

DR. REINHARD MARX
- Rechtsanwalt -

Innenausschuss
A-Drs. 16(4)209 D

RA Dr. Reinhard Marx - Mainzer Landstr. 127a - D- 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 127a
(Eingang Rudolfstraße)
D-60327 Frankfurt am Main

Telefon: 0049/ 69/ 24 27 17 34

Telefax: 0049/ 69/ 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

Internet: http://www.ramarx.de

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union

vom 23. April 2007

BT-Drs. 16/5065

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

18. Mai 2007

.....

A.

Zusammenfassung

I. Familienzusammenführung

1. *Der Ehegattennachzug darf nach der Familienzusammenführungsrichtlinie nicht von einer Sprachprüfung abhängig gemacht werden. (Seite 4)*
2. *Die bisherigen Regelungen, den Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen abweichend vom Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhaltes zuzulassen und Sozialleistungsbezug deutscher Familienangehöriger nicht als Versagungsgrund zu werten, sind beizubehalten. (Seite 8)*
3. *Opfern von Zwangsehen ist ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 31 bzw. § 25 Abs. 5 AufenthG sowie ein Rückkehrrecht nach § 37 AufenthG zu gewährleisten. (Seite 9)*

II. Ausweisung

4. *Die vorgeschlagenen ausweisungsrechtlichen Ermessenstatbestände in § 55 Abs. 2 Nr. 9 bis Nr. 11 AufenthG-E sind zu streichen. (Seite 11)*
5. *Der Ausweisungsschutz für Inhaber einer „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG“ richtet sich nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen und sperrt deshalb eine Anwendung der deutschen Ausweisungssystematik. Der Vorschlag in § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AufenthG-E ist mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar. (Seite 13)*

III. Abschiebungs- und Zurückweisungshaft

6. *Die Vorschrift über die Durchführung der Zurückweisungshaft (§ 15 Abs. 5 AufenthG-E) ist zu streichen. (Seite 15)*
7. *Die Vorschrift über die Haft im Transitbereich (§ 15 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E) ist zu streichen. (Seite 15)*
8. *Das eigenständige Festnahmerecht der Ausländerbehörden (§ 62 Abs. 4 Satz 1 AufenthG-E) ist zu streichen. (Seite 17)*

IV. Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen

9. *Der Rechtsanspruch subsidiär Schutzberechtigter auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ist klar zu regeln. (Seite 18)*

10. Der Zugang zur Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG muss auch sofort vollziehbar ausreisepflichtigen Antragstellern eröffnet werden. (Seite 19)

11. Opfer einer Straftat im Sinne des § 25 Abs. 4a Satz 1 AufenthG-E dürfen weder in das Verteilungsverfahren nach § 15a AufenthG einbezogen noch darf ihr Aufenthaltsanspruch in das behördliche Ermessen gestellt noch darf die Überlegungsfrist zu kurz bemessen werden (Seite 20)

12. In § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG ist für Personen, die aus humanitären Gründen schutzbedürftig sind, eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete allgemeine Zumutbarkeitsklausel einzufügen. (Seite 21)

13.1 Die Ausschlussgründe der Altfallregelung des § 104a AufenthG sind wegen ihrer unbestimmten Weite rechtsstaatlich bedenklich. (Seite 22)

13.2 Den im Bundesgebiet volljährig gewordenen jungen Erwachsenen ist einheitlich nach einem Mindestaufenthalt von sechs Jahren eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. (Seite 24)

13.3 Der Gesetzgeber hat Sorge dafür zu tragen, dass § 104a und § 104b AufenthG-E nicht zu einem aus verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen kaum hinnehmbaren Auseinanderreißen von Familien führt. (Seite 26)

13.4 Asylberechtigten, Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten ist ein ungehinderter Zugang zur Altfallregelung zu eröffnen. (Seite 27)

13.5 Dem Schutzbedürfnis insbesondere älterer oder traumatisierter Personen ist bei der Gestaltung der Ausnahmeregelungen stärkeres Gewicht einzuräumen als in § 104a Abs. 6 AufenthG-E vorgesehen. (Seite 27)

V. Flüchtlingsschutz und subsidiärer Schutz (RL 2004/83/EG)

14. Die Regelungen der Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) sind vollständig in nationales Recht und nicht lediglich teilweise und ergänzend, wie in § 60 Abs. 1 Satz 5 Satz 1, Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E, umzusetzen. (Seite 28)

15. Die Folgeantragsfiktion ist mit Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Abs. 23 Abs. 4 Buchst. i) RL 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie) unvereinbar. Deshalb sind die Vorschriften der § 20 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 3 Satz 2 § 23 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG aufzuheben. (Seite 29)

16. Die Sperrwirkung in § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthGE ist mit Art. 18 RL 2004/83/EG unvereinbar. Deshalb sind die Wörter „oder Satz 2“ zu streichen. (Seite 30)

17. § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E muss wegen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs den vollständigen Text von Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG wiedergeben. (Seite 33)

18.1 Bei der Anwendung der Verordnung 343/2003/EG (Dublin II) ist der individuelle Rechtsschutz wirksam zu gestalten. (Seite 35)

18.2. Die Einreise darf nur versagt werden, wenn feststeht, dass ein anderer Staat nach gemeinschaftsrechtlichen oder völkerrechtlichen Vorschriften für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. (Seite 36)

19. In § 73 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG ist anzuordnen, dass der statusrechtliche Widerruf neben dem Wegfall der Verfolgungsgefahr das Bestehen wirksamen und verfügbaren nationalen Schutzes zur Voraussetzung hat. (Seite 37)

VI. Aufnahmebedingungen für Asylbewerber

20. Im Asylbewerberleistungsgesetz sind die Vorschriften der Richtlinie 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) über die medizinische Versorgung von Asylsuchenden sowie über die spezifischen Betreuungserfordernisse von Personen mit besonderen Bedürfnissen aufzunehmen. (Seite 38)

21. *Asylanträge von Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, dürfen nicht im Flughafenverfahren behandelt werden. Vielmehr ist ihnen zunächst im Inland die erforderliche medizinische Behandlung zu gewähren (Art. 20 RL 2003/9/EG). § 18a Abs. 6 AsylVfG ist entsprechend zu ergänzen. (Seite 40)*
22. *Die Erweiterung des Leistungsbezugs nach dem AsylbLG von bisher 36 auf 48 Monate ist nicht gerechtfertigt. (Seite 41)*
23. *Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum „Kindeswohl“ sind vollständig und korrekt umzusetzen. (Seite 41)*
24. *Die Bußgeld- und Strafvorschriften der § 85 Nr. 2, § 86 AsylVfG sind aufzuheben. (Seite 43)*

B. Gesamtbewertung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/5065) wird in vielen Fragen der vom Gemeinschaftsrecht geforderten Aufgabe der Umsetzung der dort bezeichneten aufenthalts- und asylrechtlichen Richtlinien nicht gerecht. Teilweise versucht er, durch die spezifische Form der Umsetzung die Richtlinien in die Korsettstangen eines spezifisch deutschen Rechtssystems zu zwingen. Dies betrifft insbesondere die Form der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Normen beim Flüchtlings- und subsidiären Schutz wie auch den Ausweisungsschutz für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsausländer. Freistellungsklauseln werden insbesondere im Bereich der Familienzusammenführung nicht nur vollständig ausgeschöpft, sondern darüber hinaus z. B. bei der Sprachprüfung in einer Weise in Anspruch genommen, die den den Mitgliedstaaten freigestellten Regelungsbereich bei weitem überschreitet. Die Aufnahmeleitlinie und die in verschiedenen Rechtsakten im Interesse des Kindeswohls vorgesehenen Verpflichtungen werden überhaupt nicht umgesetzt. Dies wird nach Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 EGV) für die Bundesrepublik Deutschland erhebliche finanzielle Nachteile haben.

Erschwerend fällt dabei ins Gewicht, dass der Gesetzentwurf den Umsetzungsauftrag zum Anlass nimmt, eine Vielzahl damit nicht zusammenhängender Fragen zu regeln, und zwar in einer eher restriktiven und integrationsfeindlichen Grundhaltung. Es drängt sich insgesamt der Eindruck auf, als sollten die auf Integration zielenden Maßnahmen der vorhergehenden Regierungskoalition nunmehr in ihr Gegenteil werden. Dies betrifft insbesondere die Vielzahl von Verschärfungen im Bereich der Aufenthaltsbeendigung sowie die Einführung weit in den privaten und familiären Kontext eingreifender Ausweisungstatbestände mit unbestimmtem

Inhalt. Diese abwehrende und eher integrationsfeindliche Grundeinstellung färbt erkennbar auf die Aufgabe der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien ab.

Hervorzuheben ist, dass die Vorschläge zur Altfallregelung insgesamt einen Beitrag zur Integration langjährig im Bundesgebiet lebender und faktisch integrierter Ausländer leisten. Insbesondere die Loslösung der Aufenthaltserlaubnis von einer konkreten Beschäftigung für eine vorübergehende Phase und der kraft Gesetzes vermittelte Zugang zum Arbeitsmarkt wird viele Härten, die durch den Beschluss der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006 entstanden sind, beseitigen oder doch zumindest mildern. Allerdings bedürfen die Ausschlussgründe einer erneuten Überprüfung. Es ist nicht erkennbar, dass in diesen ein Unwertgehalt zum Ausdruck kommt, der es im Lichte des verfassungskräftigen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigt, faktisch integrierten Ausländern den Zugang zu einer aufenthaltsrechtliche Perspektive zu versperren. Für die Gesamtbewertung des Gesetzentwurfes ist allerdings einschränkend festzuhalten, dass der Preis für eine integrationsfreundliche Altfallregelung eine Vielzahl restriktiver und integrationsfeindlicher Regelungen ist, welche das soziale Klima in der Einwanderungsgesellschaft Bundesrepublik Deutschland nachhaltig beschädigen werden.

C.

Einzelfragen

I. Familienzusammenführung

1. Der Ehegattennachzug darf nach der Familienzusammenführungsrichtlinie nicht von einer Sprachprüfung abhängig gemacht werden.

Nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG-E darf der Ehegatte eines Migranten nur nachziehen, wenn er nach der Einreise nicht zur Teilnahme an einem Integrationskurs verpflichtet wäre. Gleiches gilt nach § 28 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E für den Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen. Begründet wird diese Verschärfung des Ehegattennachzugs damit, die Forderung, einfache Deutschkenntnisse im Visumverfahren nachzuweisen, sei zumutbar, zumal hierdurch weitaus höherrangige Rechtsgüter (Eheschließungs- und Lebensgestaltungsfreiheit, sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit) geschützt werden sollten. Durch die Errichtung von häufig kaum erfüllbaren Sprachbarrieren

wird die zu schützende Eheschließungs- und Lebensgestaltungsfreiheit jedoch nicht geschützt, sondern im konkreten Einzelfall beseitigt. Schlechthin nicht nachvollziehbar ist, wie das Beherrschen einfacher Deutschkenntnisse die sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit schützen soll.

Integration findet in den Familien statt. Die Sprache des Aufnahmelandes wird am besten im gesellschaftlichen Kontext dieses Landes erlernt. Dementsprechend eröffnet Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG (*Familienzusammenführungsrichtlinie*) den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, nach ihrem nationalen Recht zu regeln, dass nachziehende Ehegatten Integrationsmaßnahmen nachkommen müssen. Danach handelt es sich bei dieser gemeinschaftsrechtlichen Norm um eine *Freistellungsklausel*, welche abweichend von den ansonsten verbindlichen Mindestnormen der Richtlinie den Mitgliedstaaten für ihr nationales Recht weitergehende Befugnisse einräumt. Da es sich um Ausnahmen von allgemeinen Grundsätzen handelt, sind diese restriktiv auszulegen. Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG lässt darüber hinaus nur allgemein die Forderung nach zu erbringenden Integrationsleistungen zu, ist jedoch keine Rechtsgrundlage dafür, bei anfänglichem Fehlen dieser Leistungen die Einreise zu sperren. Vielmehr steht die gebotene restriktive Auslegung der Freistellungsklausel einer Gestaltung des Integrationserfordernisses als Einreisevoraussetzung eher entgegen.

Sollten diese Vorschriften Gesetzeskraft erlangen, ist nicht nur zu befürchten, dass die deutschen Vorschriften über den Ehegattennachzug Gemeinschaftsrecht verletzen, sondern darüber hinaus auch, dass in einer Vielzahl von Fällen verfassungswidrige Folgen eintreten. Von Bedeutung ist auch, dass das Spracherfordernis auf den Ehegattennachzug zu Deutschen Anwendung findet, dieser Nachzug indes besonderen verfassungsrechtlichen Schutz hat (s. nachfolgend). Es stößt deshalb auf kaum überwindbare verfassungsrechtliche Bedenken und dürfte auch das Diskriminierungsverbot verletzen, einerseits den Ehegattennachzug zu Deutschen von einem Spracherfordernis abhängig zu machen, andererseits den Nachzug zu Unionsbürgern und zu Staatsangehörigen aus Australien, Israel, Japan, Kanada, Südkorea, Neuseeland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten ohne ein derartiges Erfordernis zuzulassen (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AufenthG-E).

Bereits jetzt kann prognostiziert werden, dass angesichts der fehlenden strukturellen Voraussetzungen zum Erlernen auch lediglich einfacher deutscher Sprachkenntnisse insbesondere in den ländlichen, abgelegenen Regionen in den Herkunftsländern der Migranten in vielen Fällen der Ehegattennachzug dauerhaft scheitern wird. Die Erfahrungen mit dem Zuzug von Spätaussiedlern hat verdeutlicht, zu welchen Folgen die Sprachprüfung als Einreisevoraussetzung führt. So wurden 2006 lediglich 8.000 Aussiedler aufgenommen. Obwohl in den Siedlungsgebieten der entsprechenden Herkunftsländer Sprachkurse angeboten werden, haben lediglich etwa 25 Prozent der Antragsteller die Sprachprüfung bestanden. In den entlegenen ländlichen Gegenden in den Herkunftsländern der Migranten werden jedoch keine Sprachkurse angeboten, sodass die Einführung der Sprachprüfung als Voraussetzung für den Ehegattennachzug in der überwiegenden Zahl von Fällen den dauerhaften Ausschluss vom Nachzug zur Folge haben wird.

Dieses Ergebnis wäre indes mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar. Art. 6 Abs. 1 GG enthält außer einer *Institutsgarantie* ein *Grundrecht auf Schutz vor staatlichen Eingriffen* sowie eine *wertentscheidende Grundsatznorm* für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht und verpflichtet den Staat, die Einheit und Selbstverantwortung der Familie zu achten und zu fördern.¹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung zum Familiennachzug das Recht der Familienangehörigen auf Familienzusammenführung ausdrücklich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG abgeleitet. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsland des den Nachzug begehrenden Angehörigen bedeute, dass der hier lebende Angehörige „sich aus den deutschen Lebensverhältnissen, etwa einer erreichten wirtschaftlichen und sozialen Stellung sowie möglichen persönlichen Bindungen“ lösen müsste. In rechtlicher Hinsicht habe ein derartiger Einwand zur Folge, dass ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgültig erloschen wäre. Ein den Familienangehörigen derart auferlegter Zwang, eine geraume Zeit eine räumliche Trennung von ihren Angehörigen hinzunehmen oder ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgültig aufzugeben, sei geeignet, Ehe- und Familienleben zu beeinträchtigen und müsse sich daher an Art. 6 Abs. 1 GG messen lassen.²

¹ BVerwGE 65, 188 <192> = EZAR 105 Nr. 11 = InfAusIR 1982, 122.

Zwar habe der Gesetzgeber bei der Regelung dieser Frage einen weitreichenden Handlungsspielraum. Eine Regelung etwa, die einem begrenzten Personenkreis für „*geraume, aber überschaubare Zeit*“ die Verwirklichung des Wunsches auf familiäres Zusammenleben im Bundesgebiet verwehre, „ohne ein solches Zusammenleben *schlechthin zu hindern*“, vermöge die prägenden Elemente des Art. 6 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG zugrunde liegenden Bildes von Ehe und Familie jedoch nicht in Frage zu stellen.³ Daraus kann geschlossen werden, dass der dauerhafte Ausschluss des Familiennachzugs zu Deutschen wie zu Personen mit gesichertem Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verfassungsrechtlich kaum gerechtfertigt werden kann.

Auch die Kirchen haben starke Bedenken gegen die Angemessenheit der Neuregelung angemeldet, weil der Ausschluss des Ehegattenanspruchs bei fehlenden Sprachkenntnissen der überragenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes von Ehe und Familie nicht gerecht werde.⁴ Viele nachzugswillige Ehegatten hätten im Herkunftsland keine angemessene Möglichkeit, die deutsche Sprache zu erlernen. Deshalb wird anstelle einer an fehlende Sprachkenntnisse anknüpfenden Ausschlussregelung eine stärkere Förderung der Integration nachziehender Ehegatten, insbesondere auch des Erwerbs deutscher Sprachkenntnisse, nach der Einreise befürwortet. Der Vorschlag, den Ehegattennachzug unter den Vorbehalt der Sprachprüfung zu stellen, verkehrt die mit dem Zuwanderungsgesetz eingeschlagene Richtung in ihr Gegenteil. Dieses hatte insbesondere durch die Begründung eines Rechtsanspruchs auf Teilnahme an einem Integrationskurs *nach Einreise* der ausländischen Wohnbevölkerung integrationspolitische Angebote machen wollen, die auch überwiegend positiv angenommen worden. Der Gesetzentwurf zieht nunmehr für die zahlenmäßig größte Gruppe der Neueinreisenden, nämlich die Ehegatten, dieses Angebot zurück. Er setzt nicht mehr auf Integration durch Förderung, sondern auf Ausgrenzung durch Rechtsversagung und trifft damit ausländische Familien in ihrer Kernsubstanz. Eine derartige Ausgrenzungspolitik dürfte die Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik langfristig erheblich beschädigen.

² BVerfGE 76, 1 <42 f.> = NVwZ 1988, 242 = EZAR 105 Nr. 20 = InfAuslR 1988, 33 = EuGRZ 1987, 449.

³ BVerfGE 76, 1 <49> = NVwZ 1988, 242 = EZAR 105 Nr. 20 = InfAuslR 1988, 33 = EuGRZ 1987, 449; so auch *Pirson*, NVwZ 1985, 321 <323>; a. A. noch BVerwG, BVerwGE 70, 127 <138> = InfAuslR 1984, 297 = EZAR 105 Nr. 15 = NVwZ 1984, 799; BVerwG, InfAuslR 1984, 304 (305); BVerwG, InfAuslR 1986, 133.

⁴ EKD, Stellungnahme zum Entwurf eines Umsetzungsgesetzes v. 14. Mai 2007, S. 7 ff.

Gegen den Ausschluss des Ehegattennachzugs bei fehlenden oder unzulänglichen Deutschkenntnissen sprechen auch völkerrechtliche Gründe. Bedenken bestehen im Blick auf Art. 8 Abs. 1 EMRK, weil die bestehende Familieneinheit eines Ausländers, dessen Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auf nicht absehbare Zeit unmöglich ist, durch die Versagung des Familiennachzugs gravierend beeinträchtigt wird. Kann in diesen Fällen die Familieneinheit nicht in einem Drittstaat hergestellt werden und kann der nachzugswillige Ehegatte mangels entsprechender Bildungseinrichtungen die Sprachbarrieren nicht überwinden, wird der Nachzug auf nicht absehbare Zeit gesperrt. Dadurch wird Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt.⁵

2. Die bisherigen Regelungen, den Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen abweichend vom Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhaltes zuzulassen und Sozialleistungsbezug deutscher Familienangehöriger nicht als Versagungsgrund zu werten, sind ist beizubehalten.

Nach § 28 Abs. 1 Satz 3 AufenthG *soll* der Ehegattennachzug zu Deutschen in der Regel abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zugelassen werden. Demgegenüber wurde seit 1991 und *wird* unverändert nach geltendem Recht der Ehegattennachzug abweichend von diesem Erfordernis gestattet (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. AufenthG, § 23 Abs. 1 1. Hs. AuslG 1990). Der Gesetzentwurf beseitigt in § 27 Abs. 3 AufenthG-E darüber hinaus das Privileg, dass der Bezug von Sozialleistungen durch deutsche Familienangehörige kein Versagungsgrund darstellt. Nach der Begründung kann bei Doppelstaatern und bei Deutschen, die geraume Zeit im Herkunftsland des Ehegatten gelebt und gearbeitet haben und die Sprache dieses Staates sprechen, also insbesondere bei *eingebürgerten Deutschen*, der Nachweis der Sicherung des Lebensunterhaltes verlangt werden. Durch die Hintertür wird auf diese Weise das Prinzip der einheitlichen deutschen Staatsangehörigkeit,⁶ das nicht in höher- und minderwertige Stufen aufgeteilt werden darf, in Frage gestellt. Eingebürgerten Deutschen wird damit die Botschaft verkündet, dass sie den „Makel“ ihres Ausländerdaseins in Deutschland niemals, auch nach der Einbürgerung nicht loswerden.

⁵ So wohl auch *Hailbronner*, AuslR, § 29 AufenthG Rdn. 19.

⁶ S. hierzu *Marx*, in: GK-StAR, IV-2 Einführung Rdn. 225 ff.

Das geltende Recht, wonach der Ehegattennachzug zu Deutschen auch bei Bezug von Sozialleistungen der Ehegatten zuzulassen ist, entspricht der verfassungsrechtlich geforderten Privilegierung der Familienzusammenführung zu Deutschen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes steht es grundsätzlich allein den Ehepartnern zu, selbstverantwortlich und frei von staatlicher Einflussnahme den räumlichen und sozialen Mittelpunkt ihres gemeinsamen Lebens zu bestimmen. Deshalb verdiene die freie Entscheidung beider Ehepartner, gemeinsam im Bundesgebiet zu leben, *besonderen staatlichen Schutz*, falls einer der Ehepartner die deutsche Staatsangehörigkeit besitze.⁷ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung das besondere verfassungsrechtliche Gewicht hervorgehoben, das im Schutz der Ehe zwischen einem deutschen und einem ausländischen Ehegatten zum Ausdruck komme.

Bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehepartner könne im Allgemeinen angenommen werden, dass die im Bundesgebiet lebenden Ehepartner die eheliche Lebensgemeinschaft hier fortführen wollten, wenn einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitze. Dieser Wille sei von den staatlichen Behörden zu beachten, und zwar ohne dass es darauf ankomme, ob sich besondere Tatsachen feststellen ließen, die dem deutschen Ehepartner eine Übersiedlung ins Ausland unzumutbar machten. Werde dem ausländischen Ehegatten der Aufenthalt im Bundesgebiet verwehrt, stelle dies einen schwerwiegenden Eingriff dar. Es zerstöre die Vorstellungen und Erwartungen der Eheleute über die gemeinsame Zukunft und zwingt den deutschen Ehepartner, entweder sein Heimatland aufzugeben, um an der Ehe festhalten zu können, oder die Trennung der ehelichen Gemeinschaft hinzunehmen, um im Heimatland bleiben zu können.⁸

3. Opfern von Zwangsehen ist ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 31 bzw. § 25 Abs. 5 AufenthG sowie ein Rückkehrrecht nach § 37 AufenthG zu gewährleisten

Nach § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG-E wird der Nachzug nicht zugelassen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme begründen, dass einer der Ehegatten zur Ehe genötigt wurde. Die

⁷ BVerfGE 51, 386 (396 ff.) = EZAR 123 Nr. 2 = NJW 1980, 514; s. hierzu *Marx*, in: GK-AufenthG, § 28 Rdn. 9 bis 16.

⁸ BVerwGE 42, 133 (136) = JZ 1973, 732; BVerwGE 56, 246 (250) = EZAR 100 Nr. 4.

Vorschrift ist auch im Zusammenhang mit dem Spracherfordernis des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2, § 28 Abs. 1 Satz 4 AufenthG-E sowie auch mit dem Ausweisungsgrund des § 55 Abs. 2 Nr. 11 AufenthG-E zu sehen. Sämtliche Vorschriften sollen zum Schutze der Selbstbestimmung der Frau der Bekämpfung von „**Zwangsverheiratungen**“ dienen. Da andererseits Vorschriften fehlen, um im Bundesgebiet lebenden Opfern von Zwangsehen wirksam zu helfen, ergeben sich Zweifel an der tatsächlichen Motivation, die diesen Abwehrvorschriften zugrunde liegt.

Wenn es der Gesetzgeber wirklich ernst meinen sollte mit dem Ziel, das Selbstbestimmungsrecht der Frau durch geeignete Rechtsvorschriften zu schützen, dann darf er sich nicht ausschließlich auf die Verhinderung des Nachzugs beschränken, sondern muss die im Bundesgebiet lebenden Opfer von Zwangsehen durch Eröffnung einer dauerhaften aufenthaltsrechtlichen Perspektive schützen. Ohne diese Perspektive werden die Opfer zumeist wegen der Furcht, nach der Trennung und anschließenden Ausreise im Herkunftsland mit einer ihnen feindseligen Umwelt konfrontiert oder gar Ziel von Übergriffen durch Verwandte des Ehemannes oder diesen selbst zu werden, gezwungen, an der Ehe festzuhalten und die Zwei-Jahres-Frist des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG abzuwarten, die der Bundesrat bemerkenswerter Weise zunächst sogar wieder auf vier Jahre – wie vor dem 1. Juni 2000 - erhöhen wollte.⁹ Dies schließt auch ein, dass von Gewalt durch den Ehemann oder dessen Familie bedrohten lediglich geduldeten Frauen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG gewährt wird. Jungen Frauen, die gegen ihren Willen aus dem Bundesgebiet zwecks Verheiratung in ihr Herkunftsland verbracht wurden, ist darüber hinaus ein Rückkehrrecht im Rahmen des § 37 AufenthG einzuräumen.¹⁰

Das Problem der Zwangsehen ist seit Beginn der Zuwanderung bekannt und hat den Gesetzgeber bislang nicht sonderlich beschäftigt. Dass es jetzt im Rahmen eines überwiegend restriktiv und auf Abwehr ausgerichteten Gesetzesvorhaben politisch auf die Tagesordnung gesetzt wird, lässt den Verdacht aufkommen, dass das tatsächliche Ziel darin besteht, eine der beiden Hauptquelle für die Migration nach 1973 zum Versiegen zu bringen und zur

⁹ BR-Drs. 224/1/07 v. 3. Mai 2007, S. 15, Nr. 18; s. jetzt aber BR-Drs. 224/07 v. 11. Mai 2007.

¹⁰ So auch Stellungnahme des Deutschen Frauenrates zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes v. 11. Mai 2007, S. 3.

Verdeckung dieser Absicht eine dem vorherrschenden gesellschaftlichen Diskurs abgeschauten Legitimation verwendet wird. Will der Gesetzgeber diesem sich aufdrängenden Eindruck glaubwürdig vorbeugen, darf er sich nicht nur auf Abwehrmaßnahmen beschränken, sondern muss er diesem in geeigneter Weise durch Eröffnung einer aufenthaltsrechtlichen Perspektive für Opfer von Zwangsehen vorbeugen.

II. Ausweisung

4. Die vorgeschlagenen ausweisungsrechtlichen Ermessenstatbestände in § 55 Abs. 2 Nr. 9 bis Nr. 11 AufenthG-E sind zu streichen

Nach der Begründung des Entwurfs sind die vorgeschlagenen Regelbeispiele typisierende Formen des allgemeinen Gefährdungstatbestandes in § 55 Abs. 1 AufenthG. Ein Handlungsbedarf für derartige Spezifizierungen kann nicht erkannt werden. Vielmehr besteht die ernsthafte Gefahr, dass aufgrund der unbestimmten Weite der vorgeschlagenen Ausweisungstatbestände und der Anknüpfung an den privaten und familiären Kontext der ausländischen Wohnbevölkerung diese erheblich verunsichert wird und insgesamt integrationsfeindliche und diskriminierende Wirkungen erzeugt werden.¹¹ Sollte im konkreten Einzelfall tatsächlich ordnungspolitischer Handlungsbedarf erkannt werden, vermitteln die Generalklauseln des § 55 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zureichende und wirksame Eingriffstatbestände.

Mit dem Vorschlag in § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG-E wird die Ausweisungsschwelle in den Kontext privater, insbesondere familiärer Beziehungen und religiöser Gemeinschaften verlegt. Der Vorschlag wird darüber hinaus den ohnehin schwierigen Diskurs mit den muslimischen Gemeinden erheblich erschweren. Tatsachenfeststellungen werden ganz überwiegend nur über Erkenntnisse der Verfassungsschutzbehörden getroffen werden können, welche ihrerseits ihre Quellen nicht preisgeben werden. Eine ausweisungsrechtliche Sanktion auf das Beweismittel des „Zeugen vom Hörensagen“ zu stützen, wirft kaum überwindbare rechtsstaatliche Probleme auf. Anders als die mit strafrechtlichen Konturen versehenen Begriffe des „Aufstachelns“ und „Aufforderns“ ist der Begriff des „Einwirkens“ höchst

problematisch, weil zu unbestimmt und eröffnet darüber hinaus dem behördlichen Ermittlungsdrang weitreichende Möglichkeiten. Auch wirft die Vorschrift kaum überwindbare Beweisprobleme auf und provoziert zu Denunziationen im privaten Umfeld.

Gegen den Vorschlag in § 54 Abs. 2 Nr. 10 AufenthG-E ergeben sich erhebliche rechtsstaatliche Bedenken, weil der strafrechtliche Erfolg der Verhinderung der „Teilhabe am wirtschaftlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen Leben“ derart unbestimmt und unklar gefasst ist, dass die begründete Besorgnis besteht, dass damit in die Erziehungsverantwortlichkeit der Eltern gegenüber ihren Kindern wie insgesamt in die Gestaltung privater und familiärer Beziehungen eingedrungen wird. Begrifflich wird hiermit ein unbestimmtes und uferloses Feld für ausweisungsfreudige Ausländerbehörden eröffnet. Der ohnehin schon sehr weit gefasste Tatbestand des § 54 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG reicht völlig aus, um die hier vom Gesetzgeber gemeinten Gefahren zu bekämpfen. Nötigung und Anwendung oder Androhung von Gewalt sind strafrechtliche Tatbestände, auf die mit § 54 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG angemessen reagiert werden kann.

Die Grenzen sowie das maßgebende Verständnis des wirtschaftlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen Lebens lassen sich durch den staatlichen Gesetzgeber ohnehin kaum hinreichend zuverlässig bestimmen. Der Staat darf im Übrigen – auch nicht mit Mitteln des Ausweisungsrechts – ein bestimmtes ordnungspolitisch maßgebendes Verständnis des gesellschaftlichen und kulturellen Lebens vorgeben. Darüber hinaus berechtigten Grund- und Menschenrechte dazu, den privaten gegenüber dem öffentlichen Bereich zu schützen. Im Rückzug oder Verbleiben im Privatbereich ist damit ein ausweisungsrechtlicher Unwertgehalt nicht zu erkennen, sofern er nicht in strafrechtlich relevanten Formen gegen andere durchgesetzt wird.

Da Nötigung bereits einen strafrechtlichen Straftatbestand darstellt, ist nicht zu erkennen, welcher zusätzliche Schutz von jungen Frauen durch den Vorschlag in § 54 Abs. 2 Nr. 11 AufenthG-E gegen das sie bedrückende soziokulturelle Umfeld über den durch § 54 Abs. 2

¹¹ So Stellungnahme des Ausschusses Ausländer- und Asylrecht des Deutschen Anwaltvereins vom Mai 2007, S. 6; Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme vom 4. Mai 2007, S.18 ff.

Nr. 2 AufenthG bereits bestehenden Schutz hinaus bewirkt werden könnte. Erneut besteht die Gefahr, dass mit polizeirechtlichen Mitteln in den Privatbereich eingedrungen wird.

5. Der Ausweisungsschutz für Inhaber einer „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG“ richtet sich nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen und sperrt deshalb eine Anwendung der deutschen Ausweisungssystematik. Der Vorschlag in § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AufenthG-E ist mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar.

Nach Art. 12 Abs. 1 RL 2003/109/EG (Daueraufenthaltsrichtlinie) können die Mitgliedstaaten eine Ausweisung gegen einen langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen nur verfügen, wenn er *„eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit“* darstellt. Erwägungsgrund Nr. 16 RL 2003/109/EG betont ausdrücklich, dass langfristig Aufenthaltsberechtigte verstärkten Ausweisungsschutz genießen. Dieser Schutz orientiere sich an den Kriterien, die der EGMR in seiner Rechtsprechung entwickelt habe. Zur Sicherstellung des Ausweisungsschutzes sollten die Mitgliedstaaten wirksamen Rechtsschutz vorsehen. Demgegenüber fügt der Vorschlag in § 56 Abs. 1 Satz AufenthG als Nr. 1a Inhaber der „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG“ in die starre deutsche Ausweisungssystematik ein. Begründet wird dies damit, dass der in Art. 12 der Richtlinie mit dem Daueraufenthaltstitel verbundene Ausweisungsschutz sich nicht, wie ursprünglich vorgesehen, am erweiterten Ausweisungsschutz für Unionsbürger orientiere.

Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr regelt ausschließlich Gemeinschaftsrecht den Ausweisungsschutz langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger und nicht deutsches Recht.¹² Zur Bestimmung der gegenwärtigen, hinreichend schweren Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit sind dieselben Grundsätze heranzuziehen, die für den Ausweisungsschutz der Unionsbürger gelten. Nach Inkrafttreten der Richtlinie hat der Europäische Gerichtshof aus dem Erfordernis einer *gegenwärtigen* Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung abgeleitet, eine Ausweisung könne nur auf das persönliche Verhalten des Betroffenen gestützt werden, sodass nationale Regelungen, die automatisch aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung eine Ausweisung verfügten, mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien.¹³ Art. 12 Abs. 1 RL 2003/109/EG setzt eine konkrete

¹² Marx, ZAR 2007, 142 (148 f.).

¹³ EuGH, InfAusIR 2004, 268 (272) = NVwZ 2004, 1099– *Orfanopoulos und Oliveri*.

Einzelfallentscheidung voraus. Die Ausweisung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten ist nur zulässig, wenn er eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt. Bereits der Wortlaut gebietet damit eine Berücksichtigung des persönlichen Verhaltens und ist mit dem Automatismus des deutschen Ausweisungsrechtes unvereinbar.¹⁴ Verstärkt wird dies auch durch die Aufzählung der Ermessensbelange in Art. 12 Abs. 3 RL 2003/109/EG, die in jedem konkreten Einzelfall eine Ermessensentscheidung anhand der dort bezeichneten Vorgaben erfordern. Formelhafte Ausführungen zur Wiederholungsgefahr genügen den Anforderungen an individualisierbare Feststellungen nicht. Eine vom Einzelfall losgelöste Ausweisungsbeurteilung ist in jedem Einzelfall unzulässig.¹⁵

Art. 12 Abs. 1 RL 2003/109/EG enthält einen an die Rechtsprechung des Gerichtshofs orientierten Wortlaut. Danach setzt die Ausweisung eines Unionsbürgers voraus, dass aufgrund des persönlichen Verhaltens eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bestehen muss. Eine strafrechtliche Verurteilung kann eine Ausweisung nur rechtfertigen, soweit die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten des Betroffenen erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit darstellt. Daraus ergibt sich das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Prüfung, die vom persönlichen Verhalten des Betroffenen ausgeht. Die dabei anzustellende Gefahrenprognose hat sich auf spezialpräventive Gesichtspunkte zu beschränken und darf sich nicht allein an einer strafgerichtlichen Verurteilung orientieren.¹⁶ Die Ausweisung eines langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen darf deshalb nur spezialpräventiv und nur auf der Grundlage einer umfassenden Berücksichtigung sämtlicher persönlicher, familiärer und vergleichbarer Umstände im Rahmen einer Ermessensentscheidung und nicht nach § 53, § 54 AufenthG verfügt werden.

¹⁴ Vgl. EuGH, InfAuslR 2004, 268 (275) = NVwZ 2004, 1099– *Orfanopoulos und Oliveri*

¹⁵ BVerwGE 121, 296 (304) = EZAR 034 Nr. 17 = NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 2005, 18, mit Verweis auf EuGH, Slg. 1975; 297 = NJW 1975, 1096; so bereits BVerwGE 49, 60 = NJW 1976, 494; BVerwG, InfAuslR 1988.

¹⁶ So ausdrücklich BVerwGE 121, 297 (302) = EZAR 037 Nr. 17 = NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 18; BVerwGE 121, 315 (319) = EZAR 037 Nr. 10 = NVwZ 2005, 224 = InfAuslR 2005, 26.

III. Abschiebungs- und Zurückweisungshaft

6. Die Vorschrift über die Durchführung der Zurückweisungshaft (§ 15 Abs. 5 AufenthG-E) ist zu streichen.

Abweichend von der Sicherungshaft sollen mit der Zurückweisungshaft, ohne dass spezifische Haftgründe vorliegen, allein deshalb freiheitsentziehende Maßnahmen durchgeführt werden, weil eine zuvor ergangene Zurückweisungsentscheidung nicht unmittelbar vollzogen werden kann. Nicht mehr persönlich vorwerfbares Verhalten, sondern allein das öffentliche Interesse an einem reibungslosen und jederzeit möglichen Vollzug administrativer Maßnahmen soll danach eine freiheitsentziehende Maßnahme stützen. Der Haftrichter wird auf die Funktion eines bloßen Vollzugsgehilfen reduziert. Es ist nicht erkennbar, welche freiheitssichernden Interessen er sicherstellen soll, wenn er lediglich die tatsächlichen Voraussetzungen behördlicher Maßnahmen überprüfen kann. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung ist ihm nach der Rechtsprechung verwehrt.¹⁷

Darüber hinaus verweist § 15 Abs. 5 Satz 2 AufenthG-E nicht auf § 62 Abs. 2 Satz 2 bis 4 AufenthG, sondern lediglich auf § 62 Abs. 3 AufenthG, wobei die Einfügung „im Übrigen“ missverständlich ist, weil sie zunächst die Anordnung der Zurückweisungshaft nach § 15 Abs. 5 Satz 1 AufenthG-E unberührt lässt, damit aber unklar bleibt, für welche Haftfälle § 62 Abs. 3 AufenthG gelten soll. Aber auch wenn § 62 Abs. 3 AufenthG auf § 15 Abs. 5 AufenthG-E Anwendung finden sollte, ist die Anordnungsmöglichkeit von sechs Monaten allein zur Erleichterung des Verwaltungsvollzugs, ohne dass diese aufgrund des Verhaltens des Betroffenen erforderlich sein muss, mit dem verfassungskräftigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schlechthin nicht mehr vereinbar.

7. Die Vorschrift über die Haft im Transitbereich (§ 15 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E) ist zu streichen.

Aus dem Gebot der strikt *verfahrensabhängigen Unterbringung im Transitbereich* folgt, dass nach Durchführung des Asylverfahrens der weitere Aufenthalt im Transitbereich nicht mehr

¹⁷ BGHZ 78, 145 (150); BVerwG, Buchholz 402.24 § 16 AuslG Nr. 1; BayObLGZ 1974, 177; 1982, 271; KG, OLGZ 1975, 257; 1980, 179; KG, InfAuslR 1982, 25; OLG Frankfurt am Main, OLGZ 1977, 165; OLG Hamm, OLGZ 1977, 157; VG Berlin, InfAuslR 1999, 80.

als rechtlich unerhebliches Festhalten behandelt werden kann.¹⁸ Demgegenüber wird in § 15 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E vorgeschlagen, dass erst nach Ablauf von dreißig Tagen nach Ankunft die Unterbringung am Flughafen der richterlichen Überprüfung bedarf. Für den Fall, dass kein Asylantrag gestellt und damit auch kein Flughafenverfahren durchgeführt wird, wird der Betroffene damit für dreißig Tage ohne richterliche Kontrolle freiheitsentziehenden Maßnahmen unterworfen. Im Blick auf Asylantragsteller hat das Bundesverfassungsgericht für den Aufenthalt im Transitbereich eine maximale Frist von 19 Tagen zugrunde gelegt.¹⁹ Danach kann der Rechtsprechung des BVerfG entnommen werden, dass nach Ablauf der nach § 18 a AsylVfG zu berücksichtigenden Verfahrensfristen der Aufenthalt im Transitbereich gegen den Willen des Betroffenen nicht mehr gerechtfertigt ist.²⁰

Unzutreffend ist damit die Begründung, das Bundesverfassungsgericht habe in der Unterbringung im Transitbereich am Flughafen keine freiheitsentziehende Maßnahme gesehen. Diese Wertung hat es vielmehr ausschließlich auf die verfahrensrechtliche Phase bis zum Ergehen des negativen Eilrechtsbeschlusses (vgl. § 36 Abs. 3 Satz 9 AsylVfG) beschränkt. Im Übrigen widerspricht die Begründung logischem Denken, weil das „luftseitige Verlassen“ in den Fällen, auf welche die Vorschrift gemünzt ist, ja gerade nicht möglich ist. Andernfalls müsste die Einreiseverweigerung sofort vollzogen werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wendet auf diesen Sachverhalt Art. 5 EMRK an. Indem diese Norm das Recht auf Freiheit proklamiert, beziehe sie sich auf die physische Freiheit der Person. Sie zielt darauf ab, sicherzustellen, dass niemandem diese Freiheit willkürlich entzogen werde. Auf der anderen Seite betreffe Art. 5 Abs. 1 EMRK prinzipiell nicht bloße Einschränkungen der Bewegungsfreiheit. Um zu bestimmen, ob jemand die Freiheit entzogen werde, sei von der konkreten Situation auszugehen. Eine ganze Reihe von Kriterien, wie z. B. die Art, Dauer, Auswirkungen und die Art der Durchführung der betreffenden Maßnahmen, müssten berücksichtigt werden. Der Unterschied zwischen Entzug und Beschränkung der Freiheit sei lediglich eine Frage des Grades oder der Intensität und nicht eine der Natur oder der Substanz. Das Festhalten in Transitzonen dürfe *nicht exzessiv* verlängert werden.

¹⁸ Marx, Kommentar zum AsylVfG, 6. Aufl., § 18a Rdn. 268 bis 276.

¹⁹ BVerfGE 89, 98 (101) = NVwZ 1993, 766; BVerfGE 89, 101 (105); 89, 106 (109); 89, 109 (113); so auch Giesler/Wasser, Das neue Asylrecht, S. 34; s. hierzu auch VG Frankfurt am Main, NVwZ-Beil. 1996, 76 (79); krit. hierzu Liebetanz, in: GK-AsylVfG, § 18 a Rdn. 106).

²⁰ So auch VGH BW, InfAuslR 1997, 223 (228).

Andernfalls bestünde das Risiko, eine bloße Freiheitsbeschränkung in eine Freiheitsentziehung zu verwandeln.²¹

Der Gerichtshof hält danach zwar eine auf die Zwecke des Asylverfahrens begrenzte Freiheitsbeschränkung für zulässig. Ob dieser Eingriff als Freiheitsbeschränkung oder als Freiheitsentziehung bezeichnet wird, kann letztlich dahinstehen. Denn unter strikter Berücksichtigung des Verbots der exzessiven Verlängerung erachtet der Gerichtshof ein Festhalten am Flughafen nur für zulässig, solange dies aus verfahrensrechtlichen Gründen zwingend geboten ist. Sind diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben, wandelt sich die Freiheitsbeschränkung in eine Freiheitsentziehung um. Das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu beachtende Verbot der exzessiven Verlängerung der Freiheitsbeeinträchtigung entfaltet also spätestens in diesem Zeitpunkt seine Wirkung.

Freiheitsentziehung im Sinne des § 2 FreihEntzG ist die Unterbringung einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in bestimmten amtlichen Einrichtungen. Die für die Unterbringung im Transitbereich des Flughafens benutzten Räumlichkeiten sind abgeschlossen und so eng begrenzt, dass sie als Hafträume im Sinne des Gesetzes anzusehen sind.²² Jedenfalls nach Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens im Flughafenverfahren kann der entgegenstehende Wille des Asylsuchenden nicht mehr verneint werden, sodass eine weitere Freiheitsentziehung nur aufgrund richterlicher Anordnung zulässig ist.²³ Der Vorschlag in § 15 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E ist weder mit Art. 5 EMRK noch mit Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG vereinbar.

8. Das eigenständige Festnahmerecht der Ausländerbehörden (§ 62 Abs. 4 Satz 1 AufenthG-E) ist zu streichen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes setzt *jede* Freiheitsentziehung grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung ist nur dann zulässig, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die

²¹ EGMR, EuGRZ 1996, 577 (585) (§§ 42 f.) = NVwZ 1997, 1102 = EZAR 932 Nr. 1 – *Amuur*.

²² OLG Frankfurt am Main, NVwZ-Beil. 1997, 16.

²³ OLG Frankfurt am Main, NVwZ-Beil. 1997, 16; AG Frankfurt am Main, B. v. 17. 5. 1996 – 934 XIV 1163/96; *Göbel-Zimmermann/Masuch*, InfAuslR 1997, 171 (173).

richterliche Entscheidung vorangehen müsste. In diesem Fall fordert Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG, dass die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen ist.²⁴ Damit stehen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes *planbare Festnahmen* – wie der Vorschlag in § 62 Abs. 4 Satz 1 AufenthG-E – nicht zur Disposition des Gesetzgebers.²⁵ Der Vorschlag ist deshalb schlichtweg verfassungswidrig.

Da ein begründeter Verdacht, dass der Betroffene sich der Abschiebung entziehen will, dann nicht angenommen werden kann, wenn er freiwillig und von sich aus bei der Ausländerbehörde vorspricht, beruht der Vorschlag in § 82 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 AufenthG-E auf einer fragwürdigen Logik. Aber selbst dann, wenn die Behörde ungeachtet dessen meint, gewichtige Anhaltspunkte für den Verdacht bezeichnen zu können, dass trotz freiwilliger Meldung bei der Behörde ein Untertauchen des Betroffenen zu erwarten ist, kann sie gemäß § 11 FreiheitsEntzG eine vorläufige richterliche Anordnung einholen und den Betroffenen zur Fahndung ausschreiben. Allein dieses Verfahren gewährleistet, dass über die Freiheit der Person nach einer sorgfältigen Prüfung durch eine von der Behörde unabhängige Kontrollinstanz entschieden wird.

IV. Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen

9. Der Rechtsanspruch subsidiär Schutzberechtigter auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ist klar zu regeln.

Nach Art. 18 RL 2004/83/EG erkennen die Mitgliedstaaten subsidiär Schutzberechtigten den Schutzstatus zu. Diese haben nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/83/EG einen Rechtsanspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels. Hiermit nicht in Übereinstimmung steht § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, weil danach lediglich eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden *soll*. Andererseits wird in § 26 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AufenthG-E geregelt, dass in den Fällen des § 25 Abs. 3 AufenthG die Aufenthaltserlaubnis für mindestens ein Jahr erteilt *wird*. Der Befristungsregel des § 26 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AufenthG voraus geht die Anwendung der Sollnorm des § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Eine Versagung des Aufenthaltstitels bei atypischen

²⁴ BVerfG (Kammer), InfAuslR 2006, 462 (465 f.).

²⁵ So Stellungnahme des Ausschusses Ausländer- und Asylrecht des Deutschen Anwaltvereins vom Mai 2007, S. 8 ff.; Deutsches Institut für Menschenrechte, Stellungnahme vom 4. Mai 2007, S.23 f.

Ausnahmegestaltungen²⁶ ist jedoch mit der Anspruchsnorm des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/83/EG unvereinbar.

Darüber hinaus kann der Vorbehalt in § 25 Abs. 3 Satz 2 1. Alt. AufenthG (mögliche und zumutbare Ausreise in einen dritten Staat) sowie 2. Alt. (Verletzung von Mitwirkungspflichten) nicht aufrechterhalten werden, da die Richtlinie 2004/83/EG den Aufenthaltsanspruch für subsidiär Schutzberechtigte nach Art. 24 Abs. 2 nicht von derartigen Vorbehalten abhängig macht. Jedenfalls für die Personen, die nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG die Voraussetzungen nach Art. 15 RL 2004/83/EG erfüllen, muss klar geregelt werden, dass die ersten beiden Vorbehalte in § 25 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nicht anwendbar sind.²⁷

10. Der Zugang zur Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG muss auch sofort vollziehbar aus reisepflichtigen Antragstellern eröffnet werden.

Umstritten war bislang, ob § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auch auf *vollziehbar ausreisepflichtige* Antragsteller anwendbar ist. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm auf lediglich nicht vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer wird in der Rechtsprechung für bedenklich erachtet, weil gerade die vom Gesetzgeber als schützenswert bezeichneten Rechtsgüter gegen die Einschränkung auf nicht vollziehbar ausreisepflichtige Antragsteller sprächen.²⁸ Gegen diese Rechtsprechung wird im Entwurf nunmehr gefordert, dass Antragsteller nicht vollziehbar ausreisepflichtig sein dürfen. Demgegenüber wird Opfern einer Straftat nach §§ 232, 233 oder 233a StGB die Aufenthaltserlaubnis auch dann erteilt, wenn diese - was zumeist der Fall sein dürfte - vollziehbar ausreisepflichtig sind (vgl. § 25 Abs. 4a AufenthG-E).

²⁶ BVerwGE 124, 326 (331 ff.) = InfAuslR 2006, 272 (273) = NVwZ 2006, 711 = EZAR 33 Nr. 2 = AuAS 2006, 122; OVG Sachsen, InfAuslR 2005, 465 (466); VG München, U. v. 9. 2. 2006 – M 26 K 05.5227; VG Trier, U. v. 26. 1. 2005 – 5 K 1421/04.TR; Renner, AuslR, 8. Aufl., 2005, § 25 AufenthG Rdn. 22.

²⁷ So auch Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty international u.a., März 2007, S. 7.

²⁸ Nieders.OVG, InfAuslR 2005, 381 (383) = NVwZ-RR 2006, 572 = AuAS 2005, 242; VG Braunschweig, U. v. 1. 9. 2005 – 5 A 15/05; Benassi, InfAuslR 2005, 357 (358); Benassi, InfAuslR 2006, 397 (398); Göbel-Zimmermann, ZAR 2005, 275; Renner, AuslR, § 25 AufenthG Rdn. 29; offen gelassen Hess.VGH, U. v. 7. 7. 2006 – 7 UE 509/06.

Korrespondierend mit der Beschränkung des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG-E auf nicht vollziehbar Ausreisepflichtige wird in § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E vorgeschlagen, dass einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer eine Duldung erteilt werden kann, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen eine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Damit wird eine Rückkehr zum früheren Rechtszustand unter § 55 Abs. 3 AuslG 1990 vollzogen. Das Zuwanderungsgesetz wollte diesen jedoch beseitigen und die Duldung soweit wie möglich einschränken. Dadurch kann etwa vollziehbar ausreisepflichtigen Schülern oder Auszubildenden, die alsbald ihre Schulausbildung bzw. Berufsausbildung abschließen werden, keine Aufenthaltserlaubnis bis zur Vollendung ihrer Ausbildung erteilt werden. Ebenso wenig kann vollziehbar Ausreisepflichtigen, die vorübergehend erkrankt oder schwanger sind, bis zur Wiederherstellung der Gesundheit bzw. bis zur Geburt des Kindes und der Wiederherstellung der Reisefähigkeit eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

11. Opfer einer Straftat im Sinne des § 25 Abs. 4a Satz 1 AufenthG-E dürfen weder in das Verteilungsverfahren nach § 15a AufenthG einbezogen noch darf ihr Aufenthaltsanspruch in das behördliche Ermessen gestellt noch darf die Überlegungsfrist zu kurz bemessen werden.

Opfer organisierten Menschenhandels sind häufig traumatisiert und bedürfen der besonderen staatlichen Fürsorge und einer wirksamen psychosozialen Betreuung. Diese staatlichen Verpflichtungen stehen einer Einbeziehung dieses Personenkreises in das Verteilungsverfahren für unerlaubt eingereiste Ausländer entgegen.²⁹ Für die Opfer organisierten Menschenhandels ist es während ihrer Bedenk- und Stabilisierungsfrist von entscheidender Bedeutung zu erfahren, ob sie nach der Erklärung ihrer Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis haben werden. Demgegenüber stellt § 25 Abs. 4a Satz 1 AufenthG-E die Erteilung in das behördliche Ermessen. Darüber hinaus ist ihnen nach Art. 6 Abs. 1 RL 2004/81/EG eine angemessene Bedenkzeit zu gewähren, innerhalb deren sie sich erholen und dem Einfluss der Täter entziehen können, um eine fundierte Entscheidung über ihre Zusammenarbeit mit den deutschen Behörden treffen zu können. Dabei müssen sie auch das

Risiko von Rache- und Vergeltungsaktionen der Täter nach Rückkehr in ihr Herkunftsland bedenken und darüber informiert werden, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Darlegung eines derartigen Risikos ausgeschlossen ist.³⁰ Die Mindestfrist von einem Monat (vgl. § 52 Abs. 2a Satz 2 AufenthG-E) wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Auch wenn die Behörden darüber hinausgehen können, können sie sich jedoch auch auf Einhaltung der Mindestfrist bestehen. Dies wäre angesichts der schwerwiegenden und seelisch belastenden Folgen der erforderlichen Entscheidung nicht verantwortbar. Es sollte angesichts dessen eine Mindestfrist von drei Monaten festgesetzt werden, innerhalb deren auch die erforderliche medizinische Versorgung sicherzustellen ist.

12. In § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG ist für Personen, die aus humanitären Gründen schutzbedürftig sind, eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete allgemeine Zumutbarkeitsklausel einzufügen.

§ 25 Abs. 5 AufenthG ist die wohl am heftigsten umstrittene Vorschrift im Abschnitt des 2. Kapitels des AufenthG über humanitäre Aufenthaltstitel. So wird bereits bestritten, dass der Gesetzgeber gegenüber dem verunglückten Regelungsmechanismus der §§ 55 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1, § 30 Abs. 3 und 4 AuslG 1990 Verbesserungen habe einführen und die Praxis der Kettenduldungen habe abschaffen wollen. Auch wenn nunmehr mit § 104a und § 104b AufenthG und bereits mit dem Bleiberechtsbeschluss vom 17. November 2006 für faktisch integrierte und langjährig im Bundesgebiet lebende Ausländer eine aufenthaltsrechtliche Perspektive eröffnet wurde bzw. wird, wird es ungeachtet dessen eine Reihe von Personen geben, die an den starren zeitlichen Voraussetzungen und abstrakt-generellen Regelungen der Altfallregelung scheitern, gleichwohl aber aus humanitären Gründen schutzbedürftig sind und für die eine eher flexible Verbleibsmöglichkeit zu regeln ist. Dies betrifft insbesondere traumatisierte Personen, auf deren Behandlungsanspruch bislang durch die eher restriktiv angelegten und starren Regelungen des Aufenthaltsrechts nicht angemessen reagiert werden kann. Darüber hinaus wird es nach Umsetzung der Altfallregelung Familien mit faktisch integrierten Kindern geben, in Bezug auf die die Durchsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen aus humanitären Gründen nicht verantwortbar erscheint. Die Härtefallregelung

²⁹ KOK-Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Frauenhandel und Gewalt an Frauen im Migrationsprozess e.V., Zusammenfassung der Forderungen des KOK, April 2007.

³⁰ EGMR, EZAR 933 Nr. 6 = NVwZ 1998, 163 = InfAuslR 1997, 333 – *H.L.R. gegen Frankreich*.

des § 23a AufenthG läuft zum 31. Dezember 2009 aus (vgl. Art. 15 Abs. 4 ZuwG) und kann wegen ihres fehlenden subjektiv-rechtlichen Charakters ohnehin kein adäquates Substitut darstellen.

Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ergibt sich, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine vom Vertragsstaat getroffene Entscheidung auf Verweigerung der Legalisierung des Aufenthaltsrechts das in Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben verletzen kann. Es sei deshalb zu prüfen, ob die Weigerung, dem Betroffenen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, und die Weigerung, davon abzusehen, ihn in das Herkunftsland zurückzuführen, ein Eingriff in das Privat- und Familienleben darstellen könne.³¹ Aus dieser Rechtsprechung lässt sich damit eine Tendenz ablesen, nicht nur bei der Ausweisung und Abschiebung, sondern auch bei der rechtlichen Absicherung eines bislang ungeklärten Aufenthaltes nach Maßgabe des Art. 8 EMRK im stärkeren Maße auf die individuellen Interessen der Betroffenen abzustellen.³² Überlegt werden sollte deshalb eine Änderung des § 25 Abs. 5 AufenthG, um einerseits rechtlichen Schutznormen besser Geltung verschaffen und andererseits gleichwohl die zuwanderungspolitische Steuerungsfähigkeit unter Berücksichtigung des verfassungskräftigen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erhalten zu können. Zu diesem Zweck hat bereits der *Deutsche Anwaltverein* in seiner Stellungnahme vom März 2006 vorgeschlagen, in § 25 Abs. 1 Satz 1 AufenthG den folgenden Halbsatz anzufügen:

„.....rechtliche Unmöglichkeit ist auch anzunehmen, wenn eine Rechtsgüterabwägung im Einzelfall das staatliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung als nachrangig erscheinen lässt.“

13.1 Die Ausschlussgründe der Altfallregelung des § 104a AufenthG sind wegen ihrer unbestimmten Weite rechtsstaatlich bedenklich.

Die Ausschlussgründe des § 104a Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AufenthG-E orientieren sich zwar an dem Bleiberechtsbeschluss vom 17. November 2006, bedürfen jedoch wegen ihrer

³¹ EGMR, NVwZ 2005, 1043 (1045) – *Dragan*; EGMR, NVwZ 2005, 1046 – *Ghiban*; EGMR, InfAuslR 2005, 349 = EuGRZ 2006, 554– *Sisojeva*, zur gütlichen Einigung s. EGMR, InfAuslR 2007, 140 – *Sisojeva*; EGMR, EuGRZ 2006, 560 (561) – *Slivenko*; EGMR, InfAuslR 2006, 297 – *Mendizabal*.

unbestimmten Weite und teilweisen schwammigen Begrifflichkeit der Überprüfung. Angesichts der Erfahrungen mit der Anwendung der den Bleiberechtsbeschluss umsetzenden Länderanordnungen besteht die ernsthafte Gefahr, dass das Ziel des Entwurfs, langjährig im Bundesgebiet geduldeten und integrierten Ausländern eine dauerhafte Perspektive im Bundesgebiet zu eröffnen, durch extensive Anwendung der Ausschlussgründe in sein Gegenteil verkehrt wird. Beleg für diese Befürchtung liefert der Bericht des Bundesinnenministeriums zur Umsetzung des Bleiberechtsbeschlusses vom 7. Mai 2007, wonach von den 58.259 gestellten Anträgen 5.004 positiv entschieden, jedoch 3.402 überwiegend aufgrund von Ausschlussgründen zurückgewiesen wurden. Es sollte dem Gesetzgeber zu bedenken geben, dass die Zahl der zurückgewiesenen Anträge nicht deutlich unterhalb der der positiven Entscheidungen liegt, obwohl es sich in beiden Fällen um faktisch integrierte Personen handelt, deren rechtliche Integration Ziel des Bleiberechtsbeschlusses ist.

Deshalb müssen etwa beim Ausschlussgrund der vorsätzlichen Täuschung über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände oder der Hinauszögerung oder Behinderung aufenthaltsbeendender Maßnahmen klare Missbrauchsfällen schärfer heraus gearbeitet und mit dem gesetzgeberischen Integrationsangebot zum Ausgleich gebracht werden. Insbesondere der Begriff der „vorsätzlichen Hinauszögerung“ aufenthaltsbeendender Maßnahmen kann nahezu jedem an sich Begünstigten entgegen gehalten werden. In der sehr niedrigen Schwelle aufenthaltschädlicher strafrechtlicher Verfehlungen kommt ebenfalls kein gelungener Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen und dem Verbleibsanspruch faktisch integrierter Ausländer zum Ausdruck. Darüber hinaus ergeben sich Bedenken aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, weil bei der Niederlassungserlaubnis eine deutlich höhere entsprechende Hürde besteht (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E). Bei beiden Gruppen handelt es sich um im Bundesgebiet aufgrund ihres langjährigen Aufenthaltes integrierte Personen. Allein der Umstand des bislang fehlenden rechtmäßigen Aufenthaltes erscheint bei einer vorausgesetzten Integration nicht als derart schwerwiegend, dass er eine derart unterschiedliche Behandlung beider Personengruppen rechtfertigen könnte. Hinzu kommt, dass die sehr geringe strafrechtliche Hürde zum Auseinanderreißen von Familien führen wird (s. unten). Auch im Blick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK bedarf daher dieser Ausschlussgrund der Überprüfung.

³² Marx, ZAR 2006, 261; Thym, EuGRZ 2006, 541 (552), beide mit zahlreichen Hinweisen.

Im Blick auf den Ausschlussgrund „*Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen*“ ergeben sich wegen der unbestimmten Begrifflichkeit erhebliche Bedenken. Dem Grunde nach wird dieser Sachverhalt bereits durch § 54 Nr. 5, 5a und 6 AufenthG erfasst. Dem behördlichen Interesse an einer optimalen Gefahrenabwehr wird durch den dort geregelten Begriff der Tatsachen gestützten Gefahr hinreichend Rechnung getragen. Der Ausschlussgrund erfordert indes keine Gefährdung. Grundsätzlich soll *jegliche Verbindung zu Personen und Sachverhalten*, die einen extremistischen oder terroristischen Hintergrund aufweisen,“ ausreichen, sofern eine „Sicherheitsbeeinträchtigung nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden“ könne.³³ Hier löst sich der Begriff der öffentlichen Sicherheit von greifbaren Gefährdungstatbeständen und zielt auf bloße Milieus. Ist bereits die auf Tatsachen gestützte Gefahrenprognose rechtsstaatlich kaum noch begründbar, ist deren Unterschreitung durch bloße Kontakttatbestände nicht mehr akzeptabel. Da hier auf islamisch geprägte Milieus gezielt wird, besteht die ernstzunehmende Gefahr, dass mit diesem Ausschlussgrund einer diskriminierenden, die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) verletzenden Verwaltungspraxis Vorschub geleistet wird.

Nach § 104a Abs. 7 Satz 1 AufenthG-E können die Bundesländer aus Gründen der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 und 2 AufenthG-E Staatsangehörigen bestimmter Staaten zu versagen ist. Da bereits § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AufenthG-E einen aus Sicherheitsgründen sehr weiten und begrifflich unbestimmten Ausschlussgrund enthält, läuft die Anwendung des § 104a Abs. 7 Satz 1 AufenthG-E auf den Ausschluss ganzer nach ihrer Staatsangehörigkeit bestimmter Personengruppen ohne jeglichen sachlichen Grund hinaus. Dies verletzt Art. 20 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 GG. Sicherheitsbelangen ist bereits mit § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AufenthG-E weit über das rechtsstaatlich gebotene Maß hinaus Rechnung getragen worden. Der freiheitliche Rechtsstaat lässt es nicht zu, dass ganze Nationen unter einen pauschalen Sicherheits- oder Terrorismusverdacht gestellt werden.

³³ Vorläufige bayerische Bestimmungen v. 17. 11. 2006, Nr. II 6.5; Brandenburg, Anordnung v. 8. 12. 2006, Nr. 3.5; MV, Anordnung v. 19. 12. 2006, Nr. A III.

13.2 Den im Bundesgebiet volljährig gewordenen jungen Erwachsenen ist einheitlich nach einem Mindestaufenthalt von sechs Jahren eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

§ 104a Abs. 2 AufenthG-E regelt in Satz 1 für begleitete und in Satz 2 für unbegleitete Minderjährige das weitere Verbleibsrecht. Die für begleitete, als Minderjährige eingereiste und inzwischen volljährig gewordene junge Erwachsene getroffene Regelung orientiert sich an Nr. II 5 des Bleiberechtsbeschlusses 2006, beseitigt aber ebenfalls nicht die Unklarheiten im Hinblick auf den geforderten Mindestaufenthalt der Begünstigten. Dieser wird durch die nach Maßgabe des Bleiberechtsbeschlusses 2006 ergangenen Ländererlassen sehr unterschiedlich geregelt.³⁴ § 104a Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E legt bei unbegleiteten minderjährigen Antragstellern den Mindestaufenthalt auf sechs Jahre fest. Demgegenüber bleibt der geforderte Mindestaufenthalt im Blick auf begleitete Minderjährige offen (§ 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E). Hinsichtlich der begleiteten Minderjährigen wird die Begründung der Begünstigung als solche an den Aufenthaltsstatus des Stammberechtigten geknüpft. Es muss also mindestens ein Elternteil im Bundesgebiet leben, der nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E berechtigt ist. Die Berechtigung des Elternteils kann sich daraus ergeben, dass dieser noch mit einem minderjährigen ledigen Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt. Dann muss der Elternteil mindestens sechs Jahre im Bundesgebiet gelebt haben. Ist der Antragsteller das einzige Kind oder waren die anderen Geschwister am 1. Juli 2007 ebenfalls volljährig, muss der Elternteil acht Jahre im Bundesgebiet gelebt haben.

Der Entwurf verknüpft das Erfordernis des Mindestaufenthaltes mit der Person des Stammberechtigten, enthält aber für den maßgeblichen *Mindestaufenthalt des Begünstigten* selbst keine Aussage. Eine Begünstigung für den jungen Erwachsenen entsteht nicht, wenn seine Eltern oder ein Elternteil nicht eine der Varianten des § 104 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E erfüllen. In diesem Fall muss der Betroffene einen acht Jahre dauernden Aufenthalt nachweisen und ist damit originär berechtigt nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E. Erfüllt jedoch ein Elternteil oder erfüllen beide eine der Voraussetzungen des § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG, entsteht die Option nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Man kann die Regelung dahin interpretieren, dass der durch sie berechtigte junge Erwachsene nicht einen bestimmten Mindestaufenthalt nachweisen muss. Der Entwurf verlangt lediglich, dass er bei der Einreise minderjährig war und eine positive Integrationsprognose getroffen werden kann. Würde man

für den Antragsteller denselben Mindestaufenthalt fordern wie für den maßgebenden Elternteil, hätte es angesichts des personenspezifischen Charakters der Altfallregelung keiner spezifischen Regelung in § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E bedurft. Denn in diesem Fall könnte der Antragsteller sich unmittelbar auf § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E berufen. Um die bereits jetzt deutlich werdenden Auslegungstreit zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber den Mindestaufenthalt dieser Personengruppe auf sechs Jahre festlegen.

§ 104a Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E beseitigt die für unbegleitete Minderjährige unterschiedliche Erlasslage nach dem Bleiberechtsbeschluss 2006 und legt für diese eine eigenständige Rechtsgrundlage fest, der an einen Mindestaufenthalt von sechs Jahren und daran gebunden wird, dass er *als Minderjährige* sechs Jahre ununterbrochen im Bundesgebiet gelebt hat. Wer etwa inzwischen 22 Jahre alt ist, zwar am maßgeblichen Stichtag sechs Jahre im Bundesgebiet gelebt hat, davon aber nur zwei Jahre als Minderjähriger, wird nicht begünstigt. Es handelt sich hierbei offensichtlich um ein Redaktionsversehen. Deshalb sollte für begleitete wie für unbegleitete Minderjährige einheitlich ein am maßgeblichen Stichtag sechs Jahre dauernder Aufenthalt im Bundesgebiet festgesetzt werden, der nicht zur Gänze während der Phase der Minderjährigkeit bestanden haben muss. Ein sachlich gerechtfertigter Grund für die unterschiedliche Behandlung des Mindestaufenthaltes der nach der Einreise volljährig gewordenen Personen ist angesichts der für beide Gruppen maßgebenden faktischen Integration nicht ersichtlich.

13.3 Der Gesetzgeber hat Sorge dafür zu tragen, dass § 104a und § 104b AufenthG-E nicht zu einem aus verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen kaum hinnehmbaren Auseinanderreißen von Familien führt.

Begeht ein in häuslicher Gemeinschaft lebender Familienangehöriger aufenthaltsrechtlich schädliche Straftaten, wird den anderen Familienangehörigen grundsätzlich keine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Dies gilt nicht für volljährig gewordene Kinder (vgl. § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E). Ist ein nicht erwachsenes Kind straffällig geworden, wird dies hingegen den Eltern zugerechnet. Für jugendliche Kinder ermöglicht § 104b AufenthG-E eine eigenständige Lösung. Aus dieser Gesetzessystematik folgt, dass das straffällige noch nicht 14 Jahre alte Kind mit den Eltern ausreisen muss, während die älteren Kinder sich auf § 104a

³⁴ S. hierzu im Einzelnen Marx, ZAR 2007, 43 (44).

Abs. 2 Satz 1 und § 104b AufenthG-E berufen können. Diese Gesetzssystematik hat zur Folge, dass bei kinderreichen Familien die über 14 Jahre alten Kinder einschließlich der volljährig gewordenen Geschwister ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erhalten, die unter 14 Jahre alten Geschwister hingegen mit den Eltern ausreisen müssen. Ein derartiges Auseinanderreißen der Familie stößt wegen der Schutzwirkung von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK jedenfalls in den Fällen auf Bedenken, in denen bereits wegen geringfügigen Fehlverhaltens der Eltern oder eines der Geschwister zu deren Lasten und damit auch zu Lasten der unter 14 Jahre alten Kinder ein Ausschlussgrund eingreift. Betroffen sind etwa im Bundesgebiet geborene Kinder, die erst nach dem Stichtag das 14. Lebensjahr vollendet haben, also 14 Jahre minus ein Tag im Bundesgebiet leben.

13.4 Asylberechtigten, Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten ist ein ungehinderter Zugang zur Altfallregelung zu eröffnen.

Unklar ist, ob sich vom Widerruf bedrohte Antragsteller, die noch im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 bis 3 AufenthG sind, auf die Altfallregelung berufen können. Sämtliche Tatbestände des § 104a Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Satz 1 und 2, § 104b AufenthG-E setzen eine vollziehbare Ausreisepflicht voraus. Dies hat zur Folge, dass potenziell in den Anwendungsbereich fallende Personen, die im Besitz eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 1 bis 3, § 26 Abs. 3 AufenthG sind, zunächst zwingend ihre sofortige Ausreisepflicht herbeiführen und deshalb die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthaltsrechtes unterbrechen müssen. Dies erscheint in Ansehung der möglichen schädlichen Folgen für die Verfestigung des Aufenthaltes kaum zumutbar und auch eher gekünstelt.

13.5 Dem Schutzbedürfnis insbesondere älterer oder traumatisierter Personen ist bei der Gestaltung der Ausnahmeregelungen stärkeres Gewicht einzuräumen als in § 104a Abs. 6 AufenthG-E vorgesehen.

Zwar enthält § 104a Abs. 6 AufenthG-E Ausnahmeregelungen vom Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhaltes zugunsten erwerbsunfähiger und von Personen, die das 65 Lebensjahr vollendet haben. Traumatisierte oder andere psychisch kranke Personen müssen nicht erwerbsunfähig, können aber in ihrer Erwerbsfähigkeit derart eingeschränkt sein, dass sie nicht durch Erwerbstätigkeit überwiegend eigenständig ihren Lebensunterhalt sichern können. Diese Personengruppe sollte bei den Ausnahmeregelungen berücksichtigt werden. Darüber

hinaus führt das Erfordernis, dass keine Sozialleistungen in Anspruch genommen werden dürfen, zu einem weitgehenden Leerlaufen dieser Ausnahmeklauseln. Zwar ist im Grundsatz das Ziel, eine Belastung der Sozialsysteme zu verhindern, anzuerkennen, es sollten jedoch Wege gefunden werden, dem besonderen Schutzbedürfnis dieser Personengruppe durch pragmatische Ausnahmeregelungen von diesem Erfordernis Rechnung zu tragen.

V. Flüchtlingsschutz und subsidiärer Schutz (RL 2004/83/EG)

14. Die Regelungen der Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) sind vollständig in nationales Recht und nicht lediglich teilweise und ergänzend, wie in § 60 Abs. 1 Satz 5 Satz 1, Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E, umzusetzen.

Der Entwurf bestimmt in § 60 Abs. 1 Satz 5 AufenthG-E, dass für die Feststellung, ob eine Verfolgung nach § 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vorliegt, Art. 4 Abs. 4 sowie Art. 7 bis 10 RL 2004/83/EG **ergänzend** anzuwenden sind. In § 60 Abs. 11 AufenthG wird demgegenüber bestimmt, dass für die Feststellung von Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 2, 3 und 7 Satz 2 AufenthG Art. 4 Abs. 4, 5 Abs. 1 und 2, 6 bis 8 RL 2004/83/EG gelten. Es wird nicht mitgeteilt, warum einerseits gemeinschaftsrechtliche Normen lediglich ergänzend heranzuziehen sind, andererseits dieser Vorbehalt nicht für notwendig erachtet wird.

Damit verfehlt der Entwurf im Hinblick auf den Flüchtlingsschutz die korrekte Aufgabe der Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie. Die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht erfordert zwar nicht unbedingt eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Rechtsvorschrift. Ihr kann durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext Genüge getan werden, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet.³⁵ Daraus folgen nicht nur die Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien, sondern für den Fall der Kollision auch der *Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts* und eine Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften. Eine lediglich *ergänzende* Anwendung der Richtlinie 2004/83/EG ist mit diesen Grundsätzen

³⁵ EuGH, Rechtssache C-217/97, § 31 – *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*.

nicht vereinbar. Dem Rechtsanwender wird dadurch nämlich bedeutet, er solle zunächst deutsche Rechtsvorschriften anwenden, dabei deren spezifischen Sinngehalt, den im deutschen Recht vorgegebenen Gesetzeszusammenhang sowie den Zweck der deutschen Norm ermitteln und lediglich bei Zweifeln auch einen Blick auf die Qualifikationsrichtlinie werfen. Wenn auch eine Richtlinie nicht wörtlich umzusetzen ist, muss doch durch die Art der Umsetzung gewährleistet werden, dass ihr systematischer Zusammenhang sowie ihr Zweck und ihr Ziel die Auslegung und Anwendung der nationalen Umsetzungsnormen bestimmen. Gerade weil die Qualifikationsrichtlinie gegenüber der bisherigen deutschen Rechtsprechung eine Reihe von Änderungen einführt, muss durch die Art der Umsetzung sichergestellt werden, dass der Rechtsanwender diese vom Gemeinschaftsrecht geforderten Änderungen überhaupt erkennen kann. Diese Leistung vermag die Methode der lediglich ergänzenden Anwendung nicht zu erbringen.

Sollte der Entwurf mit dieser Formulierung wegen der geschlechtsspezifischen Verfolgung (vgl. einerseits § 60 Abs. 1 Satz 3 AufenthG, andererseits Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) Abs. 2 Satz 2 2. Hs. RL 2004/83/EG) den Vorrang des deutschen Rechts in dieser Frage sicherstellen wollen, wird empfohlen, Art. 3 RL 2004/83/EG einzubeziehen. Danach können die Mitgliedstaaten günstigere Normen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft erlassen oder beibehalten.

15. Die Folgeantragsfiktion ist mit Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Abs. 23 Abs. 4 Buchst. i) RL 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie) unvereinbar. Deshalb sind die Vorschriften der § 20 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 3 Satz 2 § 23 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG aufzuheben.

Für die gemeinschaftsrechtliche Bewertung der Folgeantragsfiktion ist festzustellen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 1 RL 2006/85/EG zwar verlangen können, dass Asylanträge persönlich und/oder an einem bestimmten Ort zu stellen sind. Sie haben jedoch sicherzustellen, dass Asylanträge nicht allein deshalb von der Prüfung ausgeschlossen werden, weil die Antragstellung nicht so rasch wie möglich erfolgt ist (Art. 8 Abs. 1 RL 2005/85/EG). Hat es der Antragsteller ohne vernünftigen Grund versäumt, den Antrag zu einem früheren Zeitpunkt zu stellen, obwohl er Gelegenheit dazu gehabt hätte, kann dieser

zwar beschleunigt bearbeitet werden (Art. 23 Abs. 4 Buchst. i) RL 2005/85/EG). Der Antrag ist jedoch unter Berücksichtigung der Vorfluchtgründe zu prüfen und darf nicht wie nach deutschem Recht lediglich nur noch unter Berücksichtigung zwingenden subsidiären Schutzes behandelt werden. Denn die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 1 RL 2005/85/EG, den Asylantrag auch dann zu prüfen, wenn die Antragstellung nicht so rasch wie möglich erfolgt ist, bezieht sich auf den Antragsbegriff nach Art. 2 Buchst. b) RL 2005/5/EG, das ist der Antrag auf Ersuchen um internationalen Schutz im Sinn der GFK.

16. Die Sperrwirkung in § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG-E ist mit Art. 18 RL 2004/83/EG unvereinbar. Deshalb sind die Wörter „oder Satz 2“ zu streichen.

Der Entwurf bezieht die *verfahrensrechtliche Sperrwirkung* des § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG-E auch auf § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E und damit auf die Umsetzungsnorm von Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG. Zunächst befremdet, dass der Zugang zum gemeinschaftsrechtlichen Schutz durch eine spezifisch deutsche Verfahrensbarriere gesperrt werden soll. Eine derartige Erstreckung der Sperrwirkung auf Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG ist mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar, weil Zweck des Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG ausschließlich die Sicherstellung des subsidiären Schutzes in einem rechtsförmigen Verfahren vor den Bedrohungen ist, die aus einem innerstaatlichen bewaffneten Konflikt hervorgehen und nach Art. 18 RL 2004/83/EG die Gewährung subsidiären Schutzes nach Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG zwingend ist. Demgegenüber wird mit der verfahrensrechtlichen Sperrwirkung gerade dieser nach dem Gemeinschaftsrecht gebotene Schutz gesperrt. Denn das Bundesverwaltungsgericht hatte die verfahrensrechtliche Sperrwirkung entwickelt, weil seiner Auffassung nach allgemeine Gefahren insbesondere im Bürgerkrieg stets auch dem Einzelnen als Teil der Bevölkerung oder einer Bevölkerungsgruppe drohen könnten und deshalb vor derartigen Gefahren grundsätzlich kein Schutz in einem rechtsförmigen Verfahren gewährt werden darf.³⁶

Das Gemeinschaftsrecht enthält keine Rechtsgrundlage für den Einsatz der Sperrwirkung nach § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG-E. Zwar stellen nach Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2004/83/EG „Gefahren“, denen die Bevölkerung oder eine Bevölkerungsgruppe eines Landes

allgemein ausgesetzt ist, für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung dar. Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG verknüpft jedoch das Erfordernis der „*individuellen Bedrohung*“ mit dem Moment „*willkürlicher Gewalt*“. Nicht „allgemeine Gewalt“ als solche, sondern die „unvorhersehbaren wahllosen Folgen willkürlicher Gewalt“ vermitteln deshalb den subsidiären Schutzstatus. Der Begriff „willkürliche Gewalt“ kann nicht als Untergruppe des Begriffs „allgemeine Gewalt“ in Nr. 26 RL 2004/83/EG gehandhabt werden, weil „willkürliche“ Gewalt im Rahmen eines innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes nach ihrem spezifischen Inhalt sowie ihren besonderen Ausprägungen etwas völlig anderes ist als lediglich „allgemeine“ Gewalt. Art. 15 Buchst. c) einerseits sowie Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2004/83/EG andererseits können danach bereits aufgrund ihrer Begrifflichkeit wie auch ihrer Zweckrichtung nicht aufeinander bezogen werden. Verfolgt Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG ausdrücklich und ausschließlich die Gewährleistung subsidiären Schutz gegen „wahllose“ Gefahren, die mit einem bewaffneten innerstaatlichen Konflikt verbunden sind, gibt Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2004/83/EG unverbindlich einen allgemeinen Hinweis auf die Feststellung individualbezogener Gefahren im Blick auf die Normen, bei denen es auf die Feststellung gezielter Verfolgungshandlungen oder eines gezielten ernsthaften Schadens (so etwa Art. 9 und Art. 15 Buchst. a) und b) RL 2004/83/EG) ankommt.

Darüber hinaus spricht auch der Gesamtzusammenhang der Richtlinie 2004/83/EG gegen die Anwendung der Sperrwirkung. Zunächst ist nämlich – bezogen auf die Herkunftsregion des Antragstellers - zu prüfen, ob dort für diesen eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit besteht. Wird diese Frage bejaht, ist anschließend zu prüfen, ob dem Antragsteller in anderen Teilen des Herkunftslandes interner Schutz gewährt werden wird (vgl. Art. 8 RL 2004/83/EG). Demgegenüber prüft die deutsche Rechtsprechung bei der Anwendung der Sperrwirkung im Rahmen des verfassungsunmittelbaren Prüfungsdurchgriffs lediglich, ob in irgendeinem Landesteil die Voraussetzungen der extremen Gefahr nicht gegeben sind. Diese Vorgehensweise ist mit der Richtlinie 2004/83/EG nicht vereinbar, weil zunächst die in der Herkunftsregion bestehende Situation zu prüfen ist. Denn nach Art. 18 RL 2004/83/EG erkennen die Mitgliedstaaten den subsidiären Schutzstatus zu, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen von Kap. II und Kap. V der Richtlinie 2004/83/EG erfüllt. Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG ist eine Regelung im Rahmen von Kapitel V. Deshalb

³⁶ BVerwGE 99, 324 (327 f.) = EZAR 046 Nr. 6 = NVwZ 1996, 199; BVerwG, NVwZ-Beil. 1996, 58

müssen zunächst die entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen geprüft werden. Anschließend ist dem Einwand der internen Schutzes nachzugehen, da Art. 8 RL 2004/83/EG eine Norm im Kapitel II der Richtlinie darstellt. Da die deutsche Rechtsprechung bei der Anwendung der Sperrwirkung die Situation in der Herkunftsregion unberücksichtigt lässt, deren Berücksichtigung aber nach Art. 18 RL 2004/83/EG unerlässlich ist, verletzt die Sperrwirkung in § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG-E, soweit sie auch auf § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E bezogen ist, Art. 18 RL 2004/83/EG

Eine Richtlinie darf nicht nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaates, sondern muss nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes kann eine Begründungserwägung zwar dazu beitragen, Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben. Sie kann jedoch selbst nicht eine solche Rechtsvorschrift darstellen.³⁷ Dementsprechend ist es nach Nr. 10 des „Gemeinsamen Leitfadens des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission“³⁸ Zweck der Erwägungsgründe, die wichtigsten Bestimmungen des verfügenden Teils in knapper Form zu begründen, ohne deren Wortlaut wiederzugeben oder zu paraphrasieren. Sie dürfen aber keine Bestimmungen mit normativem Gehalt und auch keine politischen Willensbekundungen enthalten. Erwägungsgründe sind jener Teil des Rechtsaktes, der die Begründung enthält und zwischen den Bezugsvermerken und dem verfügenden Teil des Rechtsaktes steht und werden im Gegensatz zum verfügenden Teil „so formuliert, dass ihre *Unverbindlichkeit* deutlich wird“ (Nr. 10.1 Gemeinsamer Leitfaden).

Eine Vielzahl von rechtlichen Gründen lässt danach ein Verständnis, das unter Berufung auf Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2004/83/EG den individuellen Zugang zum Schutzsystem des Art. 18 RL 2004/83/EG sperrt, nicht zu. Ein derartiges Verständnis würde die lediglich auf die Auslegung von Bestimmungen der Richtlinie zielende unverbindliche Funktion des Erwägungsgrundes Nr. 26 RL 2004/83/EG überdehnen. Denn es wiese diesem die Funktion zu, ausgerichtet am Vorbild der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes den Zugang zum subsidiären Schutzsystem, der im verfügenden Teil der Richtlinie geregelt wird, in mechanistischer und starrer Weise zu sperren. Die Bezugnahme der Sperrwirkung in § 60

(58); BVerwG, NVwZ-Beil. 1996, 59 (60); BVerwG, InfAuslR 1996, 289 (290).

³⁷ EuGH, U. v. 13. 7. 1989, Rs. 215/88, § 31 – *Casa Fleischhandel*.

³⁸ <http://eur-lex.europa.eu/de/technleg/10.htm>

Abs. 7 Satz 4 AufenthG-E auf § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E und damit auf Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG verletzt damit den gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrang.³⁹

17. § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E muss wegen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs den vollständigen Text von Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG wiedergeben.

Der Wortlaut von § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E gibt den Wortlaut von Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG nicht vollständig wieder und verhindert deshalb eine richtlinienkonforme Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Norm. Es sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen, ohne Not vom Text einer gemeinschaftsrechtlichen Norm abzuweichen. Der Entwurf vermittelt mit der Konstruktion der Sperrwirkung und der verkürzten und sinnentstellenden Wiedergabe einer gemeinschaftsrechtlichen Norm den Eindruck, der deutsche Gesetzgeber wolle bewusst den vom Gemeinschaftsrecht auf Bürgerkriegsgefahren bezogenen und gegen diese geforderten subsidiären Schutz ausschließen. Dieser Kritik ist zu begründen:

Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG verlangt eine *ernsthafte individuelle Bedrohung* des Lebens oder der Unversehrtheit. Demgegenüber wird nach § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthGE einer „*erhebliche individuelle Gefahr*“ gefordert. Der Entwurf wählt damit bewusst eine an § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG 1990 und § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG orientierte Begrifflichkeit, nicht jedoch die in der Gemeinschaftsnorm enthaltenen Begriffe. Während mit dem Begriff „erhebliche Gefahr“ eher eine objektive, dem Einzelnen individuell drohende Gefahr ins Spiel kommt und die Anwendung der Grundsätze der beachtlichen Wahrscheinlichkeit nahe legt, liegt dem Begriff „Bedrohung“ eine hiervon abweichende Konzeption zugrunde. Dies macht insbesondere der Zusatz der „willkürlichen“ Gewalt deutlich. Dieser legt eine Herabsetzung des Prognosemaßstabes nahe, fehlt indes im deutschen Text. Für die Richtlinie ist maßgebend, dass es aufgrund von internen bewaffneten Konflikten zu ernsthaften gegen Zivilpersonen gerichtete willkürlichen Gewalthandlungen kommt. Unter diesen Voraussetzungen genügt der Antragsteller seiner Darlegungslast, wenn er Umstände bezeichnen kann, aufgrund deren ersichtlich wird, dass diese Gewalthandlungen *keine entfernt liegende Randerscheinungen* sind, sondern „*wahllos*“ jeden Angehörigen der

³⁹ So auch die Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty

Zivilbevölkerung in seiner Herkunftsregion treffen können. Demgegenüber erfordert der Begriff der erheblichen individuellen Gefahr eine an den beachtlichen Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen ausgerichtete individuelle Prognoseprüfung. Diese wird von Art. 15 Buchst. b), nicht hingegen von Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG gefordert. Die Art der Umsetzung durch den Entwurf hat damit zur Folge, dass im Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland für Bürgerkriegsgefahren der in Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG verlangte Prognosemaßstab angewendet und damit der subsidiäre Schutzstatus nach Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG nicht umgesetzt wird.

„Willkürliche“ oder besser – im Sinne des englischen Wortlautes der Richtlinie „*indiscriminate*“ - „wahllose“ Gewalt ist begriffsimmanent zufälliger, nicht gezielter Natur.⁴⁰ Mit dem Hinweis auf eine in seiner Herkunftsregion vorherrschende Situation „willkürlicher Gewalt im Rahmen eines innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes“ legt der Antragsteller damit die nach Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG maßgeblichen tatsächlichen Gründe für eine „Bedrohung“ dar und muss er nicht darüber hinaus noch darlegen, dass ihn nach den Grundsätzen des Wahrscheinlichkeitsbeweises derartige Gewalthandlungen individuell treffen werden. Aus dem Gesamtzusammenhang von Art. 15 RL 2004/83/EG folgt vielmehr, dass die ernsthafte Bedrohung infolge „willkürlicher Gewalt“ bestehen muss. Zusätzliche beweisrechtliche Anforderungen werden nicht gefordert. Vielmehr geht es hierbei um Gefährdungen, die nach ihrem Charakter, ihrer Intensität und dem Grad der Gefährdung weit unterhalb der Schwelle verbleiben, deren Überschreitung bereits den Schutzstatus nach Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG auslöst.⁴¹

Für die Anwendung von Art. 3 EMRK, der inhaltlich dem Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG zugrunde liegt,⁴² muss ein „*konkretes Risiko*“, also ein ernsthaftes Risiko einer derartigen Behandlung dargelegt werden.⁴³ Würde man für die individuelle Bedrohung nach Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG denselben Ansatz wie für Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG zugrunde legen, also eine zeitlich und örtlich jederzeit für den Einzelnen bestehende

international u.a., März 2007, S. 4 ff.

⁴⁰ McAdam, in: International Association of Refugee Law Judges, 7th World Conference, November 2006, Working Party: Convention Refugee Status and Subsidiary Protection.

⁴¹ In diesem Sinne schon *Treiber* zu § 53 Abs. 6 AuslG 1990, in: GK – AuslR II - § 53 AuslG Rdn. 233.

⁴² Entwurf der Kommission KOM(2001)510endg., Ratsdokument 13620/01, in: BR-Drs. 1017/01, S. 29.

⁴³ EGMR, NVwZ 1992, 869 (870), § 111, § 115 – *Vilvarajah*.

Bedrohung fordern, würde das Wesen der „willkürlichen Gewalt“ verkannt und hätte es einer eigenständigen Regelung der individuellen Bedrohung in Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG nicht bedurft. Denn ernsthafte individuelle Bedrohungen im Rahmen eines bewaffneten Konfliktes sind, sofern sie die materielle und prognoserechtliche Schwelle der unmenschlichen Behandlung überschreiten, stets erheblich nach Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG. Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG will vielmehr vor den eher zufälligen, unterschiedslos jeden treffenden Maßnahmen („indiscriminate violence“) schützen. Der Wortlaut der Norm weist darauf hin, dass diese in prognoserechtlicher Sicht nicht auf den einzelnen Antragsteller gemünzt ist. Wäre es so, hätte der Richtliniengeber formulieren müssen, dass in der Herkunftsregion des Antragstellers *für seine Person* eine ernsthafte individuelle Gefahr (so aber § 60 Abs 7 Satz 1 AufenthG) *besteht*. Auf diese den Antragsteller selbst betreffende Feststellung („besteht“) wird in Art. 15 Buchst. c) RL 2004/83/EG jedoch bewusst verzichtet.

Durch die Wortlautfassung von § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E wird damit der gemeinschaftsrechtliche Anwendungsvorrang verletzt. In der Verweisungsnorm des § 60 Abs. 11 AufenthG-E wird Art. 15 Buchst. b) RL 2004/83/EG nicht genannt. § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E gibt aber den Sinngehalt und Zweck dieser gemeinschaftsrechtlichen Norm nur verkürzt wieder und steht darüber hinaus in einem rechtlichen Kontext, der nicht tatsächlich die vollständige Anwendung der Qualifikationsrichtlinie in dieser Frage hinreichend klar und bestimmt gewährleistet.⁴⁴

18.1 Bei der Anwendung der Verordnung 343/2003/EG (Dublin II) ist der individuelle Rechtsschutz wirksam zu gestalten.

Nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG-E sollen Mitgliedstaaten auch verfahrensrechtlich als „sichere Drittstaaten“ behandelt werden. Ein Tatbestand nach der Dublin II-VO wird darüber hinaus nicht mehr als unbeachtlicher Asylantrag (vgl. § 29 Abs. 3 AsylVfG geltende Fassung), sondern als unzulässiger Antrag (§ 27a AsylVfG-E) behandelt. Es fragt sich zunächst, aus welchen Gründen in einem Gesetz zur Umsetzung von **Richtlinien**, auch **unmittelbar geltende Verordnungen** behandelt werden. Im Zeitpunkt der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes war die Dublin II-VO bereits in Kraft und hat der Gesetzgeber

⁴⁴ Vgl. EuGH, Rechtssache C-217/97, § 31 – *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*.

keinen Anlass gesehen, hieraus Rechtsverkürzungen abzuleiten. Bereits deshalb drängen sich Zweifel an der Plausibilität der vorgeschlagenen Verschärfungen auf.

Insbesondere im Blick auf *unbegleitete minderjährige Kinder* (Art. 6 Dublin II-VO) sowie *Familienangehörige* (Art. 7 Dublin II-VO) wie auch im Hinblick auf das *Selbsteintrittsrecht aus humanitären Gründen* (Art. 15 Dublin II-VO) liegt die Ratio der Verordnung nahe, einen wirksamen Rechtsschutz sicherzustellen, da andernfalls unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Ansprüche gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat nicht umgesetzt werden können.⁴⁵ Darauf weist auch Art. 19 Abs. 3 VO 343/2203/EG hin, wonach die Mitgliedstaaten zwar die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen beseitigen können. Eine darüber hinaus gehende Kompetenz, auch die Eilrechtsschutzverfahren zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuschaffen, kann dieser Norm indes nicht entnommen werden. Die Beseitigung des Eilrechtsschutzverfahrens ist aber die Konsequenz davon, dass in Dublin II-Verfahren nunmehr eine Abschiebungsanordnung (vgl. § 34a Abs. 1 AsylVfG-E) erlassen wird, sodass nach § 34a Abs. 2 AsylVfG der Eilrechtsschutz gegen die Abschiebungsanordnung in jedweder Form ausgeschlossen ist

18.2. Die Einreise darf nur versagt werden, wenn feststeht, dass ein anderer Staat nach gemeinschaftsrechtlichen oder völkerrechtlichen Vorschriften für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist

Nach geltendem Recht muss für die Einreiseverweigerung nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylVfG *feststehen*, dass ein Asylsuchender aus einem sicheren Drittstaat einreist. Demgegenüber soll es nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylVfG-E ausreichen, dass entsprechende *Anhaltspunkte* vorliegen. Die Einreiseverweigerung vor Abschluss des nach der Dublin II-Verordnung vorgesehenen Verfahrens widerspricht dem Wortlaut wie auch dem Zweck der entsprechenden Bestimmungen dieser Verordnung. Wenn lediglich entsprechende Anhaltspunkte ausreichen, besteht die große Gefahr, dass der Vollzug durchgeführt wird, obwohl ein anderer Staat nicht zuständig für die Behandlung des Asylgesuchs ist und damit dem Zweck der Verordnung, das Phänomen der „refugees in orbit“ zu beseitigen, zuwider gehandelt wird.

19. In § 73 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG ist anzuordnen, dass der statusrechtliche Widerruf neben dem Wegfall der Verfolgungsgefahr das Bestehen wirksamen und verfügbaren nationalen Schutzes zur Voraussetzung hat.

§ 73 Abs. 1 AsylVfG setzt den Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Nr. 5 und 6 RL 2004/83/EG um („Wegfall der Umstände-Klauseln“). Diese Norm wiederum beruht auf Art. 1 C Nr. 5 und 6 GFK. Das Bundesverwaltungsgericht hat Art. 1 C Nr. 5 und 6 GFK dahin ausgelegt, dass beim Wegfall der Verfolgung der Flüchtlingsstatus zu widerrufen ist. Sofern im Herkunftsland allgemeine Gefahren aufgrund etwa von Kriegen drohen, sei nach deutschem Recht Abschiebungsschutz nach dem allgemeinen Ausländerrecht zu gewähren.⁴⁶ Diese Rechtsprechung führt im Falle eines innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes zu dem absurden Ergebnis, dass anstelle des Flüchtlingsschutzes unmittelbar subsidiärer Schutz nach Art. 15 Buchst. c) in Verb. mit Art. 18 RL 2004/83/EG zu gewähren ist. Ein derartiges künstlich erscheinendes Auswechseln der Schutzformen ist jedoch nicht im Sinne der Richtlinie 2004/83/EG.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes hat wegen des Erfordernisses, dass der ausländerrechtliche Abschiebungsschutz das Bestehen einer individuell drohenden unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben erfordert, zur Folge, dass schutzbedürftige Flüchtlinge in Deutschland nach Widerruf ihres Flüchtlingsschutzes in eine Situation weitgehender Schutzlosigkeit und erheblicher Rechtsunsicherheit geraten. Insbesondere UNHCR⁴⁷ wie auch das überwiegende völkerrechtliche Schrifttum⁴⁸ interpretieren die „Wegfall der Umstände-Klauseln“ des internationalen Flüchtlingsrechts demgegenüber dahin, dass neben dem Wegfall der die Verfolgung begründenden Umstände *bedeutende und grundlegende Änderungen* im Herkunftsland festgestellt werden müssen, die die Prognose rechtfertigen, dass es der Flüchtling nicht mehr ablehnen kann, den Schutz seines Herkunftslandes in Anspruch zu nehmen. Das Exekutivkomitee des Programms von UNHCR hat im Beschluss Nr. 69 (XLIII) festgestellt, dass erst ein „*grundlegender, stabiler und dauerhafter Charakter der Veränderungen*“ der Verhältnisse im Herkunftsland den Widerruf des Flüchtlingsstatus rechtfertigt.

⁴⁵ Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty international u.a., März 2007, S. 7 f.

⁴⁶ BVerwGE 124, 276 (284 f.) = NVwZ 2006, 707 = InfAuslR 2006, 244.

⁴⁷ Richtlinien zum internationalen Schutz: „Wegfall der Umstände“-Klauseln, NVwZ-Beil. 2003, 57.

⁴⁸ S. Hinweise in Löhr, NVwZ 2006, 1021.

Da die § 73 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG-E zugrunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Normen Art. 11 Abs. 1 Buchst. e) und f) RL 2004/83/EG ihrerseits auf den Vorschriften von Art. 1 C Nr. 5 und 6 GFK beruhen, spricht vieles dafür, dass der Europäische Gerichtshof diese gemeinschaftsrechtlichen Klauseln im Sinne des internationalen Flüchtlingsrechts abweichend von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes auslegen wird. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes wird jedoch der Weg zum Europäischen Gerichtshof, um eine Klärung dieser Streitfragen herbeiführen zu können, gesperrt. Denn nach seiner Auffassung sind die Widerrufsregelungen in Art. 11 RL 2004/83/EG auf die Asylanträge beschränkt, die nach Inkrafttreten der Richtlinie gestellt werden.⁴⁹ Für die ganz überwiegende Mehrzahl der Widerrufsverfahren wird damit in Deutschland eine Klärung dieser Streitfrage durch den Europäischen Gerichtshof gesperrt. Der Gesetzgeber sollte auch deshalb die deutsche Rechtslage von sich aus mit dem internationalen Flüchtlingsrecht in Übereinstimmung bringen.

VI. Aufnahmebedingungen für Asylbewerber

20. Im Asylbewerberleistungsgesetz sind die Vorschriften der Richtlinie 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) über die medizinische Versorgung von Asylsuchenden sowie über die spezifischen Betreuungserfordernisse von Personen mit besonderen Bedürfnissen aufzunehmen

Auffallend ist, dass der Gesetzentwurf keine Vorschläge zur Umsetzung der Richtlinie 2003/9/EG (*Aufnahmerichtlinie*) enthält. Offensichtlich herrscht die Vorstellung vor, aus dieser Richtlinie folge kein gesetzgeberischer Umsetzungsbedarf. Regelungsbedarf besteht jedoch insbesondere im Blick auf die medizinische Versorgung von Asylsuchenden und die spezifischen Betreuungsbedürfnisse besonders bedürftiger Personen. Insoweit haben UNHCR und nichtstaatliche Organisationen bereits umfangreiche Vorschläge gemacht, die auf eine Ergänzung des AsylbLG und teilweise des AsylVfG zielen.⁵⁰ Zur Vermeidung

⁴⁹ BVerwG, Urteile vom 20. März 2007 – BVerwG 1 C 21.06, 34.06 und 38.06.

⁵⁰ UNHCR, Stellungnahme des UNHCR zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber, November 2005; Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V. (BAFF), Aktualisiertes Positionspapier zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinie der Europäischen Union, Stand 2007; Bundesweite Arbeitsgemeinschaft der psychosozialen Zentren für Flüchtlinge und Folteropfer, Vorschlag zur Umsetzung der Richtlinie 2003/9/EG vom 30. Okt. 2006; EKD, Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 14. Mai 2007, S. 19.

kostenintensiver Sanktionen wegen fehlender Umsetzung der Aufnahmerichtlinie sind deshalb folgende gesetzgeberische Schritte geboten:

- Während Art. 15 Abs. 1 in Verb. mit Art. 17 RL 2003/9/EG einen *Anspruch* auf die *erforderliche* medizinische Versorgung vermittelt, beschränkt § 4 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG die Behandlung lediglich auf *akute* Erkrankungen und *können* nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG sonstige Leistungen nur gewährt werden, wenn sie im Einzelfall zur Sicherung der Gesundheit *unerlässlich* sind. In der Praxis kommt es deshalb insbesondere bei der medizinischen Versorgung *chronisch Kranker* zu Problemen. Weder steht die Ermessensregelung in § 6 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG noch die Beschränkung auf das Unerlässliche mit Gemeinschaftsrecht in Übereinstimmung. Erforderlich medizinische Hilfe geht über die Sicherstellung eines lediglich existenziellen Kernbestand unerlässlicher Versorgung weit hinaus.
- Nach Art. 5 Abs. 1 RL 2003/9/EG sind Asylantragsteller nach Meldung innerhalb einer Frist von höchstens 15 Tagen über ihre Rechte auf medizinische Versorgung (vgl. Art. 17 Abs. 1 RL 2003/9/EG) zu informieren. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten eine Einzelfallprüfung zur Identifizierung besonders hilfsbedürftiger Personen durchzuführen. Dies erfordert die Bereitstellung eines Verfahrens zur Feststellung des *Bedarfsfalles* unverzüglich nach Meldung bei der Aufnahmeeinrichtung (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG). Dort ist ein niedrigschwelliges dolmetschergestütztes Beratungsgespräch zwecks einer ersten Erhebung der die psychosoziale Gesundheit betreffenden Tatsachen durch entsprechend geschulte Fachkräfte durchzuführen. Wird hierbei eine besondere Schutzbedürftigkeit festgestellt, schließt sich eine dolmetschergestützte somatische und psychiatrische bzw. psychologische Diagnostik im Sinne von Art. 17 Abs. 2 RL 2003/9/EG an.⁵¹ Das Asylverfahren ist zunächst auszusetzen und darf erst wieder angerufen werden, wenn Klarheit über die Schäden, welche durch Folter, Vergewaltigung und andere schwere Gewalttaten zugefügt wurden (vgl. Art. 20 RL 2003/9/EG), und die gebotenen verfahrensrechtlichen Konsequenzen besteht. § 25 AsylVfG ist entsprechend zu ergänzen.

⁵¹ BAFF, ebenda.

Obwohl die Aufnahmerichtlinie bis zum 6 Februar 2005 umzusetzen war, hat weder der Gesetzgeber des Zuwanderungsgesetzes noch werden im vorliegenden Gesetzentwurf die zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung besonders schutzwürdiger Personen vorgesehenen gemeinschaftsrechtlichen Normen umgesetzt. Derzeit bleiben besonders schutzbedürftige Personen zunächst unentdeckt. Zumeist werden erst im Folgeantragsverfahren nach Durchführung der erforderlichen Beratung und Behandlung die der psychischen Erkrankung zugrunde liegenden Tatsachen vorgebracht. Dies führt in der Praxis zu einer Vielzahl von Problemen im Feststellungsverfahren und bei der Beweiswürdigung mit prozesspsychologisch äußerst ungünstigen Auswirkungen, da Opfern von Folter, Gewalt und sexuellen Übergriffen häufig das Stigma von „Lügnern“ angeklebt wird. Auch deshalb liegt es im öffentlichen Interesse, die entsprechenden Normen der Aufnahmerichtlinie umzusetzen.

- Opfern von Folter und Gewalt sind darüber hinaus Rahmenbedingungen für eine selbständige Lebensführung sicherzustellen. Nach Feststellung des Bedarfsfalles (Art. 17 Abs. 2 RL 2003/9/EG) ist die Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung geboten. § 48 AsylVfG ist entsprechend zu ergänzen. Die auf die Lockerung aufenthaltsrechtlicher Restriktionen gemünzte Vorschrift des §58 AsylVfG ist ebenfalls entsprechend zu ergänzen.

21. Asylanträge von Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, dürfen nicht im Flughafenverfahren behandelt werden. Vielmehr ist ihnen zunächst im Inland die erforderliche medizinische Behandlung zu gewähren (Art. 20 RL 2003/9/EG). § 18a Abs. 6 AsylVfG ist entsprechend zu ergänzen.

Auch im Flughafenverfahren ist nach Art. 17 Abs. 2 RL 2003/9/EG der Bedarfsfall festzustellen. Liegt dieser vor, sind besondere medizinische Vorkehrungen zu treffen und die erforderlichen verfahrensrechtlichen Schritte einzuleiten. Hiermit unvereinbar ist die weitere Durchführung eines Flughafenverfahrens (§ 18a AsylVfG), wenn das erste dolmetschergestützte psychosoziale Beratungsgespräch Hinweise auf Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten liefert. Vielmehr ist das Verfahren zwecks Feststellung des Bedarfsfalles auszusetzen und zu diesem Zweck die Einreise zu gestatten (vgl. § 18a Abs. 6

Nr. 1 AsylVfG). Zur Klarstellung sind die Einreiseansprüche in § 18a Abs. 6 AsylVfG um diese Fallgruppe zu ergänzen. Das Asylverfahren ist zunächst auszusetzen und darf das erst wieder angerufen werden, wenn Klarheit über die Schäden, welche durch Folter, Vergewaltigung und andere schwere Gewalttaten zugefügt wurden (vgl. Art. 20 RL 2003/9/EG), und die gebotenen verfahrensrechtlichen Konsequenzen besteht.⁵²

22. Die Erweiterung des Leistungsbezugs nach dem AsylbLG von bisher 36 auf 48 Monate ist nicht gerechtfertigt

Nach dem Gesetzentwurf soll durch Änderung von § 2 AsylbLG die Dauer des Leistungsbezugs von bisher 36 auf 48 Monate verlängert werden. Ein nachvollziehbarer Grund für die Erweiterung wird nicht mitgeteilt und dürfte auch kaum mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit übereinstimmen.

23. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum „Kindeswohl“ sind vollständig und korrekt umzusetzen

In einer Reihe von Rechtsakten zum Ausländer- und Flüchtlingsrecht wird dem besonderen Schutzbedürfnis von Kindern durch spezifische, auf das Kindeswohl gerichtete Vorschriften Rechnung getragen. Dies betrifft z.B. die Opferschutzrichtlinie (Art. 9 Abs. 2, Art. 10), die Aufnahmerichtlinie (Art. 10, 18, 19), die Verfahrensrichtlinie (Art. 17 Abs. 6) wie auch die Qualifikationsrichtlinie (Art. 20 Abs. 5, 30). Durchzieht die europäischen Rechtsakte damit wie ein roter Faden das besondere Interesse am Schutz der Minderjährigen, setzt der Gesetzentwurf diese Schutzvorschriften schlichtweg nicht um. Der Gesetzgeber wird deshalb aufgefordert, bei der Umsetzung der Richtlinien der Förderung des Kindeswohls ein besonderes Gewicht einzuräumen. Dazu hat der Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge in seinem aktualisierten Positionspapier vom März 2007 erneut ausführlich Stellung bezogen und für den Gesetzgeber eine Reihe von Empfehlungen zur entsprechenden Umsetzung der Richtlinien abgegeben. Insbesondere sind folgende gesetzliche Änderungen angezeigt:

⁵² So auch Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty international u.a., März 2007, S. 8 f.

- Unklar ist derzeit, ob sich aus der Handlungsfähigkeit Minderjähriger, die das 16. Lebensjahr vollendet haben (§ 12 AsylVfG), zugleich auch eine Residenzpflicht in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften herleiten lässt. Deshalb ist in Umsetzung von Art. 19 Abs. 2 RL 2003/9/EG gesetzlich klarzustellen, dass unbegleitete Minderjährige in kinder- und jugendgerechten Einrichtungen unterzubringen sind. Dies schließt eine Aufnahme in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften aus.⁵³ Zugleich ist unverzüglich von Amts wegen die Bestallung eines Vormunds einzuleiten (Art. 19 Abs. 1 RL 2003/9/EG).

- Der Vorschlag in § 49 Abs. 6 AufenthG-E wie auch das geltende Recht stehen nicht in Übereinstimmung mit Art. 17 Abs. 5 RL 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie), da er weder eine Einwilligung des Minderjährigen noch eine vorherige Informationspflicht über das Verfahren zur *Altersfeststellung* enthält. Die vorgeschlagene und nicht näher begründete *gesetzliche Beweislastregel*, dass Zweifel an der Vollendung des 14. Lebensjahres zu Lasten des Minderjährigen gehen (vgl. § 49 Abs. 6 Satz 2 2. Hs. AufenthG-E), entspricht nicht dem Gebot, im Verfahren das Kindeswohl zu berücksichtigen (Art. 17 Abs. 6 RL 2005/85/EG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes gebieten die Vorschriften zum Minderjährigenschutz einen umfassenden *verfahrensrechtlichen Schutz*, der es gebiete, etwa bei Zweifeln in Ansehung des Geburtsdatums vom spätestmöglichen Geburtsdatum innerhalb des in Betracht kommenden Geburtsjahres auszugehen.⁵⁴ Dementsprechend ist bei Zweifeln an der Vollendung des 14. Lebensjahres im Sinne des größtmöglichen Minderjährigenschutzes von der dem Minderjährigen günstigeren Möglichkeit auszulegen. In § 49 Abs. 6 AufenthG-E oder in § 12 AsylVfG ist deshalb in Umsetzung von Art. 17 Abs. 5 RL 2005/85/EG ein *geregeltes Altersfeststellungsverfahren* mit der Möglichkeit der *Anfechtung* unter der verfahrensrechtlichen Herrschaft der Vormundschaftsgerichte zu regeln.⁵⁵

⁵³ So auch VG Leipzig, NVwZ-RR 1995, 422; weitere Hinweise bei Marx, Kommentar zum AsylVfG, 6. Aufl., § 12 Rdn. 37 ff.

⁵⁴ BVerwG, DÖV 1985, 407

⁵⁵ Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge, aktualisiertes Positionspapier. März 2007, S. 6

24. Die Bußgeld- und Strafvorschriften der § 85 Nr. 2, § 86 AsylVfG sind aufzuheben

Die auf die Verletzung der Aufenthaltsbeschränkungen durch Asylbewerber gerichteten Vorschriften (§ 85 Nr. 2, § 86 AsylVfG) stehen mit Art. 16 Abs. 3 RL 2003/9/EG (*Aufnahmerichtlinie*) nicht in Übereinstimmung. Zwar erlaubt die Richtlinie Sanktionen für grobe Verstöße gegen die Vorschriften hinsichtlich der Unterbringungscentren. Nach dem Gesamtzusammenhang der Regelungen in Art. 16 RL 2003/9/EG kommen hiermit jedoch nur verwaltungsrechtliche Sanktionen, wie etwa der Entzug bisher gewährter Vorteile, in Betracht. Bestätigt wird dies durch Art. 7 Abs. 4 RL 2003/9/EG, der aufenthaltsrechtliche Restriktionen mit der Gewährung materieller Aufnahmebedingungen verknüpft. Sanktionen strafrechtlicher Art werden in der Richtlinie nicht genannt (vgl. auch Art. 16 Abs. 4 RL 2003/9/EG). Wenn den Mitgliedstaaten auch derartige Befugnisse hätten eingeräumt werden sollen, hätten entsprechende ausdrückliche Regelungen getroffen werden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Da die Richtlinie *Mindestnormen* für die Praxis der Mitgliedstaaten festlegt, dürfen deren Sanktionen den festgelegten Standard nicht dadurch unterschreiten, dass verwaltungsrechtliche durch strafrechtliche Sanktionen ersetzt werden. Gegen die Regelungen in § 85 AsylVfG ergeben sich damit schwerwiegende gemeinschaftsrechtliche Bedenken. Diese Vorschriften sind deshalb aufzuheben.⁵⁶

Frankfurt am Main, den 16. Mai 2007

Dr. M a r x
Rechtsanwalt

⁵⁶ So auch Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty international u.a., März 2007, S. 9