

DR. REINHARD MARX
- Rechtsanwalt -

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

**Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP
zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der
Europäischen Union und zur Anpassung nationaler
Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex -
BT-Drucks. 17/5470 vom 12. April 2011-06-21**

- **Stellungnahme** -

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)282 D

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 Büro: sekretariat@ramarx.de

E-Mail: re.marx@t-online.de

Internet: <http://www.ramarx.de>

3021//06 M/S

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben

20. März 2011

Zum bezeichneten Gesetzentwurf wird wie folgt Stellung genommen:

1. Befristung (§ 11 AufenthG-E)

Nach der Begründung setzen die vorgeschlagenen Regelungen Art 11 RL 2008/115/EG um. Zwar regelt die Rückführungsrichtlinie nur die Sperrwirkung der Abschiebung. Es ist aber nach der Gesetzessystematik davon auszugehen, dass § 11 Abs. 1 AufenthG einheitlich die Befristung von Ausweisung und Abschiebung regelt. Der Entwurf nimmt die Umsetzung der Richtlinie zum Anlass, zu regeln, dass für Ausweisung und Abschiebung gleichermaßen eine unbefristete Sperrwirkung unzulässig ist. Nicht klargestellt hat er, ob zugleich mit der Ausweisung die Befristung anzuordnen ist.

Die Beibehaltung des Antragserfordernisses ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 RL 2008/115/EG *wird* die Dauer des Einreiseverbots *festgesetzt*. Danach hat die Ausländerbehörde bereits in der Rückkehrentscheidung, andernfalls nachträglich *von Amts wegen* eine Frist festzusetzen. Einer Antragstellung bedarf es nicht. Die Anregung zur Antragstellung nach § 82 Abs. 3 Satz 1 AufenthG¹ zu einer „Verpflichtung“, die nach Unionsrecht nicht besteht, vermag die mangelhafte Umsetzung der Richtlinie nicht

auszugleichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes kann es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 6 GG und Art. 8 EMRK gebieten, die Wirkung der Ausweisung bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses zu befristen. Unionsrecht enthält eine entsprechende Verpflichtung.² Mit Art. 11 Abs. 2 Satz 1 RL 2008/115/EG wird diese für Unionsbürger und diesen rechtlich gleichgestellte Personen bestehende Verpflichtung nunmehr auch auf Drittstaatsangehörige erweitert.

Die Überschreitung der Maximalfrist von *fünf Jahren* ist nach Unionsrecht nur zulässig, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt“ (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 RL 2008/115/EG). Für die Beifügung eines zusätzlichen Grundes der „strafrechtlichen Verurteilung“ (Abs. 1 Satz 4) gibt es keine unionsrechtliche Grundlage. Vielmehr rechtfertigt eine strafrechtliche Verurteilung nur dann eine längere Fristsetzung, wenn dadurch eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit“ (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 RL 2008/115/EG) begründet wird. Eine strafrechtliche Verurteilung als solche muss nicht notwendigerweise diese Qualifikation aufweisen.

Die Beibehaltung der *zwingenden Ausreiseverpflichtung* in § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Vielmehr kann ein Einreiseverbot in Einzelfällen aus „humanitären Gründen“ oder in „bestimmten Kategorien von Fällen“ oder „aus sonstigen Gründen“ aufgehoben oder ausgesetzt werden. Eine vorherige Ausreise vor der Aufhebung oder Aussetzung schreibt Unionsrecht nicht vor (vgl. Art. 11 Abs. 3 UAbs. 3 RL 2008/115/EG). Art. 6 GG und Art. 8 EMRK gebieten auch im Allgemeinen, dass der Aufenthalt zum Zweck des familiären Zusammenlebens unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sogleich zu genehmigen ist und nicht eine vorherige Ausreise des Betroffenen verlangt werden kann.³ Das Bundesverwaltungsgericht verweist hierzu in einem Verfahren, in dem Unionsrecht keine Anwendung fand, auf seine Rechtsprechung zum

¹ BT-Drucks. 17/5470, S. 39.

² BVerwGE 121, 297 (314) = EZAR 034 Nr. 17 = NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 2005, 18; Hess.VGH, InfAuslR 2002, 342 (345); Hess.VGH, AuAS 2008, 87 (88).

³ BVerwGE 129, 226 (237) = EZAR NF 33 Nr. 13 = NVwZ 2008, 333 = InfAuslR 2008, 71, mit Hinweis auf BVerwGE 110, 140 (150) = EZAR 039 Nr. 5 = NVwZ 2000, 688 = InfAuslR 2000, 176; OVG Bremen,

Unionsrecht in dieser Frage. Damit besteht Klarheit, dass die Ausnahme von der Ausreisepflicht nicht nur auf Unionsbürger beschränkt ist, sondern in den Fällen, in denen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sind, im gleichen Umfang Anwendung findet.

Die Titelerteilungssperre des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist in ihrer Wirkung ausschließlich auf die Aufenthaltstitel nach dem 5. Abschnitt beschränkt. Bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln nach anderen Abschnitten des AufenthG sperren Ausweisung und Abschiebung hingegen die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vor der Ausreise.⁴

2. Zurückweisungshaft (§ 15 AufenthG)

Die Zurückweisungshaft ist nur zulässig, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass sich der Betroffene der Zurückweisung entziehen wird. In § 15 Abs. 5 Satz 2 AufenthG ist deshalb auch eine Verweisungsregelung auf § 62 Abs. 2 AufenthG einzufügen. Dies entspricht der Rechtsprechung. Die Zurückweisungshaft ist *ultima ratio* und darf nur angeordnet werden, wenn eine konkrete Gefahr besteht, dass der Betroffene entgegen der Zurückweisung den Versuch unternimmt, unerlaubt einzureisen (vgl. Nr. 15.5.1 Satz 2 AufenthG-VwV). Die Vorschrift ist daher verfassungsrechtlich nur unbedenklich anwendbar, wenn über die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale hinaus auch konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betroffene entgegen der Zurückweisungsentscheidung einreisen wird, z.B. indem er die Absperrungen des Transitbereichs überwindet.⁵

Nach der Rechtsprechung ist der Rechtsgedanke des § 62 Abs. 2 Satz 3 AufenthG zu berücksichtigen. Danach kann von der Haftanordnung abgesehen werden, wenn der Betroffene glaubhaft macht, dass er sich entgegen der gesetzlichen Vermutung der Abschiebung nicht entziehen will (Nr. 15.5.1 AufenthG-VwV).⁶ Die Zurückweisungshaft ist angesichts des mit ihr verbundenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffs⁷ nur erforderlich,

InfAusIR 2002, 119 (122); a.A. VGH BW, InfAusIR 2005, 52 (54) = AuAS 2005, 50; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2007, 712 (713).

⁴ BVerfGE 136, 284 (288) = InfAusIR 2010, 353 = NVwZ 2010, 1161 = AuAS 2010, 184; OVG Hamburg, InfAusIR 2009, 189 (190) = EZAR NF 45 Nr. 5.

⁵ OLG Köln, NVwZ-RR 2009, 82 (83); *Westphal*, in: Huber, AufenthG, § 15 AufenthG Rn 20; *Fränkel*, in: Hofmann/Hoffmann, Handkommentar AusIR § 15 AufenthG Rn 17.

⁶ BGH, InfAusIR 2010, 118 (119); *Dienelt*, in: Renner, AusIR, 9. Aufl., 2011, § 15 AufenthG Rn 54.

⁷ BVerfGE 104, 220 (235) = EZAR 048 Nr. 59 = InfAusIR 2002, 132 (136 f.).

wenn der Betroffene durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er sich der Zurückweisung entziehen will und kann.

Darüber hinaus ist in § 15 Abs. 5 Satz 2 AufenthG eine Verweisung auf § 62a AufenthG-E aufzunehmen, um sicherzustellen, dass die Zurückweisungshaft nach den gleichen Grundsätzen wie die Abschiebungshaft vollzogen wird.

3. Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG-E in der Fassung des Referentenentwurfs vom 28. Oktober 2011)

Es erstaunt, dass die noch im Referentenentwurf vom 28. Oktober 2011 enthaltenen Regelungen zur „*Blauen Karte EU*“ nicht in dem nunmehr vorgelegten Gesetzentwurf aufgegriffen werden. Die Bundesrepublik ist nach Art. 23 Abs. 1 RL 2009/50/EG („*Hochqualifiziertenrichtlinie*“ oder „*Blue Card-Richtlinie*“) seit dem 19. Juni 2011 verpflichtet, diese Richtlinie umzusetzen. Unterlässt der Gesetzgeber dies, verhält sie sich unionsrechtswidrig und sind die Gerichte bei Berufung auf die Richtlinie verpflichtet, diese unmittelbar anzuwenden. Die hohen Hürden des § 19 AufenthG werden der Richtlinie nicht gerecht. Nach dieser können z.B. auch ausländische Studierende, die im Bundesgebiet einen Hochschulabschluss erworben haben, im Rahmen des § 16 Abs. 4 AufenthG einen Anspruch auf Erteilung einer Blauen Karte EU erwerben. Die Voraussetzungen nach § 19 Abs. 2 AufenthG erfüllen sie nicht. Eine derartige Möglichkeit wird durch Erwägungsgrund Nr. 8 RL 2009/50/EG ausdrücklich hervorgehoben.

Die Hochqualifiziertenrichtlinie stellt eine konkrete Maßnahme zur Umsetzung der im Haager Programm entwickelten Arbeitsmarktpolitik dar und ist der erste Schritt der im Strategischen Plan zur legalen Einwanderung von 2005 eingeleiteten Politik, die auf die Einwanderung Drittstaatsangehöriger zur Ausübung einer Beschäftigung zielt. Der Strategische Plan besteht aus einer Rahmenrichtlinie und vier sektoralen Richtlinien. Die sektoralen Richtlinien sollen die Bedingungen für die Einreise wie auch den Aufenthalt für „wenige ausgewählte Kategorien von Arbeitsmigranten“ regeln. Durch die sektorale Politik soll eine auf die wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnisse der Mitgliedstaaten zugeschnittene

Arbeitsmigration dadurch ermöglicht werden, dass einem begrenzten Personenkreis Zuwanderungsperspektiven eröffnet werden.⁸

Die Hochqualifiziertenrichtlinie soll durch die Einführung eines beschleunigten Verfahrens zur Erteilung einer speziellen Aufenthalts- und Beschäftigungserlaubnis, der „Blauen Karte EU“, die Attraktivität der Union im internationalen Wettbewerb um die besten Köpfe erhöhen, die bisher insbesondere deshalb gering war, weil 27 unterschiedliche Zulassungssysteme den Zugang Hochqualifizierter regelten. Entsprechend der 2000 entwickelten „Lissabon-Strategie“ ist es daher das Ziel der Richtlinie, die Zulassung und Mobilität von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung von mehr als drei Monaten zu fördern und ihnen in mehreren Bereichen die gleichen sozialen und ökonomischen Rechte wie den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates (*Prinzip der Inländergleichbehandlung*) zu gewähren (Erwägungsgrund Nr. 7 RL 2009/50/EG).

4. Zurückschiebung (§ 57 AufenthG-E)

Die Regelungen zur Zurückschiebung werden neu geregelt. Räumliche und zeitliche Beschränkungen werden nicht festgelegt. Die bisherige Frist von sechs Monaten wird aufgegeben. Offensichtlich soll eine neue Maßnahme der „Abschiebung an der Grenze“ eingeführt werden, für die sowohl die Ausländerbehörden und die Bundespolizeibehörden zuständig werden. Hierauf deutet auch die Zuständigkeitsänderung in § 71 Abs. 3 Nr. 1a AufenthG-E hin. Dies wirft im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtsklarheit verfassungsrechtliche Probleme auf. Denn die bisherige Alleinzuständigkeit der Ausländerbehörden für Abschiebungen würde damit durchbrochen.⁹ Ein Nebeneinander von Bundes- und Länderzuständigkeiten mit möglichen Rechtsschutzdefiziten ist zu befürchten.

5. Abschiebung Minderjähriger (§ 58 Abs. 1a AufenthG-E)

Die Regelung ist nicht ausreichend, da sie zwar eine behördliche Vergewisserungspflicht festlegt, jedoch nicht regelt, welche Folgen eintreten, wenn im Zielstaat der Abschiebung der Minderjährige nicht an eine Betreuungsperson übergeben werden kann. Zwar sind die entsprechenden behördlichen Verpflichtungen in Art. 10 RL 2008/115/EG eher lax formuliert.

⁸ Siehe im Einzelnen *Asensio*, ZAR 2010, 175 (176 ff.); *Kuczynski/Solka*, ZAR 2009, 219.

Unionsrechtliche Vorschriften sind jedoch nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs so anzuwenden, dass sie praktisch wirksam werden können (*effet utile*).

Nach der Rechtsprechung folgen aus Art. 1, Art. 2 Abs. 2, Art. 6 und Art. 20 Abs. 2 GG sowie aus dem Minderjährigenschutzabkommen besondere staatliche Schutz- und Fürsorgepflichten, die einer Abschiebung Minderjähriger entgegenstehen.¹⁰ Das Kindeswohl ist bei allen ausländerrechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen.¹¹ Insbesondere ist dieses im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.¹² Im Lichte dieser Anforderungen sprechen erhebliche Bedenken dagegen, unbegleitete Minderjährige überhaupt abzuschieben. Verantwortet werden kann nur, wenn mit Gewissheit feststeht, dass nach der Rückkehr die sofortige wirksame Betreuung des Minderjährigen gewährleistet ist.

Es reicht nicht aus, dass die Behörde sich lediglich vergewissert, ob der Minderjährige an eine Betreuungsperson übergeben werden kann. Vielmehr trifft sie auch die Verpflichtung, sich zu vergewissern, ob diese auch bereit und willig sowie geeignet zur Übernahme der Betreuung ist. Hierfür mag bei Verwandten eine Vermutung bestehen, sofern sie sorgeberechtigt sind, nicht jedoch ohne weiteres bei einer zur Personensorge berechtigten Person, wenn diese nicht auch zur Ausübung des Personensorgerechts bereit und willig ist. Besondere Vergewisserungspflichten treffen die Behörde bei der Übergabe an eine Aufnahmeeinrichtung. Ob diese zur Betreuung geeignet ist, hat die Ausländerbehörde vor dem Vollzug sorgfältig aufzuklären. Gegebenenfalls hat sie das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einzuschalten (vgl. § 72 Abs. 2 AufenthG). Es sollte ein besonderes Verfahren eingerichtet werden, in dem der Minderjährige sorgfältig angehört wird, ihm ein Prozessbeistand beigeordnet wird und insbesondere die Weiterbetreuung im Zielstaat der Abschiebung aufgeklärt wird.

6. Abschiebebeobachtung (Art. 8 Abs. 6 RL 2008/115/EG)

Nicht umgesetzt wird Art. 8 Abs. 6 RL 2008/115/EG. Danach *schaffen* die Mitgliedstaaten ein *wirksames System* für die *Überwachung von Rückführungen*. Die derzeit an einer Reihe von

⁹ Winkelmann, Die Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG, in: Migrationsrecht.net, S. 8.

¹⁰ Nieders.OVG, NVwZ-Beil. 2002, 65 (66).

¹¹ BVerfG (Kammer), InfAuslR 1995, 55 (56); BVerfG (Kammer), InfAuslR 1995, 100 (101).

¹² Hess. VGH, AuAS 1997, 71 (72); a.A. AG Hamburg-Harburg, InfAuslR 1994, 236 (237f.).

Flughäfen, insbesondere in Frankfurt am Main, Düsseldorf und Hamburg, bestehenden unabhängigen Abschiebebeobachtungen beruhen auf Absprachen zwischen staatlichen und kirchlichen Stellen, bedürfen jedoch aufgrund der eindeutigen Vorgaben der Richtlinie („schaffen“) einer gesetzlichen Grundlage. Dies ist im Rahmen des § 58 AufenthG zu regeln.

7. Ausreisefrist (§ 59 AufenthG-E)

In Abs. 1 Satz 1 sollte das Wort „*grundsätzlich*“ eingefügt werden, um Irritationen zu vermeiden, weil ja in Abs. 1 Satz 2 und 3 Ausnahmen zugelassen werden

Die Regelung in Satz 3 ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kaum vereinbar und wird auch Art. 7 Abs. 2 RL 2008/115/EG nicht im vollen Umfang gerecht, weil die in das nicht näher konkretisierte Ermessen gestellte Setzung einer längeren Ausreisefrist als 30 Tage bei langjährigem Aufenthalt kaum angemessen ist und deshalb durch eine Sollanordnung geregelt werden sollte. Heißt es in Satz 3 „kann ... angemessen verlängert“ werden, ohne nähere Vorgaben festzulegen, haben die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 RL 2008/115/EG – soweit erforderlich – die Ausreisefrist zu verlängern. Danach besteht ein Anspruch auf Fristverlängerung, wenn Aufenthaltsdauer, Vorhandensein schulpflichtiger Kinder und das Bestehen anderer familiärer und sozialer Bindungen geltend gemacht wird. Darüber hinaus sollte entsprechend der derzeitigen Verwaltungspraxis bei langjährigem Aufenthalt eine Ausreisefrist von drei Monaten zur Regel gemacht werden.

8. Abschiebungshaft (§ 62)

Der neue Abs. 1 Satz 1 entspricht Art. 15 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2008/115/EG und hebt den Ausnahmecharakter der Haft besonders hervor. Neu für die deutsche Verwaltungspraxis ist die gesetzliche Verpflichtung der Behörde, vor einem Haftantrag mildere Mittel zu prüfen (vgl. Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2008/115/EG). Satz 2 ist im Zusammenhang mit Abs. 3 (jetzt Abs. 2) Satz 4 zu sehen und trägt dem in der Rechtsprechung entwickelten *Beschleunigungsgebot* Rechnung.

Haft gegenüber Familien und Minderjährigen (Abs. 1 Satz 3) sollte angesichts der schädlichen Auswirkungen der Haft und deren Begleitumstände auf das Kindeswohl sowie angesichts der Tatsache, dass bei Familien die Gefahr des Untertauchens eher der extreme Ausnahmefall ist, unterbleiben. Fraglich ist, ob Art. 37 Buchst. b) der Kinderrechtskonvention überhaupt die

Anordnung von Abschiebungshaft zulässt. Nach Rücknahme des Vorbehalts durch die Bundesrepublik am 3. Mai 2010 ist die Kinderrechtskonvention unmittelbar anwendbar.¹³ Aus dem verfassungskräftigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt ein grundsätzliches Verbot der Abschiebungshaft gegenüber Minderjährigen. Dieses darf nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden.¹⁴ Anstelle von Haft kommt z.B. die Unterbringung in einer Einrichtung für Jugendliche, die Anordnung von Meldeauflagen oder anderweitige Beschränkungen der Bewegungsfreiheit in Betracht.¹⁵ Wegen ihrer besonderen Schutzwürdigkeit werden Minderjährige durch den Vollzug der Haftanordnung typischerweise in besonderer Weise belastet und können dadurch dauerhafte psychische Schäden davontragen. Haft gegenüber Minderjährigen kommt nur als „ultima ratio“, also nur unter besonders außergewöhnlichen Umständen in Betracht.

9. Vollzug der Abschiebungshaft (§ 62a)

Abs. 1 Satz 2 trägt dem Trennungsgebot nicht wirksam Rechnung. Grundsätzlich sollten die Bundesländer verpflichtet werden, die Abschiebungshaft in besonderen Haftanstalten zu vollziehen.

In Abs. 2 ist UNHCR aufzunehmen. Dies folgt aus § 9 Abs. 1 AsylVfG und Art. 35 GFK, Art. 16 Abs. 4 RL 2008/115/EG und 10 Abs. 1 Buchst. c) RL 2005/85/EG (VerfahrensRL). Abschiebebeobachtungen und damit auch Beobachtungen der Abschiebungshaft im Rahmen eines menschenrechtlichen Monitoring-Systems entspricht menschenrechtlichen Standards. Dem wird die inhaltsleere Ermessensregelung in Abs. 4 nicht gerecht. Vielmehr ist Mitarbeitern von nichtstaatlichen Organisationen im Rahmen eines Beobachtungssystems grundsätzlich Zugang zu den Einrichtungen der Abschiebungshaft zu ermöglichen

10. Gesetzliche Aussetzungsanordnung während des Eilrechtsschutzverfahrens

Der Gesetzgeber ist nach Unionsrecht verpflichtet, den aufenthaltsrechtlichen Status während des Eilrechtsschutzverfahrens zu regeln. Derzeit bestehen zwischen den Verwaltungsgerichten

¹³ *Benassi*, InfAuslR 2010, 283 (291); offen gelassen in BVerwGE 98, 31 (45) = InfAuslR 1995, 265 = EZAR 024 Nr. 4; BVerwGE 101, 236 (246 f.) = InfAuslR 1995, 54 = EZAR 023 Nr. 9.

¹⁴ KG, InfAuslR 2005, 268; OLG München, InfAuslR 2005, 324; OLG Zweibrücken, InfAuslR 2006, 376 (376 f.) = AuAS 2006, 138.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 29.9.2010 – V ZB 233/10; OLG München, InfAuslR 2005, 324; KG, InfAuslR 2005, 268; OLG Zweibrücken, AuAS 2006, 138..

und den Vollzugsbehörden stillschweigende Absprachen (*Stillhaltezusagen*). Diese müssen aber im Eilrechtsschutzantrag ausdrücklich beantragt werden. Nur im Asylverfahren (vgl. § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylVfG) und bei der Abschiebungsanordnung (vgl. § 58a Abs. 4 Satz 3 AufenthG) ist das Verbleibsrecht während des Eilrechtsschutzverfahrens gesetzlich geregelt.

Die in der Verwaltungspraxis üblichen Stillhaltezusagen genügen nicht mehr dem Unionsrecht. Nunmehr haben Drittstaatsangehörige nach Art. 13 Abs. 1 RL 2008/115/EG das Recht, gegen die Abschiebungsandrohung einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Nach Art. 13 Abs. 2 RL 2008/115/EG ist das Verwaltungsgericht befugt, die Abschiebungsandrohung zu überprüfen und ihre Vollstreckung einstweilig auszusetzen. Solange diese einstweilige Überprüfung andauert, darf die Abschiebungsandrohung nicht vollstreckt werden. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2008/115/EG, der ein Abschiebungsverbot enthält, verweist ausdrücklich auf Art. 13 Abs. 2 RL 2008/115/EG, der auch die Befugnis zum Erlass einstweiliger Maßnahmen enthält. Solange das Verwaltungsgericht den Eilrechtsschutzantrag nicht entschieden hat, hat danach das gegen die Abschiebungsandrohung eingelegte Rechtsmittel kraft Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) RL 2008/115/EG aufschiebende Wirkung.¹⁶

11. Handlungsfähigkeit (§ 80 AufenthG)

Nach Rücknahme der entsprechenden Erklärung zur Kinderrechtskonvention am 13. Juli 2010 kann die bisherige Absendung der Handlungsfähigkeit auf das 16. Lebensjahr nicht länger aufrechterhalten werden. Vielmehr können nur Volljährige als handlungsfähige Personen behandelt werden. Entsprechend ist § 14 Abs. 2 Nr. 3 AsylVfG zu ändern und dürfen minderjährige Asylsuchende nicht in einer Aufnahmeeinrichtung untergebracht werden.

12. Unzulässigkeit der Unterbringung Minderjähriger in Aufnahmeeinrichtungen

Da über 16 Jahre alte minderjährige Asylsuchende den aufenthaltsrechtlichen Restriktionen unterliegen, besteht für sie Residenzpflicht in der Aufnahmeeinrichtung (vgl. § 14 Abs. 1 in Verb. mit § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG). Dies ist mit der Kinderrechtskonvention unvereinbar. Bereits nach den jugendhilferechtlichen Vorschriften dürfen unbegleitete minderjährige

¹⁶ So wohl auch *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2008, 377 (384 f.).

Asylsuchende weder in einer Aufnahmeeinrichtung (§ 47 Abs. 1 AsylVfG) noch in einer Gemeinschaftsunterkunft (§ 53 AsylVfG) noch im Flughafenverfahren in speziellen Einrichtungen der Bundespolizei untergebracht werden.¹⁷

Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII sind die Jugendämter berechtigt und verpflichtet, ein unbegleitetes ausländisches Kind oder einen Jugendlichen in Obhut zu nehmen. Das gilt mithin auch für unbegleitete Jugendliche über 16 Jahre. Die Vorschrift schreibt die *unbegleitete Einreise als selbständiges Kriterium* für die *Inobhutnahme durch das Jugendamt* fest. Erlangt das Jugendamt Kenntnis von der Einreise oder dem Aufenthalt eines unbegleitet eingereisten Minderjährigen in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich, hat es ein Verfahren zur Prüfung einer Inobhutnahmeverfügung einzuleiten und die Inobhutnahme zu verfügen. Ein Ermessen wird dem Jugendamt hierbei nicht eingeräumt. Vielmehr verpflichtet § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII zu entsprechenden Maßnahmen.

Zwar wird den Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 2 Satz 2 RL 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) freigestellt, Asylbewerber über 16 Jahre in Aufnahmezentren für erwachsene Asylbewerber unterzubringen. Günstigere Bestimmungen in den Mitgliedstaaten und damit § 42 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII bleiben unberührt (Art. 4 RL 2003/9/EG).

13. Unzulässigkeit der Übermittlung bei Gefährdung des Schulbesuchs von Kindern und Jugendlichen (§ 87 Abs. 2 AufenthG)

Nach geltendem Recht sind öffentliche Stellen verpflichtet, unverzüglich die Ausländerbehörden ihnen bekannt gewordene Umstände, die auf einen nicht rechtmäßigen Aufenthalt eines Betroffenen hinweisen, mitzuteilen (vgl. § 87 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). Der Begriff öffentliche Stellen wird weit verstanden und umfasst Behörden, Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes und der Länder, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform, öffentlich-rechtliche organisierte Einrichtungen einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes und sonstiger der Aufsicht der Länder unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts, der

¹⁷ VG Leipzig, NVwZ-Beil. 1995, 422.

bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform (§ 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BDSG).

Auch Schulen sind damit dem Begriff der öffentlichen Stellen nach § 87 Abs. 2 AufenthG zuzuordnen und damit nach dem Gesetz verpflichtet, den Ausländerbehörden Mitteilung über den unrechtmäßigen Aufenthalt von Schülern zu machen. Darüber hinaus bestehen bereits bei der Anmeldung zum Schulbesuch für die Schulen erhebliche Probleme. Ähnliche Probleme können für Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge auftreten, wenn sie in öffentlich-rechtlicher Form organisiert sind oder sonst wie der öffentlich-rechtlichen Aufsicht unterliegen..

Im Koalitionsvertrag für diese Legislaturperiode wurde vereinbart, die *„aufenthaltsgesetzlichen Übermittlungspflichten öffentlicher Stellen dahingehend zu ändern, dass der Schulbesuch von Kindern ermöglicht wird.“* Nunmehr wäre mit dem Gesetzentwurf, der im Zusammenhang mit der Sanktionsrichtlinie (2009/52/EG) ohnehin einige datenschutzrechtliche Bestimmungen im Aufenthaltsgesetz ändern will (vgl. Art. 1 Nr. 48), die Gelegenheit, dieses Koalitionsversprechen einzulösen, damit für Kinder und Jugendliche die für sie ohnehin belastende illegale Situation etwas erleichtert wird und ihnen die ihnen zustehenden Bildungschancen nicht versperrt bleiben. Dies wäre auch im Interesse des Kindeswohls. Darüber hinaus sollten auch Gerichte von der Übermittlungspflicht befreit werden, um Klagen wegen Verweigerung der Auszahlung der Lohnvergütung zu ermöglichen.

14. Zulassung des Eilrechtsschutzes gegen Überstellungen an Mitgliedstaaten (Aufhebung des § 34a AsylVfG)

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in *M.S.S.* erneut darauf hingewiesen, dass die Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention sich vor einer Überstellung an andere Mitgliedstaaten vergewissern müssen, dass das dortige Asylverfahren ausreichende Garantien gegen eine Verletzung des Refoulementverbotes bietet. Darüber hinaus ist ernsthaften Hinweisen auf eine unmenschliche Behandlung wegen der dortigen

Aufnahmebedingungen nachzugehen.¹⁸ Diese Entscheidung macht deutlich, dass die Vorstellung „sicherer Mitgliedstaaten“ eine menschenrechtsblinde Fiktion ist, vielmehr schwerwiegende Störungen in den nationalen Asylsystemen vorkommen und Asylsuchende dagegen wirksam zu schützen sind. Es ist davon auszugehen, dass der Europäische Gerichtshof die Vorabentscheidungsersuchen aus London, Dublin und Kassel in diesem Sinne beantworten und damit bestätigen wird, dass vor einer Überstellung an andere Mitgliedstaaten dem Hinweis auf Grundrechtsverletzungen nachzugehen und zu diesem Zweck Eilrechtsschutz zu gewähren ist.

Im bilateralen Rechtsverkehr innerhalb der Mitgliedstaaten darf der Eilrechtsschutz nicht abgeschafft werden. Der Gerichtshof hat Belgien in *M.S.S.* gerügt, dass der Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an andere Mitgliedstaaten nur unzureichend ausgestaltet sei und darin eine Verletzung von Art. 13 der Konvention erkannt.¹⁹ In Deutschland ist jedoch nicht einmal ein unzureichender, sondern wird seit dem 28. August 2007 überhaupt kein Eilrechtsschutz gegen Überstellungen an andere Mitgliedstaaten mehr zugelassen. Der vorlegte Entwurf eines Richtlinienumsetzungsgesetzes versäumt, diesen Verpflichtungen aus der Konvention nachzukommen. Dem ist unverzüglich durch einen Änderungsantrag entgegenzuwirken, sodass § 34a Abs. 2 AsylVfG, soweit er auch Überstellungen an Mitgliedstaaten einbezieht, aufgehoben werden kann. Es entspricht nicht dem verfassungskräftigen Gebot der Europarechtsfreundlichkeit, erst auf eine Verurteilung durch ein europäisches Gericht zu warten, bevor die Rechtslosstellung der Flüchtlinge aufgehoben wird. Vielmehr sind die Vorgaben in *M.S.S.* eindeutig.

15. Fehlende Umsetzung der Richtlinie 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie)

Auffallend ist, dass der Gesetzentwurf wie auch das Richtlinienumsetzungsgesetz 2007 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 hatten UNHCR und nichtstaatliche Organisationen bereits 2007 nicht aufgegriffene umfangreiche Vorschläge gemacht, die auf eine Ergänzung

¹⁸ EGMR, InfAuslR 2011, 221 = NVwZ 2011, 413, Rdn. 342 ff., 366 ff. – *M.S.S.*

des AsylbLG und teilweise des AsylVfG zielen und unverändert Regelungsbedarf aufzeigen.²⁰

- 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 Unionsrecht in Übereinstimmung. Erforderlich medizinische Hilfe geht über die Sicherstellung eines lediglich existenziellen Kernbestands 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

¹⁹ EGMR, InfAuslR 2011, 221 (225) – M.S.S.

²⁰ 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.

2003/9/EG an.²¹ 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.

Obwohl die Aufnahmerichtlinie bis zum 6 Februar 2005 umzusetzen war, hat weder der Gesetzgeber des Zuwanderungsgesetzes noch des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2007 noch werden im vorliegenden Gesetzentwurf die zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung besonders schutzwürdiger Personen vorgesehenen unionsrechtlichen 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.

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

²¹ BAFF, ebenda.

Bedarfsfalles auszusetzen und zu diesem Zweck die Einreise zu gestatten (vgl. § 18a Abs. 6 Nr. 1 AsylVfG).²² Zur Klarstellung sind die Einreiseansprüche in § 18a Abs. 6 AsylVfG um diese Fallgruppe zu ergänzen. 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.²³

Dr. Marx
Rechtsanwalt

²² Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl., 2009, § 18a Rdn. 99 ff.

²³ So auch Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes von amnesty international u.a., März 2007, S. 8 f.