

Constantin Hruschka/Stephanie Motz*

Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – die Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK auf nationale Asylverfahren

Einleitung

Das «Recht, Rechte zu haben» ist einer der fundamentalsten und wichtigsten Aspekte eines Menschenrechtsregimes. Ohne dieses Recht werden Menschenrechte ihrer Bedeutung für die randständigen Mitglieder der Gesellschaft allzu leicht beraubt.¹ Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) schützt eben dieses Recht, das Recht des Einzelnen, seine Konventionsrechte und –freiheiten vor einer unabhängigen innerstaatlichen Instanz einzufordern. Wörtlich gewährleistet Art. 13 EMRK Folgendes:

«Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.»

Das Recht auf eine «wirksame» Beschwerde aus Art. 13 EMRK ist im Asylverfahren von besonderer Bedeutung, da gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Verfahrensgarantien aus Art. 6 EMRK keine Anwendung auf das ausländer- oder asylrechtliche Verfahren finden. Denn migrationsrechtliche Verfahren begründen gemäss dem Gerichtshof weder zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen i.S.v. Art. 6 EMRK noch haben sie strafrechtliche Sanktionen gemäss Art. 6 EMRK zur Folge.² Auch die in Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien beim Widerruf von Aufenthaltsbewilligungen finden bei Asylsuchenden keine Anwendung.³

Ohne diese Rechtsprechung formal in Frage zu stellen, hat der EGMR im Asylbereich in den letzten Jahren vermehrt Entscheidungen getroffen, die bestimmte Verfahrensgarantien für asylsuchende Personen sichern. Zunächst hatte der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Asylfällen gewisse Verfahrensgarantien direkt aus Art. 3 EMRK ent-

wickelt.⁴ Diese Verfahrensgarantien wurden in der weiteren Rechtsprechung zunehmend in Art. 13 EMRK verortet, der allerdings nur akzessorisch mit einer Verletzung eines Konventionsrechts geltend gemacht werden kann. Gleichzeitig sah sich der Gerichtshof – angesichts der grossen Anzahl insbesondere von Beschwerden aus dem Asylbereich – veranlasst zu betonen, dass es sich beim EGMR nicht um ein europäisches Asylbergericht handle.⁵ Dies hat den Gerichtshof aber nicht daran gehindert – insbesondere seit seinem Urteil in *M.S.S.* gegen Belgien und Griechenland – eine proaktive Rechtsprechung zu Art. 13 in Anwendung auf Asylverfahren zu entwickeln,⁶ die mit dem im spektakulären und in der Öffentlichkeit viel diskutierten Fall *Hirsi Jamaa* u.a. gegen Italien vom Februar 2012⁷ zu den push-backs durch die italienische Küstenwache nach Libyen einen medienwirksamen Höhepunkt erreicht hat. Diese beiden Fälle markieren aber weder den Anfang noch das Ende der sich stetig weitentwickelnden Rechtsprechung zur wirksamen Beschwerdemöglichkeit gemäss Art. 13 EMRK.

Dieser Entwicklung und ihren Auswirkungen widmet sich der nachfolgende Beitrag, in dem auch die möglichen Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf Asylverfahren in der Schweiz thematisiert werden.

1. Vorbemerkung: Allgemeiner Schutzbereich des Art. 13 EMRK

1.1. Akzessorietät

Die durch Art. 13 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien sind akzessorisch und können nur in Verbindung mit materiellen Konventionsrechten und –freiheiten ange-rufen werden. Sie gewährleisten die Durchsetzung der Konventionsartikel im innerstaatlichen Verfahren und die Entschädigung allfällig entstandenen Schadens oder Nachteile. Im Bereich des Asylrechts wird regelmässig das in Art. 3 EMRK enthaltene Folter- und Rückschiebeverbot (*Non-refoulement*) geltend gemacht. Daneben kann insbesondere, aber nicht nur, in Dublin-Verfahren der Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK einschlägig sein.

* Constantin Hruschka xxx; Stephanie Motz, Barrister, Advokatur Kanonengasse

¹ Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München, 2000, S. 584, S. 612-614.

² EGMR, *Maaouia gg. Frankreich*, Nr. 39652/98, Urt. (GK) v. 5. Oktober 2000; *Sharifi gg. Österreich*, Nr. 60104/08, Urt. v. 5. Dezember 2013, § 41; eine drohende «flagrante» Verletzung der Garantien von Art. 6 EMRK im Zielstaat kann allerdings zu einem Abschiebungsverbot führen: *Othman (Abu Qatada) gg. Vereinigtes Königreich*, Nr. 8139/09, Urt. v. 17. Januar 2012, § 285. In der Wissenschaft wird die Maaouia-Rechtsprechung zum Teil sehr kritisch gesehen.

³ Kommission, *S.T. gg. Frankreich*, Nr. 20649/92, Zulässigkeitsentscheid v. 8. Februar 1993; C. Grabenwarter/K.Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Auflage, 2012, S. 481 Rz. 162.

⁴ Siehe z.B. EGMR, *Vilvarajah gg. Grossbritannien*, Nr. 13163/87, Urt. v. 30. Oktober 1991, § 108; *R.C. gg. Schweden*, Nr. 41827/07, Urt. v. 9. März 2010 §§ 50-55; *N. gg. Finnland*, Nr. 38885/02, Urt. v. 26. Juli 2005, § 160; *NA. gg. Grossbritannien*, Nr. 25904/07, Urt. v. 17. Juli 2008, § 111; *Saadi gg. Italien*, Nr. 37201/06, Urt. (GK) v. 28. Februar 2008, § 128.

⁵ Statement on Requests for Interim Measures, issued by the President of the European Court of Human Rights, 11. Februar 2011; Practice Direction of the Court, Requests for Interim Measures, amended on 7 July 2011, §IV.

⁶ EGMR, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09, Urt. (GK) v. 21. Januar 2011. T. Spijkerboer wies schon im Jahr 2009 auf die Notwendigkeit einer proaktiven Rolle des Gerichtshofs zu Art. 13 EMRK im Asylverfahren hin, siehe *Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases*, IJRL (2012) 24(4), 692, Ziff. 1.

⁷ EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gg. Italien*, Nr. 27765/09, Urt. (GK) v. 12. Februar 2012.

Die sich entwickelnde Rechtsprechung zu Art. 4 EMRK bei Opfern von Menschenhandel ist ein mögliches weiteres Feld, in dem auch Verfahrensgarantien eine Rolle spielen können, wobei der EGMR bisher auch hier viele vor allem strafrechtliche Verfahrensgarantien direkt aus Art. 4 EMRK hergeleitet hat.⁸

1.2. «Arguable Claim»

Das Prinzip der Akzessorietät führt oft zum Fehlschluss, dass eine Anrufung von Art. 13 EMRK eine tatsächlich stattgefunden oder mit Sicherheit feststehende Konventionsverletzung erfordert.⁹ Der EGMR hat Art. 13 dahingehend ausgelegt, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde beziehungsweise ein wirksames Verfahren Anwendung findet, sofern eine *prima facie* oder «arguable» Verletzung eines anderen Konventionsrechts möglich erscheint. Der Begriff der *prima facie* Verletzung oder «arguable complaint/claim» eignet sich gemäss Gerichtshof nicht, abstrakt definiert zu werden.¹⁰

Um den Anwendungsbereich zu eröffnen, muss in Asylverfahren somit unter anderem auch ein genügendes Mass an Glaubhaftigkeit der Vorbringen der beschwerdeführenden Person(en) bestehen, wobei der EGMR die Glaubhaftigkeit eigenständig prüft und nicht auf die Einschätzung der nationalen Behörden abstellt.¹¹ Die entscheidende Frage ist, ob auf den ersten Blick eine Verletzung eines Konventionsrechts vorliegen könnte. Dies muss im Einzelfall geprüft werden und hängt vom jeweiligen Sachverhalt und den aufgeworfe-

nen Rechtsfragen ab.¹² Wenn *prima facie* eine Verletzung eines Konventionsrechts droht, gewährleistet Art. 13 das Recht auf eine tatsächlich und rechtlich wirksame Beschwerde, die nicht unberechtigterweise durch Handlungen oder Unterlassungen der Vertragsstaaten behindert werden darf.¹³

Den Mitgliedsstaaten wird allerdings ein gewisser Ermessensspielraum betreffend die «Beschwerde» (also das Verfahren inklusive einer Rechtsschutzmöglichkeit), welches vor der Konventionsverletzung schützen soll, eingeräumt.¹⁴ So kann es zum Beispiel genügen, wenn das Rechtssystem gesamthaft adäquaten Schutz bietet, auch wenn die verschiedenen Formen der Beschwerde einzeln genommen nicht den Anforderungen von Art. 13 genügt hätten.¹⁵ Auch bietet Art. 13 keine Garantie eines positiven Resultats.¹⁶ Hingegen enthält Art. 13 EMRK genau die Verfahrensgarantien, die für die Durchsetzung der jeweiligen materiellen Konventionsrechte notwendig sind.¹⁷ Die gemäss Art. 13 postulierten Minimalstandards hat der EGMR für die verschiedenen Konventionsrechte, die in Verbindung mit Art. 13 EMRK angerufen werden, unterschiedlich ausgelegt.¹⁸ Es ist daher erforderlich, den Schutzbereich des Art. 13 EMRK im Lichte des jeweiligen Konventionsrechts zu bestimmen.

1.3. Der Schutzbereich von Art. 3 und Art. 13 EMRK im Asylverfahren

Der Ermessensspielraum, der durch den offen formulierten Art. 13 EMRK eingeräumt wird, findet seine Schranken im wirksamen Schutz vor *Refoulement*. Denn gemäss der ständigen Rechtsprechung des EGMR kommt dem Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung in Art. 3 aufgrund des drohenden nicht wieder-gutzumachenden Nachteils in «Ausweisungsfällen» besondere Bedeutung zu.¹⁹ Daraus ergibt sich ein weiter Schutzbereich des Art. 13 EMRK bei einer drohenden Verletzung von Art. 3 EMRK.²⁰ Der in der Rechtsprechung

⁸ Vgl. insbesondere *Siliadin gg. Frankreich*, Nr. 73316/01, Urt. v. 26. Juli 2005; *C.N. gg. Vereinigtes Königreich*, Nr. 4239/08, 13. November 2012 sowie *Rantsev gg. Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, Urt. (GK) v. 7. Januar 2010. Siehe zum asylrechtlichen Kontext auch: N. Frei, *Der Schutz von Menschenhandelsopfern im Asylverfahren*, in: *Asyl 1/2013*, 14. In *C.N. und V. gg. Frankreich*, Nr. 67724/09, Urt. v. 11. Oktober 2012, Ziff. 113, hat der Gerichtshof ausgeführt, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht Art. 4 EMRK eine *lex specialis* zu den Verpflichtungen aus Art. 13 EMRK darstellt: in diesem Kontext wird es interessant sein zu sehen, wie der Gerichtshof im anhängigen Verfahren *O.G.O. gg. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13950/12 entscheiden wird, in dem er dem Vereinigten Königreich spezifische Fragen zur Abklärungspflicht und möglichem *Refoulement* gestellt hat.

⁹ Für Fälle, in denen den Beschwerdeführern während des hängigen EGMR-Verfahrens der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde oder ein Wiedererwägungsverfahren aufgenommen wurde und somit kein *Refoulement* stattfand, der EGMR aber trotzdem eine Verletzung von Art. 13 EMRK feststellte, siehe *Gebremedhin gg. Frankreich*, Nr. 25389/05, Urt. v. 26. April 2007, § 56; *I.M. gg. Frankreich*, Nr. 9152/09, Urt. v. 2. Februar 2012, §§ 100-102; *M.A. gg. Zypern*, Nr. 41872/10, Urt. v. 23. Juli 2013, § 120; ebenso lag ein «arguable claim» in Fällen vor, in denen keine Verletzung des Art. 3 EMRK festgestellt wurde: *Mohammed gg. Österreich*, Nr. 2283/12, Urt. v. 6. Juni 2013, §§ 85, 111; *Chankayev gg. Aserbaidschan*, Nr. 56688/12, Urt. v. 14. November 2013, § 90.

¹⁰ EGMR, *Boyle und Rice gg. Grossbritannien*, Nr. 9659/82, Urt. v. 27. April 1988, §§ 53-55; *M.A. gg. Zypern*, §§ 116-117; für eine umfassende Analyse der EGMR-Rechtsprechung zu «arguability» in Asylfällen siehe T. Spijkerboer, *Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases*, IJRL (2012) 24(4), 692.

¹¹ EGMR, *Diallo gg. Tschechische Republik*, Nr. 20493/07, Urt. v. 26. April 2012, § 64; *I.M.*, § 100.

¹² *Diallo*, §§ 64, 70; Beispiele sind: *Refoulementgefahr in Eritrea (Gebremedhin)*, *Refoulementgefahr für afghanischen Übersetzer für die amerikanischen Truppen (M.S.S.)*, *oppositionelle Guineer (Diallo)*; *Darfurer mit Verbindungen zur Rebellenbewegung (I.M.)*.

¹³ EGMR, *Nada gg. die Schweiz*, Nr. 10593/08, Urt. (GK) v. 12.09.2012, § 207; EGMR, *Çakici gg. Türkei*, Nr. 23657/94, Urt. (GK) v. 8. Juli 1999, § 53; *M.S.S.*, § 290.

¹⁴ EGMR, *Jabari gg. Türkei*, Nr. 40035/98, Urt. v. 11. Juli 2000, § 48.

¹⁵ EGMR, *Čonka gg. Belgien*, 51564/99, Urt. v. 5. Februar 2002; *Kudla gg. Polen*, Nr. 30210/96, Urt. (GK) v. 26. Oktober 2000, § 15; *Gebremedhin*, §§ 53-54; *Leander gg. Schweden*, Nr. 9248/81, Urt. v. 26. März 1987, § 84.

¹⁶ *Gebremedhin*, § 53.

¹⁷ *Gebremedhin*, § 53; *Diallo*, § 54.

¹⁸ EGMR, *De Souza Ribeiro gg. Frankreich*, Nr. 22689/07 Urt. (GK) v. 13. Dezember 2012, §§ 82-83.

¹⁹ EGMR, *Shamayev u.a. gg. Georgien und Russland*, Nr. 36378/02, Urt. v. 12. April 2005, § 448; *M.S.S.*, § 293; *M.A. gg. Zypern*, § 133.

²⁰ In Asylfällen kann auch das Recht auf Leben in Art. 2 EMRK von Bedeutung sein und i.V.m. Art. 13 EMRK angerufen werden (siehe z.B. *M.A. gg. Zypern*, § 133), allerdings bevorzugt der EGMR *Refoulement*-Fälle unter Art. 3 EMRK zu untersuchen, siehe bspw. *Abdolkhani und Karimnia gg. Türkei*, Nr. 30471/08, Urt. v. 22. September 2009, § 62; *NA. gg. Grossbritannien*, § 95.

des EGMR (zu Art. 13 i.V.m. Art. 8 und 10 EMRK) entwickelte Standard einer möglichst wirksamen Beschwerdemöglichkeit («*as effective as can be*») ist daher in diesen Fällen nicht angemessen.²¹

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Teilgehalt des Rechts auf eine wirksame Beschwerde nicht nur aus Art. 13 EMRK hergeleitet werden kann, sondern sich direkt aus Art. 3 EMRK, Art. 33 der Flüchtlingskonvention und Art. 7 des UNO-Pakts II ableiten lässt.²² Zwar schreiben die Flüchtlingskonvention²³ und Art. 7 des UNO-Pakts II keine bestimmte Verfahrensform vor. Der EGMR hatte aber bereits in seiner Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK immer wieder betont, dass eine eingehende und gründliche Überprüfung der *Refoulement*-Gefahr erfolgen muss.²⁴ In seiner Rechtsprechung zu Art. 13 in Verbindung mit Art. 3 EMRK hat der Gerichtshof ebenfalls klargemacht, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde zwingend eine eingehende, unabhängige und gründliche Überprüfung («*close, independent and rigorous scrutiny*») der Asylvorbringen erfordert.²⁵ In diesem Zusammenhang können sich Probleme bezüglich der Aufhebung des Beschwerdegrunds der Unangemessenheit der Ermessensausübung nach Art. 106 lit. c AsylG im Zuge der Teilrevision des Asylgesetzes, die am 1. Februar 2014 in Kraft getreten ist, ergeben. Durch diese Regelung wird nämlich möglicherweise die erforderliche eingehende und gründliche Überprüfung der Asylvorbringen durch (mindestens) eine unabhängige Beschwerdeinstanz verhindert, da diese Prüfungspflicht sich auf alle Aspekte der jeweiligen Entscheidung bezieht.

Der Schutzbereich von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK wird dabei bereits geöffnet, wenn kein wirksames Verfahren in Recht und Praxis zugänglich ist, selbst wenn im nationalen Asylverfahren Schutz gewährt würde. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Unwirksamkeit des Verfahrens praktisch materialisiert hat – also kein Schutz gewährt wurde, obwohl ein «*arguable claim*» vorlag. So hat der Gerichtshof im Fall *Gebremedhin* festgehalten, dass die Tatsache, wonach der Antragsteller Schutz im französischen Asylverfahren erhalten hatte, nicht notwendigerweise auch den Schluss rechtfertigt, dass das Verfahren insgesamt wirksam ist. Wenn essentielle Verfahrensgarantien fehlen, die eine echte Gefahr («*real risk*») der Ausschaffung begründen (im besagten Fall fehlte dem Asylverfahren am Flughafen die aufschiebende Wirkung), kann trotzdem eine Verletzung

von Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 3 EMRK vorliegen.²⁶ Ebenso ist es möglich, dass ein Vertragsstaat Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK verletzt, sofern ein «*arguable claim*» vorliegt, selbst wenn nach Einschätzung des Gerichtshofs die konkrete Überstellung in den Zielstaat keine *Refoulement*-Gefahr auslösen würde.²⁷

Diese Vorgaben gelten bereits für das erstinstanzliche Verfahren, insbesondere dann, wenn das Gerichtsverfahren weitgehend wirkungslos oder unerreichbar ist.²⁸ Nach der Rechtsprechung ist dabei bedeutsam, dass das Verfahren und die Beschwerdemöglichkeit in Recht und Praxis wirksam sind.²⁹ Es geht daher nicht darum, abstrakt zu bestimmen, ob das Verfahren in dem jeweiligen Land grundsätzlich effektiv sein könnte («*in abstracto*»), sondern um eine Prüfung, ob die Beschwerdemöglichkeit der betroffenen Person tatsächlich offenstand.³⁰ Aus dieser Vorgabe ergeben sich neben der Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung beispielsweise auch Anforderungen an den konkreten Zugang zum Verfahren, an die jeweilige Entscheidungsqualität, die Entscheidungsgeschwindigkeit, die Wirksamkeit der Beschwerdemöglichkeit und die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels.³¹ Diese Vorgaben des EGMR hinsichtlich des Schutzbereichs des Art. 13 EMRK bilden die Grundlage für die weiteren Ausführungen.

2. Zugang zu einem wirksamen Verfahren

Die Vorgabe der rechtlichen und praktischen Wirksamkeit der «Beschwerde» beinhaltet als erste Voraussetzung, dass ein entsprechendes Verfahren zugänglich ist. In der Regel wird dieses Verfahren im Geltungsbereich der EMRK ein Asylverfahren sein. Dies ist aber nicht unbedingt notwendig, solange dieses Verfahren in Recht und Praxis garantiert, dass eine Verletzung von Art. 3 EMRK wirksam verhindert wird.³² Die Verhinderung des Zugangs zu einem solchen Verfahren, die eine Verletzung von Art. 13 EMRK darstellt, kann sehr unterschiedliche Formen annehmen.

²⁶ *Gebremedhin*, § 56.

²⁷ *Mohammed gg. Österreich*, in dem das Dublin-Verfahren zu einer Überstellung nach Ungarn eine Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK begründet hatte, die Überstellung selbst aber nach Ansicht des Gerichtshofs nicht Art. 3 EMRK verletzte.

²⁸ *M.S.S.*, §§ 288-293.

²⁹ Vgl. bspw. *Čonka*, § 75 und *Gebremedhin*, § 53.

³⁰ *G.H.H. gg. Türkei*, Nr. 43258/98, UrT. v. 11. Juli 2000, § 34.

³¹ *M.S.S.*, §§ 288-293; *I.M.*, §§ 127-135.

³² Vgl. dazu vor allem die entsprechenden Verfahren gegen die Türkei, beispielsweise *G.H.H., Jabari, Abdolkhani und Karimnia* und *Z.N.S. gg. die Türkei*, Nr. 21896/06, UrT. v. 29. Januar 2010, in denen angesichts des in der Türkei (noch) nicht existierenden nationalen Asylverfahrens, die im nationalen Recht zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Verhinderung einer konventionswidrigen Ausschaffung geprüft wurden. Das von UNHCR durchgeführte Verfahren zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft wurde in diesen Fällen jeweils ausser Betracht gelassen, da es kein Verfahren des Vertragsstaates ist und sich auch aus einer Anerkennung als Flüchtling durch UNHCR keine entsprechenden Garantien zur Verhinderung einer konventionswidrigen Ausschaffung ergeben. Siehe vor allem *Abdolkhani und Karimnia*, § 112; *Z.N.S.*, §§ 48-49.

²¹ Vgl. EGMR, *Chahal gg. Vereinigtes Königreich*, Nr. 22414/93, UrT. (GK) v. 15. November 1996, § 150.

²² Siehe M. Giuffrè, *Watered-down rights on the high seas: Hirsi Jamaa and others v Italy* (2012), (2012) 61 ICLQ 782; A. Fischer-Lescano/T. Löhr/T. Tohidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, (2009) 21 IJRL 286, Ziff. 4.1; HRC, Comm. No. 1051/2002, 15. Juni 2002, § 12.

²³ UNHCR Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Festlegung der Flüchtlingseigenschaft, 2003, § 189; zu Asylverfahrensgarantien siehe auch ExCOM Conclusion 8 (XXVIII) von 1997 und zum beschleunigten Asylverfahren ExCOM Conclusion 30 (XXIV) von 1983.

²⁴ Siehe vorstehend, FN 4.

²⁵ *M.S.S.*, § 293; *Jabari*, § 50; *Shamayev*, § 448.

Diese reichen von fehlenden Informationen über passive oder sogar aktive Verhinderung des wirksamen Zugangs zum Verfahren bis hin zum Nicht-Vorhandensein von Dolmetscherdiensten und von Informationen über unentgeltliche Rechtspflege. Zur Illustration der Zugangsproblematik seien hier exemplarisch drei Fälle genannt:

Im Fall *Hirsi Jamaa gegen Italien* war der EGMR mit der Frage der sogenannten «push-backs» im Mittelmeer-Raum, der Rückschiebungen von Flüchtlingsbooten nach Libyen, konfrontiert.³³ Den zurückgeschobenen Somaliern und Eritreern wurde zu keinem Zeitpunkt ermöglicht, ein Asylgesuch zu stellen oder ihre Asylvorbringen beurteilen zu lassen. Es wurden ihnen keine Informationen über das italienische Asylverfahren, keine Dolmetscher und keine Rechtsberatung zur Verfügung gestellt. Dies sah der Gerichtshof als eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame und somit zugängliche Beschwerde gemäss Art. 13 i.V.m. Art. 3 (und auch i.V.m. Art 4 des 4. Zusatzprotokolls zu Massenrückschiebungen) an.³⁴

Im Fall *Abdolkhani und Karimnia* gegen die Türkei ging es um die Wirksamkeit des Verfahrens gegen eine Ausschaffung von iranischen Staatsangehörigen, die den Volksmudjaheddin (PMOI) angehört hatten, in den Irak. Die Verletzung von Art. 13 EMRK begründete der EGMR damit, dass weder die Verwaltungsbehörden noch das Gericht die vorgebrachten Risiken einer Verletzung von Art. 3 EMRK inhaltlich geprüft hatten. Diese Passivität («*totally passive*») der Behörden und des Gerichts qualifizierte der Gerichtshof als Fehlen der notwendigen gründlichen Untersuchung («*rigorous scrutiny*»).³⁵ Desweiteren stellte das Gericht fest, dass es an der Wirksamkeit schon deswegen fehlte, weil die Wegweisungsverfügung («*deportation order*») den Gesuchstellern nie zugestellt worden war.³⁶

In *M.S.S.*, dem Fall eines afghanischen Staatsangehörigen, dem es gelungen war, trotz vieler Schwierigkeiten ein Asylgesuch in Griechenland einzureichen, entschied der Gerichtshof, dass der Zugang zu einem wirksamen Asylverfahren durch unzureichende öffentliche Informationen über das Verfahren, erschwerten Zugang zu den Behörden, fehlende Kommunikation zwischen den Behörden und Mangel an Dolmetschern und an unentgeltlichen Anwälten unzulässigerweise behindert wurde.³⁷ Interessant ist aber auch, dass der Gerichtshof darauf hinwies, dass die fehlenden Informationen über Organisationen, die unentgeltliche Rechtsberatungen für Asylsuchende anbieten, das Asylsystem zusätzlich unwirksam machten.³⁸

Allen drei Fällen gemeinsam ist, dass jeweils eine Verletzung des *Refoulement*-Verbots vorlag und die Personen jeweils vor Zustellung eines Entscheids (im Fall *Hirsi Jamaa* sogar vor Einleitung eines Verfahrens) aus- bzw. rückgeschafft worden waren oder dies zumindest versucht wurde (in *M.S.S.*). Der Gerichtshof hat in dem unwirksamen oder verhinderten Zugang zum Verfahren jeweils (auch) eine Verletzung von Art. 13 in Verbindung mit Art. 3 EMRK gesehen. Die Ermöglichung des Zugangs zum Verfahren kann daher als essentielle Rechtmässigkeitsvoraussetzung für eine geplante Ausschaffung angesehen werden. Sie gilt ebenfalls extraterritorial, so lange der Vertragsstaat volle und wirksame Kontrolle («*full and effective control*» bzw. «*physical power and control*») über die betroffenen Personen hat.³⁹

Zum Recht auf einen wirksamen Zugang zum Beschwerdeverfahren gehört auch das Recht auf eine anfechtbare Verfügung.⁴⁰ Wenn ein Asylgesuch gar nicht erst geprüft wird und keine anfechtbare Verfügung erlassen wird und somit auch keine Beschwerdemöglichkeit besteht, beispielsweise weil die asylsuchende Person ihre Verfahrenspflichten nicht erfüllte, verletzt dies Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK.⁴¹ Diese Situation ist von derjenigen zu unterscheiden, in der eine asylsuchende Person während des Beschwerdeverfahrens untertaucht oder unentschuldigt von der Gerichtsverhandlung im Asylbeschwerdeverfahren fernbleibt. Eine Abschreibung in diesem Zusammenhang stellt keine Verletzung des Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK dar, dies schliesst aber eine Verletzung von Art. 3 EMRK im Falle einer Ausschaffung nicht aus.⁴² Im Zusammenhang mit der aktuellen Teilrevision des Asylgesetzes stellt sich somit die Frage, ob die formlose Abschreibung eines Asylgesuchs bei Missachtung der Mitwirkungspflicht nach Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG mit Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK vereinbar ist. Es ist vorgesehen, dass das Asylgesuch bei einer Verletzung der Mitwirkungspflicht formlos abgeschrieben wird und die asylsuchende Person danach während dreier Jahre nicht erneut um Asyl nachsuchen kann. Bei einer nicht anfechtbaren formlosen Abschreibung würde der Person das Recht auf eine wirksame Beschwerde faktisch entzogen und dies wäre wohl nicht mit Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK vereinbar. Potentiell verletzt diese Bestimmung auch die Verpflichtung der Schweiz im Dublin-System, da sie im

³³ Für eine Besprechung dieses Urteils siehe M. Giuffrè, *Watered-down rights on the high seas: Hirsi Jamaa and others v Italy* (2012), [2012] 61 ICLQ 782; und S. Ousmane/S. Progin-Theuerkauf/A. Chodorowska, *L'arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme – premières observations*, in: *Asyl* 2/12, 25.

³⁴ *Hirsi Jamaa*, §§ 202-205.

³⁵ *Abdolkhani und Karimnia*, § 113.

³⁶ *Abdolkhani und Karimnia*, § 116.

³⁷ *M.S.S.*, §§ 301-309.

³⁸ *M.S.S.*, § 319; siehe auch *Abdolkhani und Karimnia*, § 114.

³⁹ Vgl. *Hirsi Jamaa* für Rückführungen in internationalen Gewässern; *Amur gg. Frankreich*, Nr. 19776/92, Urt. v. 25. Juni 1996, § 43 für den Aufenthalt in der Transitzone eines internationalen Flughafens auf dem Gebiet eines Vertragsstaates. Beide Urteile entwickelten die bisherige Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendung der EMRK weiter, siehe z.B. *Medvedyev u.a. gg. Frankreich*, Nr. 3394/03, Urt. (GK) v. 29. März 2010, § 67 zur extraterritorialen Anwendung der EMRK in internationalen Gewässern; *Al-Skeini gg. Grossbritannien*, Nr. 55721/07, Urt. (GK) v. 7. Juli 2011, §§ 136-137 zur Ausübung von Kontrolle und Gewalt über ein Individuum durch Staatsbeamte.

⁴⁰ *Mohammed gg. Österreich*, §§ 83-84.

⁴¹ *Jabari*, § 49.

⁴² EGMR, *B.M. gg. Griechenland*, Nr. 53608/11, Urt. v. 19. Dezember 2013, §§ 82-84.

Falle einer formlosen Abschreibung der Verpflichtung, ein Asylverfahren für gesuchstellende Personen durchzuführen, die in ihre Zuständigkeit fallen, nicht nachkommen würde.

Zudem ist problematisch, dass in der Testphase keine Anhörung in Dublin-Verfahren vorgesehen ist, was eine erstinstanzliche genaue Prüfung und somit potentiell auch den Zugang zu einer wirksamen Beschwerde erheblich erschwert. Daraus ergeben sich erhebliche Probleme mit den erweiterten Verfahrensgarantien der Dublin-III-Verordnung, insbesondere mit dem Recht auf Information aus deren Art. 4 und dem rechtlichen Gehör, das die Basis für das gemäss Art. 5 Dublin-III-Verordnung erforderliche «persönliche Gespräch» ist.

Auch das Erheben von Gebühren- oder Verfahrenskostenvorschüssen kann bei bedürftigen Asylsuchenden Fragen über die praktische Zugangsmöglichkeit zu einem wirksamen Verfahren aufwerfen. Dies untersuchte der EGMR im Zusammenhang mit einem Familiennachzugsverfahren (und Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK) im Fall G.R. gegen die Niederlande.⁴³ Dem Beschwerdeführer war trotz eingereichtem Auszug der Sozialhilfezahlungen an die Familie ein Gebührenvorschuss von 830 Euro auferlegt worden. Dies, weil er gemäss nationalem Recht unzureichende Belege für seine Bedürftigkeit eingereicht hatte. Dies sah der EGMR als überspitzten Formalismus an und stellte eine Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK fest, da dem Beschwerdeführer der Zugang zu einem wirksamen Verfahren verweigert worden war.⁴⁴

Bemerkenswert ist an diesem Fall, dass der EGMR von sich aus die Frage der Zugänglichkeit des Verfahrens unter Art. 13 EMRK aufwarf. Die Frage des Zugangs zum Verfahren bei Erhebung von Gebührenvorschüssen hatte der EGMR bis dahin nur unter Art. 6 EMRK untersucht. Der Gerichtshof hielt ausdrücklich fest, dass unter Art. 6 entwickelte Grundsätze für die Auslegung von Art. 13 EMRK massgeblich sein können, auch wenn Art. 13 weniger hohe Anforderungen als Art. 6 EMRK an das Verfahren stellt. Der Gerichtshof betonte, dass der Zugang zum Verfahren bzw. der Beschwerde zum Kerngehalt («the very essence») einer wirksamen Beschwerde gehört.⁴⁵

Für die Frage, ob eine Verletzung von Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 3 EMRK vorliegt, ist die praktisch vorhandene und realistische Zugangsmöglichkeit zu einem wirksamen Verfahren entscheidend und nicht die Frage, ob die Person tatsächlich Zugang zu einem wirksamen Verfahren hatte. Es besteht also für die asylsuchende Person eine gewisse Verpflichtung, vorhandene wirksame Verfahren auch zu nutzen. Aus dieser Überlegung heraus wurde Frankreich in den Fällen M.E. und K.K. nicht wegen einer Verletzung von Art. 13 EMRK verurteilt (wohl aber wegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK). Im Fall M.E. hatte die

asylsuchende Person erst in der Ausschaffungshaft ein Asylgesuch gestellt und nicht bereits während ihres vorherigen dreijährigen illegalen Aufenthalts in Frankreich. Im Fall K.K. hatte die asylsuchende Person vorgängig Asylgesuche in Griechenland und in England gestellt und war sich daher der Notwendigkeit, Beweismittel einzureichen, bewusst. Trotz der kurzen Verfahrensfristen im beschleunigten Verfahren in Frankreich hatten diese Asylsuchende Personen ausreichend Zeit gehabt, die nötigen Beweismittel zusammenzutragen.⁴⁶ Anders als in *I.M. gg. Frankreich* hatten die kurzen Verfahrensfristen nicht dazu geführt, dass der Asylsuchende seine Vorbringen nicht substantiieren konnte.⁴⁷ Die Anforderungen nach Art. 13 EMRK sind demnach andere, wenn die asylsuchende Person vorgängig ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, ein Asylgesuch zu stellen bzw. ihr Asylgesuch vorzubereiten. Bei einer solchen Konstellation, in der ein beschleunigtes Verfahren grundsätzlich zulässig ist, kann es daher – wie in den Fällen M.E. und K.K. – vorkommen, dass zwar eine Verletzung von Art. 3 nicht aber von Art. 13 EMRK vorliegt.

Ein bedeutender Aspekt des wirksamen Zugangs kann im Kontext von Asylverfahren das Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand sein. Der EGMR hat im Fall M.S.S. konstatiert, dass der fehlende Zugang zu rechtlicher Beratung und Unterstützung beziehungsweise die fehlende Information, dass es Organisationen gibt, die diese kostenlos zur Verfügung stellen, mit dazu beitragen kann, dass das Verfahren als unwirksam einzustufen ist.⁴⁸ Die Ermöglichung des Zugangs zu unentgeltlicher Rechtsberatung und gegebenenfalls -vertretung ist eine Garantie, die bisher hauptsächlich aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK abgeleitet wurde, der wie bereits erwähnt im Asylverfahren nicht gilt. Dass der EGMR dieses Recht im Zusammenhang mit einem «arguable claim» aus Art. 13 EMRK herleitet, ist sicherlich eine bedeutende Verbesserung für Asylsuchende.⁴⁹ Angesichts der aktuellen Teilrevision des Asylgesetzes, die neu in Art. 110a AsylG die Möglichkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistands auf Beschwerdeebene vorsieht, hat sich in dieser Beziehung auch eine Verbesserung auf nationaler Ebene ergeben. Problematisch ist in diesem Zusammenhang aber, dass Dublin-Verfahren nach Art. 110a Abs. 1 lit. a AsylG hiervon ausdrücklich ausgenommen sind, insbesondere da Art. 27 Abs. 6 Dublin-III-Verordnung ausdrücklich das Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand festhält. Davon darf

⁴⁶ EGMR, *M.E. gg. Frankreich*, Nr. 50094/10, Urt. v. 6. Juni 2013, § 69; K.K. gg. Frankreich, §§ 69-70.

⁴⁷ Vgl. den Fall *I.M.*, in dem der Beschwerdeführer zwar auch erst nach seiner Verhaftung den Wunsch, um Asyl zu ersuchen, zum Ausdruck brachte und erst in Ausschaffungshaft das eigentliche Asylgesuch stellen konnte. Da er aber gleich nach seiner illegalen Einreise verhaftet wurde, bestand für ihn nicht die Möglichkeit der ausreichenden Vorbereitung seines Asylgesuchs, siehe §§ 20-27, §§ 144-145.

⁴⁸ M.S.S., § 319.

⁴⁹ Vgl. dazu vertiefend J. Stern, *Kostenloser Rechtsbeistand für Asylsuchende in der Schweiz – Rechtspraxis, Rechtsgrundlagen, Potentiale und Perspektiven*, in: *Asyl* 2/2013, 3, 4f.

⁴³ EGMR, *G.R. gg. Niederlande*, Nr. 22251/07, Urt. v. 10. Januar 2012.

⁴⁴ *G.R. gg. Niederlande*, § 55.

⁴⁵ *G.R. gg. Niederlande*, §§ 36-37, 47-50.

nur durch eine ausdrückliche Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts unter der Voraussetzung, dass keine greifbaren Erfolgsaussichten bestehen, abgewichen werden und es muss sichergestellt sein, dass der Zugang zur Beschwerdeinstanz effektiv besteht. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser in Verbindung mit Art. 65 VwVG self-executing ist. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden Art. 6 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung ausdrücklich ein Recht auf rechtliche Vertretung statuiert.⁵⁰

3. Das Erfordernis einer wirksamen Überprüfung der Asylvorbringen

3.1 Glaubhaftmachen und Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts in Asylverfahren

Der EGMR hat schon früh in seiner Rechtsprechung zu *Refoulement*-Fällen unter Art. 3 EMRK klargestellt, dass keine zu hohen Anforderungen an die Darlegung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die gesuchstellenden Personen gestellt werden dürfen. So kann beispielsweise ein Beweis, dass die unmenschliche Behandlung oder Folter wahrscheinlich sein wird, nicht verlangt werden.⁵¹ Vielmehr genügt es, wenn die gesuchstellende Person «stichhaltige Gründe» für ein «*real risk*» der Folter oder unmenschlichen Behandlung vorbringt, woraufhin es dem Vertragsstaat obliegt, dies genau zu prüfen.⁵² In seiner Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK hat der Gerichtshof auch auf die besonderen Schwierigkeiten, mit denen Asylsuchende oft hinsichtlich der Darlegung konfrontiert sind, hingewiesen.⁵³ Der Grundsatz «*in dubio pro refugio*» wird deswegen vom Gerichtshof im Asylverfahren angewendet, sofern stichhaltige Gründe für eine *Refoulement*-Gefahr vorliegen.⁵⁴

Dieser unter Art. 3 EMRK entwickelte Grundsatz gilt auch für die Beurteilung der Echtheit von eingereichten Beweismitteln. Die Echtheit der Beweismittel, die von einer gesuchstellenden Person eingereicht werden, kann von der Behörde nur gestützt auf eine hinreichende Begründung in Frage gestellt werden. Nur wenn die Behörde hinreichend

begründeten Zweifel anbringt, ist die gesuchstellende Person verpflichtet, diese zu entkräften.⁵⁵ So stellte der Gerichtshof in zwei Fällen – dem eines früheren iranischen Geheimdienstagenten und dem eines pakistanischen Ahmadi – fest, dass die Behörden keine oder nur unzureichende Begründungen für ihre Zweifel an der Echtheit der eingereichten iranischen Vorladungen bzw. pakistanischen Strafanzeigen angebracht hatten. Folglich befand der Gerichtshof, dass es keine Gründe gab, die Echtheit der Beweismittel anzuzweifeln.⁵⁶ Auch zu spät eingereichte Beweismittel dürfen aufgrund deren Verspätung nicht unberücksichtigt bleiben.⁵⁷

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich unter Art. 3 EMRK eine gemeinsame Pflicht zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts zwischen Behörde und gesuchstellender Person. Diese schlägt sich auch in positiven Untersuchungsverpflichtungen der Vertragsstaaten nieder, die der EGMR ebenfalls bereits in seiner Rechtsprechung zu *Refoulement*-Fällen unter Art. 3 EMRK entwickelt hat. So hat beispielsweise der Vertragsstaat – also die prüfende Behörde beziehungsweise im Beschwerdeverfahren die Gerichtsstanz – in allen Fällen, in denen ernsthafte Hinweise auf Folter vorliegen, auch eine positive Untersuchungspflicht. Was solche ernsthafte Hinweise sein können, zeigte der Gerichtshof beispielhaft am Verfahren *R.C. gegen Schweden* auf.⁵⁸ Im nationalen Verfahren waren die Vorbringen des iranischen Asylsuchenden als unglaublich eingestuft worden und das schwedische Gericht hatte dem vom Asylsuchenden eingereichten Arztbericht, der nicht von einem Experten verfasst worden war, kein Gewicht beigemessen. Der Gerichtshof ordnete *proprio motu* das Einholen eines medizinischen Expertenberichts zu den Narben des Asylsuchenden an und der Bericht bestätigte die Asylvorbringen des Betroffenen. Der Gerichtshof hielt fest, dass der Asylsuchende mit dem von ihm eingereichten, nicht von einem Experten verfassten Bericht, stichhaltige Gründe für seine Asylvorbringen eingereicht hatte und es an den schwedischen Behörden gewesen wäre, diese zu widerlegen und selbst einen Expertenbericht zu den Narben einzuholen.⁵⁹

Diese zu Art. 3 EMRK entwickelten Standards lassen sich für die Frage der Darlegung der «*arguability*» eines Falles auf die Frage, ob eine Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK vorliegt, übertragen. In der Rechtssache *Singh u.a. gegen Belgien*⁶⁰ untersuchte der Gerichtshof die

⁵⁰ Dies entspricht auch der bisherigen Praxis und Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: BVGE 2011/23.

⁵¹ EGMR, *Soering gg. Grossbritannien*, Nr. 14038/88, Urt. (GK) v. 7. Juli 1989, §§ 93-99.

⁵² EGMR, *Saadi gg. Italien*, § 125; *Soering*, §§ 90-91; *N. gg. Schweden*, Nr. 23505/09, Urt. v. 20. Juli 2010, § 51; *R.C. gg. Schweden*, § 53; *Hirsi Jamaa*, § 114.

⁵³ Siehe z.B. EGMR, *Bahaddar gg. Niederlande*, Nr. 25894/94, 19. Februar 2008, § 45; *Shikpokht und Shole gg. Niederlande*, Nr. 39349/03, Zulässigkeitsentscheid v. 27. Januar 2005, Ziff. B.2: der Gerichtshof betonte, dass die hohe Anforderung tatsächlicher Belege für die Vorbringen der Asylsuchenden diesen eine «*probatio diabolica*» auferlegen würde.

⁵⁴ EGMR, *N. gg. Schweden*, § 53; *Said gg. Niederlande*, Nr. 2345/02, Urt. v. 5. Juli 2005, § 49, *R.C. gg. Schweden*, § 50; *K.K. gg. Frankreich*, Nr. 18913/11, Urt. v. 10. Oktober 2013, § 48; *N.K. gg. Frankreich*, Nr. 7974/11, Urt. v. 19. Dezember 2013, § 38; siehe auch UNHCR Handbuch, § 196.

⁵⁵ EGMR, *Mo P. gg. Frankreich*, Nr. 55787/09, Zulässigkeitsentscheid v. 30. April 2013, § 53; *K.K. gg. Frankreich*, §§ 48, 52; *N.K. gg. Frankreich*, §§ 38, 45-46.

⁵⁶ *K.K. gg. Frankreich*, § 52; *N.K. gg. Frankreich*, § 45.

⁵⁷ *Shamayev*, §§ 361, 367; wobei die Verspätung die Glaubhaftigkeit zweifelhaft erscheinen lassen kann: EGMR, *Cruz Varas gg. Schweden*, Nr. 15576/89, Urt. v. 20. März 1991, § 78; *Nasimi gg. Schweden*, Nr. 38865/02, Zulässigkeitsentscheid v. 16. März 2004.

⁵⁸ Nach dem schwedischen Asylverfahrensrecht muss die gesuchstellende Person beweisen, dass sie die Voraussetzungen für die Schutzgewährung erfüllt.

⁵⁹ *R.C. gg. Schweden*, § 53.

⁶⁰ EGMR, *Singh u.a. gg. Belgien*, Nr. 33210/11, Urt. v. 2. Oktober 2012.

Frage, welche positive Untersuchungsverpflichtung den jeweiligen Vertragsstaat unter Art. 13 EMRK bei möglicherweise gefälschten Identitätsdokumenten im Asylverfahren trifft. In diesem Fall handelte es sich um eine afghanische Familie, die der Minderheit der Sikh angehörte und eine Weile in Russland und zuvor in Indien gelebt hatte. In Indien waren sie vom UNHCR als Flüchtlinge anerkannt worden. Als die Familie in Belgien Asyl beantragte, händigte sie ihre Identitätsdokumente (*Taskara*) sowie Kopien ihrer Original Reisepässe ein. Auf Beschwerdeebene konnten sie über die Partnerorganisation des UNHCR in Belgien die Flüchtlingsanerkennung durch das UNHCR in Indien nachreichen. Diesen mass das belgische Gericht jedoch kein Gewicht bei, sondern befand, dass die Asylsuchenden ihre afghanische Herkunft nicht belegt hatten und wies die Asylgesuche ab. Der EGMR betonte, dass die belgischen Behörden sich nicht leichtfertig mit der Behauptung zufrieden geben durften, dass die eingereichten Dokumente leicht gefälscht werden könnten, sondern zumindest beim UNHCR hätten verifizieren können, ob die Flüchtlingsanerkennungen echt waren. Die Überprüfung der Asylgesuche durch die belgischen Behörden konnte somit den Anforderungen an eine gründliche und unabhängige Überprüfung der Refoulement-Gefahr gemäss Art. 13 i.V.m. Art. 3 nicht genügen.⁶¹

3.2 Aufschiebende Wirkung des Gesuchs und der Beschwerde

Als erste und schnelle «Reaktion» des Vertragsstaates⁶² erfordert Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK, dass dem Gesuch beziehungsweise der Beschwerde automatische aufschiebende Wirkung zukommt, sofern stichhaltige Gründe vorliegen, dass der gesuchstellenden Person ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, wie beispielsweise Folter oder unmenschliche Behandlung, droht.⁶³

Im Fall *Čonka* befasste sich der EGMR mit der Frage, ob eine gesetzlich verankerte aufschiebende Wirkung zur Sicherung der Rechte aus Art. 13 EMRK erforderlich ist oder ob es ausreicht, dass durch die entsprechende Praxis im angewendeten Schnellverfahren gewährleistet war, dass der Antragsteller bis zum Abschluss der Prüfung der Beschwerde in Belgien verbleiben konnte. Der Gerichtshof kennzeichnete diese Praxis als nicht ausreichend und berief sich dabei auf das Rechtsstaatsprinzip («*rule of law*») als fundamentalen Grundsatz einer demokratischen Ordnung.⁶⁴ Es genüge nicht, dass eine entsprechende Regelung in der Praxis wirksam sei, der Schutz der Rechte aus Art. 13 EMRK verlange vielmehr, dass eine Beschwerde in Recht und Praxis wirksam sei. Der EGMR hat daher eine Verlet-

zung von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK festgestellt. Nach einer Gesetzesänderung sah der EGMR im Fall *Quraishi*⁶⁵ die rechtliche Lage in Belgien als in Einklang mit Art. 13 EMRK an.

In *M.S.S.* nahm der Gerichtshof die *praktische* Wirksamkeit der Beschwerdemöglichkeit in den Blick und verurteilte Belgien – basierend auf den in diesem Bereich festgestellten Mängeln – wegen Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK. Der Gerichtshof stellte fest, dass das belgische Dublin-Verfahren keine automatisch aufschiebende Wirkung kenne und im belgischen Schnellverfahren, mit dem über die Gewährung einer vorsorglichen Massnahme in Dublin-Fällen entschieden wird, keine genaue Überprüfung der Vorbringen des Asylsuchenden möglich ist. Das Verfahren stellte lediglich darauf ab, ob der Asylsuchende «konkrete Beweise» für eine Verletzung von Art. 3 EMRK in Griechenland vorgebracht hatte. Diese Forderung stellte eine unzulässig hohe Anforderung an die Beweisführung («*standard of proof*») dar, die eine angemessene Überprüfung der Gefahr einer Verletzung von Art. 3 vor der Rücküberstellung nach Griechenland unzulässigerweise verunmöglicht hatte.⁶⁶ Ebenso genügte im Fall *M.S.S.* das griechische Asylverfahren, welches nicht gegen *Refoulement* während des Verfahrens schützte, den Anforderungen an die aufschiebende Wirkung nicht.⁶⁷ Tatsächlich hatten die griechischen Behörden zweimal versucht den als asylsuchenden registrierten Antragsteller in die Türkei auszuschieffen.⁶⁸

Im Fall *Gebremedhin gegen Frankreich* hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur aufschiebenden Wirkung präzisiert und die erforderliche Wirkungsweise weiter erläutert. Er stellte klar, dass die aufschiebende Wirkung automatisch eintreten muss, um wirksam zu sein. In diesem Fall war dies nicht gegeben, da das französische Verfahren an der Grenze (Flughafen) zwar eine eingehende und gründliche Prüfung des Vorbringens der betroffenen Person ermöglichte, während dieser Prüfung aber kein Suspensiveffekt hinsichtlich einer möglichen Ausschaffung bestand.⁶⁹

Das Argument der italienischen Regierung im Fall *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*, dass die zurückgeschobenen Eritreer und Somalier von Libyen aus strafrechtliche Verfahren gegen das italienische Militär, das sie dorthin verbracht hatte, hätten anstreben sollen, wies der Gerichtshof zurück und betonte, dass die aufschiebende Wirkung einer Beschwerdemöglichkeit gegen eine angefochtene Massnahme (in diesem Fall Rücktransport und Ausschaffung nach Libyen) nicht als subsidiäre Garantie des Art. 13 EMRK angesehen werden kann.⁷⁰ Die automatische aufschiebende Wirkung ist in Abschiebungsverfahren also Teil der essen-

⁶⁵ EGMR, *Quraishi gg. Belgien*, Nr. 6130/08, Urt. v. 12. Mai 2009.

⁶⁶ *M.S.S.*, §§ 386–390, insbesondere § 389.

⁶⁷ *M.S.S.*, §§ 315, 321; siehe ebenso *R.U. gg. Griechenland*, Nr. 2237/08, Urt. v. 7. Juni 2011, §§ 75, 77.

⁶⁸ *M.S.S.*, § 315.

⁶⁹ *Gebremedhin*, § 66.

⁷⁰ *Hirsi Jamaa*, § 206.

⁶¹ *Singh*, §§ 104–105.

⁶² *De Souza Ribeiro*, § 82; *M.A. gg. Zypern*, § 133.

⁶³ *Gebremedhin*, § 66; *M.S.S.*, § 293; *Abdolkhani und Karimnia*, § 58.

⁶⁴ *Čonka gg. Belgien*, §§ 75, 83.

tiellen Voraussetzungen, die vorliegen müssen, um eine Beschwerde als wirksam qualifizieren zu können. Es ist noch nicht abschliessend geklärt, was die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Dauer der Wirkung und der Voraussetzungen für die Vorliegen eines «*arguable claim*» genau beinhaltet,⁷¹ es ist aber klar, dass auch die aufschiebende Wirkung in Recht und Praxis wirksam sein dieser Effekt automatisch eintreten muss.

3.3 Dublin-Verfahren und Art. 13 EMRK

3.3.1 Andere Standards für Dublin-Verfahren?

Um den Anforderungen von Art. 13 EMRK zu genügen, muss das innerstaatliche Verfahren einen wirksamen Schutz vor willkürlichem, direktem oder indirektem *Refoulement* in den Fluchtstaat gewährleisten.⁷² Dies erfordert eine unabhängige und gründliche Prüfung der geltend gemachten *Refoulement*-Gefahr, selbst wenn es sich bei dem zu prüfenden Fall um ein beschleunigtes Verfahren oder um ein Verfahren zur Überstellung in einen sicheren Drittstaat (zu dieser Kategorie gehören auch Dublin-Verfahren) handelt.⁷³ Aus der Sicht des Gerichtshofs beziehungsweise der EMRK kann auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge oder bilateraler Abkommen oder auch die EU-Rechtsetzung nicht die Verpflichtungen aus Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 3 EMRK aushebeln. Der Gerichtshof überprüfte in *M.S.S.* konkret die Frage, ob Zusicherungen beispielsweise hinsichtlich der Aufnahmebedingungen oder des Verfahrenszugangs seitens eines anderen Staates (hier konkret im Dublin-Verfahren) ein Grund sein könnten, die Verpflichtungen der des überstellenden Vertragsstaats im Hinblick auf die Überprüfung der Bedingungen im Zielstaat zu verringern. Während diese Möglichkeit, insbesondere wenn individuelle Zusicherungen vorliegen, nicht grundsätzlich ausgeschlossen erscheint,⁷⁴ befand der Gerichtshof im konkreten Fall, dass Belgien sich nicht hätte auf solche Zusicherungen Griechenlands verlassen dürfen, da diese erstens erst nach der Überstellung gemacht wurden und zweitens ohnehin pauschal und ohne auf den Betroffenen zugeschnittene Garantien formuliert waren.⁷⁵

⁷¹ Siehe dazu beispielsweise C. Hruschka/R. Weinzierl, *Effektiver Rechtsschutz im Lichte deutscher und Europäischer Grundrechte – Zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung des Asylverfahrensgesetzes im Kontext der Anwendung der Dublin II-Verordnung*, NVwZ 2009, 1540 ff.

⁷² *M.S.S.*, § 286; EGMR, *T.I. gg. Grossbritannien*, Nr. 43844/98, Zulässigkeitsentscheid v. 7. März 2000.

⁷³ *Diallo*, §§ 57, 76, 81, 85.

⁷⁴ Dies ist eine Thematik, die häufig in Auslieferungsfällen aufkommt. Der EGMR verweist hier in seiner Rechtsprechung grundsätzlich darauf, dass eine solche (diplomatische) Zusicherung einzelfallbezogen und glaubwürdig sein muss, um das Risiko einer Verletzung eines Konventionsrechts soweit zu verringern, dass kein «*arguable claim*» mehr vorliegt. Vgl. dazu besonders instruktiv, *Othman (Abu Qatada)*, §§ 142-154 und 183-189.

⁷⁵ *M.S.S.*, § 354.

Solche Zusicherungen haben auch in Dublin-Verfahren wieder an Aktualität gewonnen, beispielsweise im Zusammenhang mit einem Dublin-Italien-Verfahren, in dem der EGMR den überstellenden Staat aufforderte, Zusicherungen über angemessene Aufnahmebedingungen für eine fünfköpfige somalische Familie bei Italien einzuholen. Als diese spezifisch für diesen Fall zugesichert wurden, wurde die vorsorgliche Massnahme vom EGMR aufgehoben.⁷⁶

Die Zuständigkeitsübernahme in einem Dublin-Fall sowie die Erklärung von anderen Staaten als «sicher» sind also aus der Sicht des Gerichtshofs lediglich Aspekte, die bei der Frage zu berücksichtigen sind, ob ein «*arguable claim*» vorliegt. Dabei ist allerdings aus der Sicht der EMRK nicht das in Dublin-Fällen von den Staaten häufig zitierte Prinzip des gegenseitigen Vertrauens bedeutsam, sondern die Tatsache, dass in Dublin-Fällen der angefragte Staat ebenfalls ein Vertragsstaat der EMRK ist und der Schutz des EGMR auch direkt von dort aus angerufen werden kann.⁷⁷ So hatte der Gerichtshof noch im Dezember 2008 im Fall *K.R.S.* zu Überstellungen nach Griechenland festgehalten, dass im Falle einer Überstellung zuerst der Vertragsstaat Griechenland für das wirksame Asylverfahren und den entsprechenden Rechtsschutz zuständig sei und falls dieses nationale Verfahren nicht den entsprechenden Schutz gewähre, die betroffene Person noch die Möglichkeit habe, sich von Griechenland aus an den EGMR zu wenden. In der Entscheidung ging das Gericht einerseits davon aus, dass in Griechenland selbst keine Verletzung von Art. 3 EMRK drohe und hatte daher vor allem auf indirektes *Refoulement* und die Tatsache, dass Griechenland keine Rückführungen in den Iran durchführe, abgestellt. Andererseits verwies das Gericht auf die Verpflichtung Griechenlands, sich als Vertragsstaat an die EMRK zu halten und gegebenenfalls auch Beschwerden zum EGMR zu ermöglichen.

Für die Widerlegung dieser Vermutung, dass Griechenland seine Verpflichtungen einhalte, verlangte der Gerichtshof einen Beweis für die mangelnde Vertragstreue. Die damals vorliegenden Berichte von UNHCR, Amnesty International und NOAS (Norwegian Organisation for Asylum Seekers) liess der Gerichtshof hierfür nicht ausreichen und lehnte die Beschwerde als unzulässig ab.⁷⁸ Im Falle eines noch vor dem Urteil in *K.R.S.* im Oktober 2008 von Österreich nach Griechenland überstellten Asylsuchenden befand der Gerichtshof, dass Österreich zu diesem Zeitpunkt nicht hätte wissen können, dass die Umstände in

⁷⁶ Vorsorgliche Massnahme im EGMR-Verfahren Nr. 81498/12, bei den Akten der Autoren; kritisch zur EGMR Rechtsprechung zu Dublin-Italien-Fällen hat sich das Frankfurter Verwaltungsgericht geäussert, das in Italien systematische Mängel festgestellt hat: Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt, 7 K 560/11.F.A.

⁷⁷ Alle Staaten des Dublin-Systems sind auch Vertragsstaaten der EMRK. Zudem verankert Art. 6 EUV für die EU-Staaten die EMRK auch noch im europäischen Primärrecht.

⁷⁸ EGMR, *K.R.S. gg. Grossbritannien*, Nr. 32733/08, Zulässigkeitsentscheid v. 2. Dezember 2008.

Griechenland Art. 3 EMRK verletzen könnten.⁷⁹ Die Entscheidung *K.R.S.* wurde durch die Entscheidung im Fall *M.S.S.* wieder korrigiert. Insbesondere revidierte der Gerichtshof damit seine Rechtsprechung hinsichtlich der Beweislast und der Frage, wann und wie der überstellende Staat vorliegende Länderinformationen zur Kenntnis nehmen und seiner Entscheidung zugrundelegen muss.

Aus ähnlichen Gründen hatte der Gerichtshof bereits im Jahr 2000 im Fall *T.I. gegen Grossbritannien*⁸⁰, in dem es um eine Dublin-Rücküberstellung eines Tamilen von Grossbritannien nach Deutschland ging, einen Unzulässigkeitsentscheid erlassen, da Deutschland im Rahmen des Verfahrens zugesichert hatte, den Fall nochmals aufzunehmen und eine mögliche Refoulement-Gefahr – trotz der damaligen Nichtanerkennung der nicht-staatlichen Verfolgung in Deutschland – umfassend zu prüfen. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof aber ebenso wie in *K.R.S.* betont, dass dies nicht bedeute, dass den überstellenden Staat keine Pflicht zur gründlichen und wirksamen Prüfung der Einhaltung der EMRK treffe, sondern vielmehr deutlich gemacht, dass zwar grundsätzlich von der Vertragstreue von Vertragsstaaten ausgegangen werden darf,⁸¹ diese Prüfung aber im Einzelfall wirksamen Schutz bieten muss.

Diese Aspekte der Dublin-Rechtsprechung hat der EGMR im Fall *M.S.S.* erstmals konkret dazu verwendet, um im Rahmen der Prüfung einer Beschwerde gegen eine Dublin-Überstellung (nach Griechenland) die Rechtswidrigkeit einer Überstellung festzustellen. Diese Kehrtwende in der Praxis kam deswegen zustande, weil der Beschwerde ein sogenannter «starker Fall» zugrunde lag, in dem der Antragsteller eindeutig die Flüchtlingseigenschaft erfüllte und trotz seiner Registrierung als Asylsuchender der ständigen Gefahr der Ausschaffung in die Türkei (mit möglicher weiterer Ausschaffung Richtung Afghanistan, seinem Heimatland) ausgesetzt war. Diesen Fall nutzte der EGMR auch dazu, die genannten Standards unter Art. 13 EMRK weiterzuentwickeln.⁸²

Konkret sind zwei Aspekte der Entscheidung für die Frage der Wirksamkeit des Verfahrens und der Beschwerde von besonderer Bedeutung. Einerseits ging es um das «*effective remedy*» im griechischen Asylsystem selbst und andererseits um die Prüfung der Zustände in Griechenland durch Belgien. Hinsichtlich der Gesamtheit des griechischen Asylverfahrens (inklusive Gerichtsverfahren) als ein «*effective remedy*» hielt der Gerichtshof fest – wie oben dargelegt – dass ein wirksamer Refoulement-Schutz in Griechenland nicht besteht.

3.3.2 Anforderungen an die Wirksamkeit des Beschwerdeverfahrens in Dublin-Fällen

Der EGMR befasste sich in *M.S.S.* – unter der Prämisse, dass auch im Dublin-Verfahren eine materielle Prüfung einer direkten und indirekten Refoulement-Gefahr nicht ausbleiben darf – auch mit der Wirksamkeit des belgischen Rechtschutzverfahrens. In der belgischen Praxis identifizierte der Gerichtshof in *M.S.S.* zwei Probleme, die wohl jeweils für sich ausgereicht hätten, um eine Verletzung von Art. 13 EMRK zu begründen. Einerseits durfte dem Betroffenen nicht wegen der gegenseitigen Sicherheitsvermutung eine so hohe Beweislast hinsichtlich des «*arguable claim*» auferlegt werden, dass praktisch keine materielle Prüfung vorgenommen werden konnte. Andererseits war das belgische Schnellverfahren, unter dem die Beschwerde geprüft wurde, mit seinen kurzen Fristen und der nur summarischen Prüfung der Vorbringen auch generell nicht geeignet, das Recht auf eine wirksame Beschwerde abzusichern.⁸³ Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang fest, dass es sich bei dem notorisch überlasteten Asylverfahren Griechenlands um einen weitbekannten Tatbestand handelte, der vom Gericht des Vertragsstaates bei der Gesuchprüfung ohne weitere Vorbringen der betroffenen Person zu berücksichtigen war. In dieser Hinsicht lag die Beweislast beim Vertragsstaat.⁸⁴

Aus dem Gesagten ergibt sich mit Blick auf das Schweizer Asylverfahren, dass für Dublin-Verfahren und alle anderen Nichteintretenstatbestände die menschenrechtlichen Vorgaben der EMRK gleichermassen zu berücksichtigen sind, wie für Entscheidungen über Rückführungen in das Herkunftsland.⁸⁵ Hier wird also ebenfalls eine Prüfungspflicht immer dann ausgelöst, wenn ein «*arguable claim*» vorliegt.

Daraus können sich in der Praxis Probleme angesichts des aktuellen Umgangs mit Zweitgesuchen in Dublin-Verfahren ergeben. Wie vorstehend erwähnt hat der Gerichtshof zwar klargestellt, dass nicht jedes Gesuch, das die Verletzung eines Konventionsrechts geltend macht, den Schutz eines wirksamen Verfahrens gemäss Art. 13 EMRK erhält. Wenn ein Zweitgesuch keine neuen Vorbringen enthält, fin-

⁷⁹ M.S.S., §§ 390 ff.

⁸⁰ M.S.S., § 352; siehe auch Hirsi Jamaa, §§ 133, 156; für eine ausführliche Besprechung siehe C. Hruschka/F. Maiani, Dublin-Rückführungen und die Sicherheit im zuständigen Staat – von einer theoretischen zu einer tatsächlichen Überprüfung? in: Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht, 2010/2011.

⁸¹ Dies kommt auch in der Neufassung der Dublin-II-Verordnung zum Ausdruck, in der nunmehr festgehalten ist, dass eine Überstellung bei einer drohenden Verletzung von Art. 4 der Grundrechtecharta (der Art. 3 EMRK entspricht), nicht durchgeführt werden darf (Art. 3 Abs. 2 der Neufassung) und dass die Vertragsstaaten vor einer Überstellung die Bedingungen im Zielstaat prüfen müssen (Erwägungsgrund 19 der Neufassung), vgl. dazu auch C. Hruschka, Klarere Abläufe und gestärkte Verfahrensrechte – eine erste Einschätzung der Neufassung der Dublin-II-Verordnung, Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013.

⁷⁹ EGMR, *Sharifi gg. Österreich*, Nr. 60104/08, Urt. v. 5. Dezember 2013, §§ 34–38.

⁸⁰ EGMR, *T.I. gegen Grossbritannien*, Nr. 43844/98, Zulässigkeitsentscheid v. 7. März 2000, S. 15 f.; siehe auch Auslieferungsentscheid gestützt auf Art. 13 EMRK in *Shamayev*.

⁸¹ Siehe hierzu F. Maiani, *Fitting EU Asylum Standards in the Dublin Equation*, in: *Asyl* 2/10.

⁸² M.S.S., § 342.

den die Verfahrensgarantien des Art. 13 keine Anwendung.⁸⁶ Die Prüfung eines Zweitgesuchs in einem beschleunigten Verfahren ist grundsätzlich zulässig.⁸⁷ Dies bedeutet, dass es grundsätzlich keinen rechtlichen Bedenken begegnet hinsichtlich der Verfahrensgarantien und der Prüfungstiefe zwischen erstem Asylgesuch und Mehrfachgesuchen zu unterscheiden.⁸⁸ Es kann aber im Einzelfall vorkommen – gerade in Dublin-Verfahren – dass zum Zeitpunkt der ersten Asylgesuchstellung die individuellen oder generellen Probleme im Zielstaat der Überstellung noch unzureichend bekannt waren und diese erst in einem zweiten Gesuch angemessen geltend gemacht werden können, so dass im zweiten Dublin-Verfahren ein «*arguable claim*» vorliegt.⁸⁹ Wenn ein «*arguable claim*» vorliegt, muss eine in Recht und Praxis wirksame Beschwerdemöglichkeit gegeben sein. Wie vorstehend unter Ziff. 2 erwähnt gehört dazu auch das Recht auf eine anfechtbare Verfügung. Es genügt den Anforderungen von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK nicht, dass die Behörden ihr Ermessen zur Überprüfung der *Refoulement*-Gefahr nochmals ausüben können.⁹⁰ Ob dies in allen Fällen von Zweitgesuchen von sogenannten Dublin-Rückkehrern, die – wenn sie nicht als verletzlich eingestuft werden – ohne Möglichkeit der erneuten Asylgesuchstellung beim Bundesamt für Migration direkt dem früheren Aufenthaltskanton wieder zugewiesen werden, gewährleistet ist, kann angesichts der stark variierenden kantonalen Rechtslage und der entsprechend unterschiedlichen kantonalen Praxis zumindest bezweifelt werden.

4. Verkürzte Verfahrensfristen und beschleunigte Asylverfahren

Art. 13 stellt auch gewisse Anforderungen an die Entscheidengeschwindigkeit. Das Asylverfahren darf einerseits nicht so lange dauern, dass die Wirksamkeit der Beschwerde unterlaufen wird,⁹¹ andererseits darf das Rechtsmittelverfahren aber auch nicht so kurze Fristen vorsehen, dass es eine wirksame Einsprache verunmöglicht.⁹² Gerade das Einholen von Beweismitteln kann sich im Asylverfahren als besonders schwierig und langwierig herausstellen, was bei kurzen Fristen die Beweismittelführung verunmöglichen kann.

Während bei in klaren bzw. offensichtlichen Fällen, wie z.B. bei missbräuchlichen oder verspätet gestellten Asylgesuchen beschleunigte Verfahren zulässig sein können, darf ein solches Verfahren das Wahrnehmen der Beschwerdemöglichkeit nicht verunmöglichen. Das kann aber in Fällen nach Art. 8 Abs. 3bis AsylG der Fall sein.

Im Zusammenhang mit beschleunigten Asylverfahren hat sich der Gerichtshof mit der Frage der angemessenen Verfahrensfristen in der Rechtssache *I.M. gegen Frankreich* befasst.⁹³ Der darfurische Asylsuchende hatte sowohl auf dem Wege des Asylverfahrens als auch auf dem Wege des Wegweisungsverfahrens, die in Frankreich separat geregelt sind, erfolglos versucht, seine Ausschaffung zu verhindern. In beiden Verfahren wurde er aufgrund der angeblich verspäteten Gesuchstellung dem beschleunigten Verfahren zugewiesen, was im Asylverfahren die Frist für die Gesuchstellung von 21 auf 5 Tage und im Wegweisungsverfahren die Beschwerdefrist von 2 Monaten auf 48 Stunden verkürzte.⁹⁴ Der Gerichtshof anerkannte zwar die Notwendigkeit von beschleunigten Verfahren in gewissen Fällen, er kritisierte jedoch deren Anwendbarkeit in einem erstmaligen Asylverfahren⁹⁵ und betonte, dass das so abgekürzte Verfahren zulasten der wirksamen Verfahrensgarantien gegangen war wie Übersetzung, unentgeltliche Rechtsberatung und genügend Zeit, um Beweismittel einzuholen.⁹⁶ Die Abweisung der Gesuche und Beschwerden war hauptsächlich darin begründet, dass der Asylsuchende seine darfurische Identität nicht substantiiieren konnte. Da er jedoch später eine Wohnsitzbestätigung aus Darfur sowie einen psychiatrischen Bericht beibringen konnte, der die erlittene Folter bestätigte,⁹⁷ wurde er nachträglich von den französischen Behörden als Flüchtling anerkannt. Diese Rechtsprechung wirft Fragen zu dem beschleunigten Verfahren in der Testphase nach Art. 112b AsylG auf. Wichtig wird sein, dass das Verfahren als Gesamtes, einschliesslich möglicher Zweitgesuche, genügend Flexibilität aufweist, um verspätete Vorbringen und Beweismittel zu berücksichtigen, wenn ein «*arguable claim*» vorliegt.

Andererseits darf ein Verfahren auch nicht unverhältnismässig lange dauern, so dass die Wirksamkeit durch ein jahrelanges Warten auf einen Endentscheid beeinträchtigt wird. So hat der Gerichtshof die durchschnittliche Dauer des griechischen Beschwerdeverfahrens von fünfeinhalb Jahren⁹⁸ und die Verfahrensdauer von vier Jahren in einem bestimmten Fall⁹⁹ als unzulässig lange und das Recht auf eine wirksame Beschwerde verletzend eingestuft.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Die Analyse der Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR zu den Verfahrensgarantien, die sich aus Art. 13 EMRK (in Verbindung mit einem Konventionsrecht) ergeben, lässt eine zunehmende Bedeutung des Rechts auf eine

⁸⁶ EGMR, *Sultani gg. Frankreich*, Nr. 45223/05, §§ 64-65; *I.M.*, § 142.

⁸⁷ EGMR, *N.K. gg. Frankreich*, Nr. 7974/11, Urt. v. 19. Dezember 2013, § 49.

⁸⁸ *I.M.*, §§ 142-143.

⁸⁹ EGMR, *Mohammed gg. Österreich*, §§ 78-80.

⁹⁰ *Mohammed gg. Österreich*, §§ 83-84.

⁹¹ *M.S.S.*, § 292, § 320.

⁹² *I.M.*, §§ 144-147.

⁹³ Für eine Besprechung des Urteils siehe M. Caroni, *Beschleunigtes Asylverfahren und Recht auf eine wirksame Beschwerde*, in: *Asyl* 3/12, 32.

⁹⁴ *I.M.*, § 150.

⁹⁵ *I.M.*, § 143.

⁹⁶ *I.M.*, §§ 145-147, 151.

⁹⁷ *I.M.*, § 36.

⁹⁸ *M.S.S.*, §§ 190, 320.

⁹⁹ R.U. gg. Griechenland, § 76.

wirksame Beschwerde in Asyl- und Wegweisungsverfahren erkennen. Dadurch gewinnen die Verfahrensgarantien aus Art. 13 EMRK, die bei der Durchführung von Asylverfahren als Mindeststandards zu beachten sind, immer stärker an Kontur. Dies wird unterstützt durch eine erkennbare Tendenz der Annäherung an die Standards beziehungsweise die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK, der das Recht auf ein faires Verfahren regelt, ohne diese (bisher) zu erreichen. Besonders mit den Urteilen *Hirsi Jamaa* u.a. sowie *M.S.S.* nimmt der Gerichtshof verstärkt auch erstinstanzliche Verfahren in den Blick und zeigt auf, dass das Recht auf eine wirksame Beschwerde auch die Gewährung einer wirksamen Antragstellungsmöglichkeit mit entsprechenden Hinweis- und Unterstützungspflichten der Staaten umfasst.

Ein weiteres Merkmal der aktuellen Entwicklungen ist die Klarstellung, die insbesondere im Dublin-Kontext von grosser Bedeutung ist, dass in Asyl- und Wegweisungsverfahren eine grundlegende Verpflichtung besteht, immer zu prüfen, wie die Verhältnisse im Zielstaat sind. Diese Verpflichtung besteht unabhängig von den rechtlichen Beziehungen, die zum Zielstaat möglicherweise bestehen, also unabhängig davon, ob der Staat ein Dublin-Staat ist oder ob mit ihm ein Rückübernahmeabkommen besteht.

Auf Beschwerdeebene betont der EGMR verstärkt die Verfahrensrechte der betroffenen Personen, einschliesslich des besonders bedeutsamen Rechts bis zum Abschluss der Prüfung im Land zu verbleiben (automatische aufschiebende Wirkung). Der Gerichtshof stellt dabei klar, dass der Schutzbereich von Art. 13 EMRK immer bereits dann eröffnet ist, wenn eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch *Refoulement* drohen könnte und konturiert dabei den Begriff des «*arguable claim*» in Abgrenzung zur festgestellten Verletzung von Art. 3 EMRK einerseits und zu einem offensichtlich unbegründeten Fall andererseits. Im Ergebnis obliegt es den Vertragsstaaten, die Mindeststandards nach Art. 13 EMRK für alle Verfahren umzusetzen, die sich «*prima facie*» nicht offensichtlich als aussichtslos darstellen. Hierbei differenziert der Gerichtshof hinsichtlich des erforderlichen Vorbringens zur Glaubhaftmachung der drohenden Verletzung zwischen Erst- und Mehrfachgesuchen.

In diesem Kontext entwickelt der EGMR Standards hinsichtlich der Frage, welche Verantwortung die prüfende Behörde und die antragstellende Person bei der notwendigen umfassenden Aufklärung der Sach- und Rechtslage haben. Hier sind die Standards des EGMR noch nicht vollständig entwickelt, was auch daran liegt, dass die Rechtssysteme der jeweiligen Vertragsstaaten sich in dieser Frage erheblich unterscheiden. Im Spannungsfeld zwischen einer umfassenden Sachverhaltsaufklärungspflicht der Behörde und der in bestimmten kontinentalen Rechtssystemen verankerten Überbürdung der asylsuchenden Person mit der Beweislast, hat der Gerichtshof noch keine klare Positionierung vorgenommen. Es lässt sich aber erkennen, dass der Gerichtshof zwar generell akzeptiert, dass den betroffenen Personen ein grosser Teil der Verantwortung bei

der Aufklärung des Sachverhalts auferlegt wird, dies aber in Fällen in denen sich eine Verletzung der Konventionsrechte aufdrängt – wie im Fall von Überstellungen nach Griechenland im Dublin-System oder von «*push backs*» nach Libyen – angesichts der Vulnerabilität von (potentiellen) Asylsuchenden zum Teil stark revidiert.

Es wäre wünschenswert, wenn die Rechtsprechung die genannten Standards noch weiter entwickeln würde. Hierbei wäre es für die Praxis hilfreich, wenn zwischen den verschiedenen zu untersuchenden Rechtsverletzungen im Kontext der Prüfung von Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK genauer unterschieden würde. Es ist bisher lediglich klar, dass ein Unterschied hinsichtlich der Darlegungspflichten zwischen der «*arguability*» einer Verletzung von Art. 3 EMRK und der Frage besteht, ob das zur Verfügung stehende Verfahren («*remedy*») in Recht und Praxis wirksam ist. Für erstere ist – ausser in den oben erwähnten klaren Fällen – die Glaubhaftmachung (das Darlegen von «stichhaltigen Gründen») durch die asylsuchende Person Voraussetzung für die Auslösung der umfassenden Prüfungspflicht seitens der Behörden beziehungsweise Gerichte. Für die Frage der Wirksamkeit des Verfahrens scheint sich hingegen ein Standard zu entwickeln, nach dem es vorrangig den Behörden obliegt, dessen Wirksamkeit in Recht und Praxis darzulegen. Angesichts der sich schnell entwickelnden Rechtsprechung zu den Verfahrensgarantien ist zu erwarten, dass auch diese Fragen in naher Zukunft noch klarer vom Gerichtshof beantwortet werden.

Résumé et perspectives

L'analyse de l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH relative aux garanties procédurales découlant de l'art. 13 CEDH (en lien avec un droit consacré par la Convention) laisse entrevoir l'importance croissante du droit à un recours effectif en matière de procédure d'asile et de renvoi. Partant, les garanties procédurales prévues par l'art. 13 CEDH, considérées comme des normes minimales à respecter dans le cadre des procédures d'asile, prennent de plus en plus forme. Cela se reconnaît en outre dans la tendance au rapprochement avec les standards, respectivement les garanties procédurales de l'art. 6 CEDH, qui régleme le droit à un procès équitable, sans (pour l'instant) les atteindre. Particulièrement dans les arrêts *Hirsi Jamaa* et al. et *M.S.S.*, la Cour se penche aussi de manière renforcée sur les procédures de première instance et considère que le droit à un recours effectif comprend également la possibilité du dépôt d'une demande effective accompagnée d'une obligation de renseignements et de soutien appropriée des Etats.

Une autre caractéristique des développements actuels réside en la précision, très importante spécialement dans le contexte de Dublin, qu'il existe une obligation fondamentale de toujours examiner la situation dans le pays cible dans le cadre des procédures d'asile et de renvoi. Cette obligation s'applique quelles que soient les relations juridiques avec le pays de destination, donc indépendamment du fait que l'Etat soit un Etat-Dublin ou qu'il existe avec lui un accord de réadmission.

Au niveau de la procédure de recours, la Cour EDH confirme clairement le renforcement des droits procéduraux des personnes concernées, y compris le droit particulièrement important de rester dans le pays jusqu'à la fin de l'examen du recours (effet suspensif automatique). La Cour précise distinctement qu'une menace de violation de l'art. 3 CEDH suite à un renvoi est toujours dans le champ de protection de l'art. 13 CEDH. La Cour profile par la même occasion le concept de «arguable claim» par opposition à une violation constatée de l'art. 3 CEDH d'une part et à un cas manifestement mal fondé d'autre part. Par conséquent, il appartient aux Etats parties de mettre en œuvre des standards minimaux en vertu de l'art. 13 CEDH pour toutes les procédures qui ne paraissent pas «prima facie» manifestement vouées à l'échec. Concernant les allégations nécessaires pour rendre vraisemblable une menace de violation, la Cour EDH distingue ici les premières demandes des demandes multiples. Dans ce contexte, la Cour a élaboré des standards relatifs à la question de la responsabilité respective de l'autorité et de la personne requérante dans le cadre de la nécessaire clarification complète de l'état de fait et de la situation juridique. Les normes de la Cour EDH ne sont pas encore entièrement développées en l'espèce, ce qui découle en partie du fait que les systèmes juridiques des Etats membres respectifs diffèrent considérablement sur cette question. La Cour

n'a pas encore de positionnement clair et définitif au sujet de la question litigieuse englobant d'une part l'obligation de l'établissement des faits par l'autorité et d'autre part le fardeau de la preuve à la charge du requérant d'asile, ancré dans certains systèmes juridiques continentaux. On s'aperçoit cependant que la Cour admet généralement que les personnes concernées ont une grande part de responsabilité dans l'établissement des faits, tout en révisant considérablement son jugement dans certains cas lorsqu'il y a un risque de violation des droits de la Convention – comme dans le cas de renvois vers la Grèce dans le système de Dublin ou de «push-backs» vers la Libye – en raison de la vulnérabilité des (potentiels) requérants d'asile.

Il serait souhaitable que la jurisprudence développe encore davantage les standards mentionnés. Il serait en outre utile pour la pratique de distinguer plus nettement entre les différentes violations des droits à analyser dans le cadre de l'examen de l'art. 13 combiné avec l'art. 3 CEDH. Il est pour l'heure évident qu'il existe une différence relative aux obligations respectives en la matière entre l'«arguability» d'une violation de l'art. 3 CEDH et la question de savoir si la procédure disponible («remedy») est efficace en droit et dans la pratique. Pour les premiers – à l'exception des cas clairs mentionnés ci-dessus – l'établissement et l'exposé de raisons valables («Glaubhaftmachung») par le requérant d'asile est une condition au déclenchement du fardeau de la preuve du côté des autorités, respectivement des tribunaux. Un standard semble néanmoins en développement à propos de la question de l'efficacité de la procédure, selon lequel il sied principalement aux autorités d'expliquer son effectivité juridique et dans la pratique. Compte tenu de l'évolution rapide de la jurisprudence en matière de garanties procédurales, il est à prévoir que la Cour EDH répondra encore plus clairement à ces questions dans un proche avenir.