenhang mit dem Prinzip der normativen Vergewisserung geradezu von der „prospektiven Reife der damaligen Verfassungsrichter“, die 1996 damit dem Eilrechtsschutzausschluss auch gleichzeitig eine Reichweitenbeschränkung auferlegt hätten. Und *Lübbe-Wolff* sprach zwar zunächst sehr deutlich an, dass sie das Konzept der normativen Vergewisserung schon seit dem Beginn der Diskussion in den 1990er Jahren für problematisch halte, weil die gesetzliche Festschreibung der EU-Mitgliedstaaten als sichere Drittstaaten – die Festschreibung von Tatsachen also durch den Gesetzgeber, und dazu noch im Grundsatz unwiderleglich – in Bezug auf das Gewaltenteilungsprinzip weitreichende Fragen aufwerfe. Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts auf die Bedenken dieser Art sei aber 1996 gewesen, durch Ausnahmefallgruppen ein Korrektiv einzuführen. Wenn in der jetzigen Diskussion nach erfolgter Subsumtion die Feststellung erfolge, dass keine der Fallgruppen gegeben sei, dann müsse das nicht unbedingt das Ende der Diskussion sein, sondern es müsse eine verfassungsrechtliche Reaktionsmöglichkeit gesucht werden.

Wenn also ganz offensichtlich eine Abkehr vom Asylkompromiss nicht erwogen wurde, so erweckten doch einzelne Diskussionsbeiträge den Eindruck, dass aber zumindest eine pointierte historische Einordnung der hochrestriktiven Regelungen mit all ihren Konsequenzen beabsichtigt sein könnte. *Di Fabio* betonte im Rahmen seines Rückblicks auf die Entscheidung von 1996 sehr stark den damaligen historischen Kontext, d.h. den Zusammenhang zwischen ausgesprochen hohen Asylbewerberzahlen und den Neuregelungen. Die Regelungen zum Eilrechtsschutzausschluss seien geschaffen worden angesichts einer Sondersituation, und sie habe dazu gedient, die Aufenthaltslänge angesichts der Vielzahl offener und zu erwartender Hauptsacheverfahren zu beschränken.

5. *Eine neue Ausnahme vom Eilrechtsschutzausschluss wird von der Bundesregierung nicht grundsätzlich abgelehnt*

Was *Gerhardt* schon in seiner einleitenden Übersicht über die Rechtsansichten der Bundesregierung beschrieben hatte, bestätigte *Hailbronner* in seinen Redebeiträgen, nämlich, dass auch er eine Neuausrichtung des Ausnahmekatalogs von 1996 nicht gänzlich ausschließe. Natürlich trat *Hailbronner* der von *Marx* vorgenommenen Kontrastierung von Art. 16a GG und dem GEAS entgegen. Denn

36 Inwiefern die Umstände des letztlich eingetretenen Verfahrensendes dann nicht doch eine Überantwortung der Problematik an die Politik darstellten, dem kann hier aus Platzgründen nicht nachgegangen werden. Dass das BVerfG den Anstoß für eine politische Lösung gab (vgl. Fn. 7) und dann im Einstellungsbeschluss vom 25.1.2011 (vgl. Fn. 8) zusätzlich kundtat, „dass die mit der Überforderung des Asylsystems eines Mitgliedstaats der Europäischen Union verbundenen transnationalen Probleme vornehmlich auf der Ebene der Europäischen Union zu bewältigen sind“, könnte eine solche These jedoch stützen.

es könne zwar nicht übersehen werden, dass mit Art. 16a Abs. 5 GG und Art. 23 GG Öffnungsklauseln für eine völkerrechtliche bzw. europäische Harmonisierung des Asylrechts geschaffen worden seien. Diese europäische Harmonisierung habe bisher allerdings nur in Teilbereichen stattgefunden, und sie habe überdies nicht die Form einer Vollharmonisierung erreicht. Davon, dass „das deutsche Asylrecht durch das GEAS ersetzt“ worden sei, könne keine Rede sein. Der vom Beschwerdeführer reklamierten „gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts“ stelle die Bundesregierung daher eine „identitätswahrende Auslegung des nationalen Rechts“ entgegen. Art. 16a Abs. 2 GG werde daher auch im Dublin-Kontext für anwendbar gehalten, allerdings – und dies war das eigentlich Interessante an der Aussage – „vielleicht in etwas veränderter Form“ bzw. in „dynamisch weiterentwickelter Gestalt“. *Voskuble* knüpfte an diese Äußerungen an und formulierte explizit sein großes Interesse daran, von der Bundesregierung zu erfahren, was denn genau an drohenden Rechtsverletzungen vorgetragen werden müsse, damit eine Ausnahme vom Eilrechtsschutzausschluss auch dort in Erwägung gezogen werde. Die Frage stelle sich umso mehr, als ja sogar im Rahmen der Erörterungen zur Zulässigkeit von der Bundesregierung gerügt worden sei, der Beschwerdeführer würde es an entsprechendem Sachvortrag fehlen lassen. Was *Hailbronner* und *De Maizière* hierauf vortrugen, lässt sich auf folgenden kleinsten gemeinsamen Nenner bringen: Bloß keine Rechtsansicht formulieren, die in Griechenland-Fällen allein aufgrund der dort allgemein schlechten Situation irgendwie zu einem erfolgreichen Eilantrag führen könnte. Beide teilten mit, eine Ausnahme von dem Prinzip der normativen Vergewisserung könne nur in den vom Bundesverfassungsgericht aufgezählten Fällen gelten sowie im Fall eines „Zusammenbruchs“ in dem betreffenden Staat. *De Maizière* konkretisierte die Zusammenbruchsthese für sich dann wiederum dahin, dass es sich nicht nur um ein Zusammenbrechen des Asylsystems handeln dürfe, sondern um das Zusammenbrechen des gesamten Staates. So formulierte auch *Hailbronner* anfangs die Zusammenbruchsthese. Als Beispiel nannte er den Putsch durch eine Militärdiktatur. Gewendet an *Hailbronner* formulierte *Di Fabio* jedoch die Frage, ob man Eilrechtsschutz nicht vielleicht doch unterhalb einer solchen ultima-ratio-Schwelle gewähren können müsse. Dies könne sich auch aus Überlegungen zu Art. 19 Abs. 4 GG und zur Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. *Hailbronner* deutete in seiner Antwort an, dass man u.U. darüber nachdenken müsse, eine Ausnahmefallgruppe zu bilden, die mit Menschenwürdegesichtspunkten zu tun hat und dann greife, wenn absolut keine Aussicht auf ein sinnvolles Asylverfahren und menschenrechtskonforme Verhältnisse bestehe. Auch wenn *Di Fabio*, wie er selbst sagte, daraufhin weiter „hartnäckig“ um Konkretisierungen bat, blieben diese jedoch aus.

6. Das Bundesverfassungsgericht sucht seinerseits einen Weg, Eilrechtsschutz doch zu ermöglichen

Im Laufe der Verhandlung trat nun die eigenartige Situation ein, dass außer den Richterinnen und Richtern des Zweiten Senats offenbar niemand gern über die Ausnahmen vom Prinzip der normativen Vergewisserung sprechen wollte. Die Bundesregierung hatte zwar angedeutet, sich einer dynamischen Entwicklung des Prinzips der normativen Vergewisserung nicht verweigern zu wollen, hatte aber sichtbar Befürchtungen, Dinge zu äußern, die als Zugeständnis an den Beschwerdeführer hätten aufgefasst werden können. *Marx* hingegen verabschiedete sich seinerseits für die Beschwerdeführerseite aus der Diskussion unter Hinweis

darauf, dass ein Festhalten am System der normativen Vergewisserung eine Vorlage an den EuGH zur Folge haben müsse.

Da die Richterinnen und Richter jedoch ersichtlich an einer Diskussion interessiert waren und eine Reihe von Gesprächsanfängen gemacht hatten, standen am Ende doch einige interessante Andeutungen des Gerichts im Raum. Die bereits unter 4. angesprochene Betonung der historischen Interpretationsbedürftigkeit von Art. 16a Abs. 2 GG war in dieser Hinsicht nur ein Aspekt. Noch beachtenswerter dürften die weiteren Äußerungen sein, die *Gerhardt* und *Di Fabio* machten.

So deutete *Di Fabio* an, dass evtl. nicht über eine neue, sechste Ausnahmefallgruppe nachzudenken sei, sondern vielmehr darüber, ob nicht in bestimmter Hinsicht die Rechtfertigung für den Eilrechtsschutzausschluss weggefallen sein könnte. Grundlage der Beurteilung müsse die Überlegung sein, dass der Mensch nicht Objekt des Verfahrens sein dürfe. Hier schien er einen Gedanken aufzugreifen, den das Gericht schon zu einem früheren Zeitpunkt im Zusammenhang mit den Griechenland-Verfahren geäußert hatte. Dieser Überlegung zufolge „könnte auch zu klären sein, ob und welche Vorgaben das Grundgesetz zur Gewährung vorläufigen Schutzes für den Zeitraum trifft, den die Organe der Europäischen Union benötigen, Erkenntnisse über für Asylsuchende bedrohliche tatsächliche oder rechtliche Defizite des Asylsystems eines Mitgliedstaats auszuwerten und erforderliche Maßnahmen durchzusetzen.“³⁷ Es sei, so führte *Di Fabio* weiter aus, die typische Situation von Eilverfahren, dass Tatsachen nicht geklärt sind. Er zog als Vergleich Auslieferungsverfahren heran. Deswegen reichten in diesen Eilverfahren auch konkrete Möglichkeiten von Rechtsverletzungen aus. Besonders vertrackt werde die Situation in Dublin-Fällen, weil Fragen des Einzelfalls auf Systemfragen träfen. In diese Überlegungen, die den Einzelnen, seine Beweisführungsschwierigkeiten und seine Verfahrenssituation in den Mittelpunkt der rechtlichen Erwägungen stellten, schaltete sich auch *Gerhardt* ein. Ihn bewege die Frage, was mit den Individuen, also auch dem Beschwerdeführer, geschehe, wenn bzgl. eines Staates etwa Vertragsverletzungsverfahren oder sogar ein Verfahren nach Art. 7 EUV im Gange, aber weder positiv noch negativ abgeschlossen seien. Vom Individuum her gedacht seien in solchen Fällen Interimsregelungen gefragt, und die hätten nichts mehr mit einer sechsten Ausnahmefallgruppe, sondern mit immanenten Grenzen des Eilrechtsschutzausschlusses zu tun. Vom Verhandlungsvertreter des UNHCR *Bank* wurde diese Überlegung dahingehend weitergeführt, dass die Sicherheitsvermutung zugunsten der EU-Staaten grundsätzlich für den Einzelnen widerlegbar sein müsse. Zudem dürfe es in der Situation eines insgesamt defizitären Asylsystems, wie sie in Griechenland herrsche, nicht erforderlich sein, dass die sich darauf berufende Person in individualisierter Weise darlegen müsse, dort einer Rechtsgutverletzung ausgesetzt zu sein.

Di Fabio fügte – anknüpfend an *Gerhardt* – hinzu: Die Feststellung, dass der Asylkompromiss mit Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Einklang stehe, stünde nicht zur Disposition. Aber mit dieser Feststellung sei nur ein Teil über die Menschenwürde gesagt. Die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG wirke in jedem anderen Grundrecht fort und sei nicht einfach „weg“, nur weil man eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG verneint habe. Sie durchziehe die Grundrechte vielmehr „wie ein Geist“, der gleichsam zur Hälfte in Art. 1 Abs. 1 GG, zur anderen Hälfte in den anderen Grundrechten verkörpert sei. Es sei vor diesem Hintergrund über ein Korrektiv des Eilrechtsschutzausschlusses nachzudenken,

37 BVerfG, Beschluss vom 8.12.2009, Az. 2 BvR 2780/09 = EuGRZ 2009, 707f. = InfAuslR 2010, 82f.

das nicht in das Schema der Ausnahmefallgruppen passe, sondern das in genereller Weise Menschenwürdeüberlegungen Rechnung trage.

C. Verfahrensrechtliche Entwicklung nach der mündlichen Verhandlung und Einordnung

Die Spannung, was genau *Gerhardt* und *Di Fabio* mit ihren Andeutungen gemeint haben könnten, blieb ohne Auflösung. Das Verfassungsbeschwerdeverfahren nahm wenige Monate nach der Verhandlung den bekannten Ausgang und wurde für erledigt erklärt. Natürlich hätte man sich wünschen können, dass das Bundesverfassungsgericht seine Möglichkeit zu einer Fortsetzungsfeststellungsentscheidung, von der es schon häufig in versammlungsrechtlichen Streitigkeiten oder z.B. im Falle der Entscheidung zur Rechtschreibreform³⁸ Gebrauch gemacht hat, auch im vorliegenden Fall nutzt. Ein Vorteil dieses Vorgehens hätte sein können, dass für die vielen aktuellen und zukünftigen Eilverfahren, die sich um Abschiebungen in andere Dublin-Staaten als Griechenland drehen, verbindliche verfassungsrechtliche Entscheidungsmaßstäbe existieren würden.

Allerdings steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch ohne Urteil in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht ohne jegliche Maßstäbe da: Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinen über ein Jahr kontinuierlich ausgesprochenen Aussetzungsentscheidungen 13 fast wortgleiche Beschlüsse gefasst, die maßstababbildend herangezogen werden können. Und das Gericht hat im Rahmen der vier Presseerklärungen und der mündlichen Verhandlung eine Reihe von Hinweisen gegeben, wie Rechtmäßigkeitsüberlegungen in Dublin-Eilverfahren aussehen könnten und sollten. Mit diesen höchstrichterlichen Hinweisen arbeiten viele Verwaltungsgerichte, wenn sie mit Eilanträgen konfrontiert sind und sie – was ja z.B. bzgl. Italiens und Maltas immer häufiger passiert³⁹ – Aussetzungsentscheidungen fällen.⁴⁰ Wem das nicht reicht, der kann mit der EGMR-Entscheidung *M.S.S. ./.* Belgien und Griechenland⁴¹ ein für den Dublin-Kontext höchst richtungsweisendes Urteil heranziehen, das in den gleichen Tagen gefällt und veröffentlicht wurde, in denen das Bundesverfassungsgericht seinen Erledigungsbeschluss fasste. Eine wesentliche Bedeutung der Entscheidung liegt darin, nicht nur eine drohende Abschiebung ohne Prüfung des Schutzersuchens aus dem Zielstaat der Dublin-Überstellung in ein Drittland, sondern auch ein im Zielstaat drohendes „monatelanges Leben in extremer Armut“ bei gleichzeitigem „Fehlen jeder Aussicht auf Verbesserung der Lage“ als Verstoß gegen die Men-

38 Im Falle der Rechtschreibreform wurde sogar trotz Zurücknahme der Verfassungsbeschwerde entschieden. Zu den Gründen hierfür vgl. BVerfG NJW 1998, 2515 [2518].

39 Seit November 2010 sind allein bzgl. Italiens mindestens 40 Aussetzungsbeschlüsse ergangen, vgl. die Länderrubrik „Italien“ auf www.asyl.net.

40 Vgl. z.B. VG Göttingen, Beschluss vom 8.7.2011, Az. 2 B 164/11: „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, B. v. 08.09.2009 – 2 BvQ 56/09 [...]) muss [von § 34a Abs. 2 AsylVfG] jedoch im Wege verfassungskonformer Anwendung eine Ausnahme jedenfalls dann gemacht werden, wenn andernfalls für den Betroffenen kraft höherrangigen Rechts nicht zumutbare Nachteile entstünden, die schwerer wögen, als die mit einem vorläufigen Abschiebungsverbot einhergehenden Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland.“

41 EGMR, Urteil vom 21.1.2011, Az. 30696/09 = NVwZ 2011, 413 = InfAuslR 2011, 221 ff.; vgl. dazu die Entscheidungsbesprechung von *Dolk*, Asylmagazin 2011, 148 ff. sowie den Aufsatz von *Pelzer* im vorliegenden Heft.

sehen- und Flüchtlingsrechte anzusehen.⁴² Dabei handelt es sich um einen Gesichtspunkt, für dessen Beachtung *Bank* bereits in der Karlsruher Verhandlung plädiert hatte.

Betrachtet man die Entwicklungen des Bundesverfassungsgerichts- und des EGMR-Verfahrens gemeinsam, so könnte man auf den ersten Blick zu dem Ergebnis kommen, dass eine bessere Entwicklung kaum denkbar war: Der EGMR liefert rechtliche Maßstäbe und Vorgaben zum Eilrechtsschutz, und das Bundesverfassungsgericht bewegt das BMI zu einer großzügigen Selbsteintrittspraxis, die zur Lösung von hunderten Fällen führt – und zwar zu einer endgültigen Lösung, die das Bundesverfassungsgericht, da es sich in den anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren ja nur mit der Frage der Zulässigkeit von Eilrechtsschutz auseinandersetzt und nicht mit der Frage einer etwaigen Selbsteintrittspflicht, auch durch ein Urteil kaum hätte herbeiführen können.

Auf den zweiten Blick könnte der Rückblick auf die Verfassungsgerichtsverhandlung aber auch nachdenklich ausfallen, weil das Bundesverfassungsgericht trotz zahlreicher Gegenargumente⁴³ erkennbar bei der Überzeugung bleiben wollte, die Zulässigkeit eines Eilrechtsschutzausschlusses sei nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. Weiterhin kommen einem auch mit Bedauern die zahlreichen Entscheidungen von Verwaltungsgerichten in den Sinn, die sich in Anbetracht des ausgebliebenen verfassungsgerichtlichen Ausspruches weiterhin nicht gehindert sehen, in unkorrigierter Anwendung der hochrestriktiven Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1996 das Recht auf Eilrechtsschutz weiter zu verneinen.⁴⁴

Die spannende Frage wird nun sein, was geschehen wird, wenn im Januar 2012 nach der derzeitigen Informationslage die umfassende Selbsteintrittspraxis des BAMF zu Griechenland enden soll oder wenn die Zahl der verwaltungsgerichtlichen Aussetzungsbeschlüsse bzgl. Maltas und Italiens weiter derart zunimmt. Ein Wiedersehen in Karlsruhe ist also nicht ausgeschlossen, und vielleicht fällt das Bundesverfassungsgericht ja dann sogar eine Entscheidung.

42 Dieser Gedanke entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BVerwG. Es hat insofern die Formel aufgestellt, dass „Sicherheit vor politischer Verfolgung [...] neben dem Schutz vor unmittelbarer oder mittelbarer Abschiebung in den Verfolgerstaat voraus[setzt], daß dem politisch Verfolgten eine Hilfestellung zur Überwindung [von] Heimatlosigkeit, Obdachlosigkeit, Mittellosigkeit, Hunger oder Krankheit“ gegeben wird (BVerwG NVwZ 1988, 737) bzw. dass ein „verfolgungssicherer Ort“ nicht vorliegt, wenn der Ausländer „dort nichts anderes zu erwarten hat als ein ‚Dahinvegetieren am Rande des Existenzminimums‘“ (BVerwG InfAuslR 2002, 455).

43 Vgl. z. B. *Weinzierl/Hruschka*, NVwZ 2009, 1540, *Lehnert/Pelzer*, ZAR 2010, 41 und *Bender/Hocks*, Asylmagazin 2010, 223 ff..

44 Vgl. z.B. VG Ansbach, Beschluss vom 1.6.2011, Az. AN 2 S 11.30211: „Insoweit ist das Gericht an § 34a Abs. 2 AsylVfG gebunden. Es erachtet mit dem [...] zitierten Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 (2 BvR 1938/93 u.a.) in der dort vorgenommenen Auslegung die genannte Gesetzesbestimmung als weder gemeinschaftsrechts- noch verfassungswidrig; diese Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht soweit ersichtlich zwischenzeitlich auch nicht revidiert.“ (Entscheidung abrufbar unter www.asyl.net).