

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- & Asylrecht (FZAA)

Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz

+49-7531-88-2247
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses
des Deutschen Bundestags am Montag, den 22. Februar 2016 über den**

- a.) Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren
(Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD), BT-Drs. 18/7538 v. 16.2.2016.**
- b.) Entwurf eines Gesetzes zur Streichung der obligatorischen Widerrufsprüfung
(Gesetzentwurf der Abgeordneten Luise Amtsberg u.a. und der Fraktion BÜNDNIS
90/DIE GRÜNEN), BT-Drs. 18/6202 v. 30.9.2015.**
- c.) Rechte von Kindern im Asylverfahren stärken (Antrag der Abgeordneten Luise
Amtsberg u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN),
BT-Drs. 18/7549 v. 17.2.2016.**
- d.) Besonders gefährdete Flüchtlinge in Erstaufnahmeeinrichtungen und
Gemeinschaftsunterkünften besser schützen (Antrag der Abgeordneten Katja
Dörner u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN),
BT-Drs. 18/6646 v. 11.11.2015.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. Meine Anmerkungen betreffen folgende ausgewählte Einzelpunkte:

I. Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren (BT-Drs. 18/7538)

1. Beschleunigte Asylverfahren (zu Art. 1 Nr. 6; § 30a AsylG-E)

Asylbewerber erhalten eine Aufenthaltsgestattung ausschließlich zum Zweck der Durchführung des Verfahrens; die Gestattung begründet keine Aufenthaltserlaubnis unabhängig vom Verfahren (vgl. Art. 9 Abs. 1 Asyl-Verfahrens-RL 2013/32/EU). Da das Verfahren „so rasch wie möglich“ zum Abschluss gebracht werden soll (Art. 31 Abs. 2 RL 2013/32/EU), gilt kraft Europarechts ein **Beschleunigungsgebot**. Aus diesem Grund sieht auch der EU-Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens vor, das nunmehr auch in Deutschland eingeführt werden soll. Die Neuerung widerspricht mithin nicht der Zielvorgabe eines fairen Asylverfahrens – im Gegenteil: Eine schnelle Entscheidung ist geboten, solange in der Sache eine sorgfältige Prüfung gewährleistet bleibt.

Für eine sorgfältige Prüfung ist entscheidend, dass vor Ort die Verfahrensabläufe effizient ineinandergreifen, hinsichtlich der Unterbringung sowie mit Blick auf die Anhörung. Eben dieses reibungslose Zusammenspiel fördert der Gesetzentwurf durch mögliche Bund-Länder-Vereinbarungen zur Einrichtung **besonderer Aufnahmezentren** (vgl. § 5 Abs. 5 AsylG-E), die im Übrigen denselben materiellen Anforderungen unterliegen wie jede andere Aufnahmeeinrichtung. Vor allem wird nur das Verfahren dort nach dem Willen des Gesetzgebers „in Anlehnung an das Flughafenverfahren“ ausgestaltet (BT-Drs. 18/7538 vom 16.2.2016, S. 2), während die Modalitäten der Unterbringung den regulären Regeln folgen. Anders als beim Flughafenverfahren gibt es keine Freiheitsbeschränkung.

Soweit das BAMF vor Ort ausreichende Kapazitäten vorhält, wird das Verfahren ggfls. binnen weniger Tage durchgeführt werden können. Da die Anhörung im Kern einen Tatsachenvortrag betrifft, ist ein besonderer Rechtsbeistand – anders als im Rechtschutzverfahren – nicht zwingend erforderlich und wird vom EU-Recht auch nicht vorgeschrieben (Art. 20 Abs. 2 RL 2013/32/EU normiert insoweit ein Ermessen der Mitgliedstaaten, anders als für Klageverfahren nach Abs. 1). Hiernach kann eine **ordnungsgemäße Prüfung binnen einer Woche** erreicht werden, wenn das Bundesamt die Ressourcen bereitstellt. Soweit dies nicht gelingt, dauert das Verfahren länger, ohne dass dem Antragsteller hieraus Nachteile erwachsen. § 30a Abs. 2 S. 2 AsylG-E normiert ausdrücklich, dass im Fall einer längeren Entscheidungsfrist ein reguläres Verfahren durchzuführen ist.

Die Konstellationen, in denen ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen ist, entsprechen den Vorgaben von Art. 33 Abs. 8 Asyl-Verfahrens-Richtlinie, wobei der Gesetzentwurf noch hinter den Möglichkeiten des Unionsrechts zurückbleibt, weil einzelne Tatbestandsmerkmale nicht übernommen wurden, d.h. das beschleunigte Verfahren könnte in einer noch größeren Anzahl von Fällen angewandt werden (nicht genutzt wird die Option nach Art. 33 Abs. 8 Buchst. a, e, i RL 2013/32/EU). In der Praxis dürfte die Anwendung auf **Antragsteller aus sicheren Herkunftsstaaten sowie bei Folgeanträgen** eine besonders große Bedeutung erlangen (vgl. § 30a Abs. 1 Nr. 1, 4 AsylG-E). Wichtig ist hierbei der Hinweis, dass – entgegen der teilweisen Medienberichterstattung – die **bloße Einreise ohne Identitätspapiere nicht ausreicht**, da § 30a Abs. 1 Nr. 3 AsylG-E nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut verlangt, dass Identitätspapiere „mutwillig“ vernichtet oder beseitigt worden sein müssen oder jdf. die Umstände offensichtlich diese Annahme rechtfertigen. Eine Mutwilligkeit setzt nach allgemeinem Sprachgebrauch ausweislich des Dudens voraus, dass die Identitätspapiere „absichtlich“, „vorsätzlich“ oder „in böser Absicht“ vernichtet oder beseitigt wurden. Erforderlich ist mithin eine überschießende Täuschungsabsicht, die vor allem dann nicht besteht, wenn ein Antragsteller seine Papiere verlor oder keine besitzt, weil er etwa aus einem Herkunftsstaat kommt, wo diese, wie im Fall Eritreas, von den Behörden in bestimmten Konstellationen eingezogen werden. In diesen Fällen scheidet ein Schnellverfahren aus.

§ 30a Abs. 1 AsylG-E normiert eine Kann-Bestimmung, sodass es den Behörden freisteht, bestimmte **Personen mit einer besonderen Schutzbedürftigkeit** von der Anwendung eines beschleunigten Verfahrens auszunehmen; das Ermessen müssen die Behörden pflichtgemäß unter Berücksichtigung der europarechtlichen Wertungen für schutzbedürftige Personen handhaben (vgl. Art. 24 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2013/32/EU). Speziell bei **unbegleiteten Minderjährigen** dürfte ein beschleunigtes Verfahren regelmäßig ausscheiden (so auch die Gesetzesbegründung gemäß BT-Drs. 18/7538 vom 16.2.2016, S. 16, der wohl davon ausgeht, dass die sozialrechtliche Inobhutnahme als *lex specialis* Vorrang genießt), zumal das Verfahren wegen der notwendigen Hinzuziehung eines Vertreters (vgl. Art. 25 Abs. 1 RL 2013/32/EU) nicht binnen einer Woche abzuschließen sein dürfte. Kraft Unionsrechts darf das Verfahren bei unbegleiteten Minderjährigen ohnehin nur in den Fällen des § 30a Abs. 1 Nr. 1, 4, 7 AsylG-E angewandt werden (vgl. Art. 25 Abs. 6 Buchst. a RL 2013/32/EU).

§ 30a Abs. 3 AsylG-E normiert eine Pflicht, bis zur Entscheidung des Bundesamts sowie in den Fällen des S. 2 bis zur Ausreise oder Abschiebung in der besonderen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Damit knüpft der Gesetzgeber an eine Regelung an, die er im Rahmen des Asylpakets I für Antragsteller aus sicheren Herkunftsstaaten eingeführt hatte (vgl. § 47 Abs. 1a

AsylG). Hierdurch wird einer Aufenthaltsverfestigung durch freie Wohnsitzwahl nach einer Ablehnung vorgebeugt, zumal in diesen Fällen auch die Erwerbstätigkeit für die Dauer der Wohnsitzverpflichtung nach § 61 Abs. 1 AsylG untersagt ist. Aus der Wohnsitzverpflichtung folgt zugleich, dass eine **Residenzpflicht in Form der räumlichen Beschränkung** nach allgemeinen Regeln für die gesamte Dauer des Asylverfahrens besteht (vgl. §§ 56, 59a AsylG). Da hinsichtlich der Reichweite der Residenzpflicht keine Sonderregelungen vorgesehen sind, gelten auch hier die allgemeinen Regeln unter Einschluss der Ausweitung auf das Gebiet ganzer Bundesländer (vgl. § 58 Abs. 6 AsylG i.V.m. Landesrecht). Europa- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Residenzpflicht bestehen nicht, zumal das Unionsrecht eine solche speziell zur „zügige[n] Bearbeitung und wirksame[n] Überwachung“ von Asylanträgen bzw. Antragstellern vorsieht (vgl. Art. 7 Abs. 2 Asyl-Aufnahme-RL 2013/33/EU) und das Bundesverfassungsgericht eine vergleichbare Residenzpflicht, die bis Ende 2014 für alle Asylbewerber galt, bereits für zulässig erachtete (§ 57 Abs. 1 AsylG erlaubt einzelfallbezogene Ausnahmen, die kraft Verfassungsrechts geboten sein können, nach BVerfGE 96, 10 (24 f.) ggfls. jedoch einem Genehmigungsverfahren unterworfen werden können).

Anders als im Flughafenverfahren wird für das beschleunigte Verfahren nach § 30a AsylG **keine Sonderregelung für Klagefristen** normiert, sodass auch insoweit die allgemeinen Regeln gelten, abhängig vom Ausgang des Verfahrens. Da sich die Tatbestandsmerkmale für die Einleitung des beschleunigten Verfahrens teilweise mit den Kriterien überschneiden, die im Fall einer Ablehnung kurze Klagefristen nach sich ziehen (vgl. insb. §§ 29a Abs. 1, 30 Abs. 3, 71 Abs. 4 i.V.m. § 36 Abs. 3 AsylG), dürfte vielfach eine Beschwerdefrist von einer Woche gelten. Dies ist kurz, wurde vom BVerfG jedoch bereits im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG gebilligt (siehe BVerfGE 94, 166 (206-210)) und auch der EuGH akzeptierte die Vereinbarkeit kurzer Fristen mit dem EU-Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 47 GRCh (EuGH, *Samba Diouf*, C-69/10, EU:C:2011:524, Rn. 66-68). Neben formalen Fristvorgaben sind auch die tatsächlichen Verhältnisse wichtig, da Rechtsbeistand praktisch erreichbar sein muss. Bei einer lokalen Residenzpflicht dürfte dies freilich leichter zu gewährleisten sein als im Transitbereich von Flughäfen. Soweit die Rahmenbedingungen wirkungsvollen Rechtsbeistand noch nicht gewährleisten, sind diese zu schaffen.

2. Nichtbetreiben des Verfahrens (zu Art. 1 Nr. 3-5, 7; §§ 20, 22, 23, 33 AsylG-E)

Es ist aus der öffentlichen Diskussion bekannt, dass eine nicht nur marginale Minderheit der Antragsteller die zugewiesene Aufnahmeeinrichtung wieder verlässt, um sich andernorts erneut registrieren zu lassen, unrechtmäßig in ein anderes EU-Land weiterzureisen oder evtl. ganz unterzutauchen. Dies ist nicht hinnehmbar, weil das Asylverfahren zügig einem Ergebnis

zugeführt werden soll, um sodann je nach Ausgang entweder einen Schutzstatus zu erteilen oder die betreffende Person abzuschieben (vgl. hierzu vorstehend I.1). Insofern ist verständlich, dass der Gesetzgeber ein geordnetes und zügiges Verfahren auch durch die Sanktionierung eines Zuwiderhandelns gewährleisten möchte – in Anlehnung an die unionsrechtlichen Wertungen nach Art. 13, 28 Asyl-Verfahrens-Richtlinie, an deren Bestimmungen sich der Gesetzentwurf teils wörtlich anlehnt. Wenn hierbei die **bisher notwendige Aufforderung seitens des BAMF** außer in Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 AsylG-E entfällt (vgl. § 33 Abs. 1 AsylG der aktuellen Fassung), so ist dies in Zeiten einer großen Arbeitsbelastung für das BAMF gut nachvollziehbar, zumal der Antragsteller nach § 33 Abs. 4 AsylG-E schriftlich auf die Rechtsfolgen hinzuweisen ist. Die in Abs. 2 normierten Tatbestandsmerkmale sind nicht abschließend, sodass im Einzelfall – wie bisher – eine Einstellung aufgrund der Generalklausel nach § 33 Abs. 1 AsylG-E in Anlehnung an die bisherige Rechtslage möglich bleibt, wobei gerade in diesen Fällen eine vorherige Aufforderung seitens des BAMF auch dann zweckdienlich sein kann, wenn sie rechtlich nicht vorgeschrieben ist.

Angesichts der verbreiteten Nichtbeachtung von Zuweisungsanordnungen ist es verständlich, dass der Gesetzgeber für den Fall eines **Nichterscheinens bei der zuständigen Aufnahme-einrichtung** (§§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 AsylG-E) bzw. bei der Außenstelle des Bundesamts (§ 23 Abs. 2 AsylG-E) ein Nichtbetreiben annimmt, das eine Verfahrenseinstellung nach § 33 Abs. 5 S. 1 AsylG-E zur Folge hat, soweit der Betroffene nach den gleichlautenden Ausnahmeklauseln nicht „unverzüglich nachweist, dass das Versäumnis auf Umstände zurückzuführen war, auf die er keinen Einfluss hatte.“ Eine „unverzügliche“ Mitteilung meint nach gängiger Rechtsterminologie eine Information „ohne schuldhaftes Zögern“ (vgl. § 21 Abs. 1 BGB), wobei sich das notwendige Nichtverschulden nur auf den Zeitpunkt der Mitteilung bezieht, während die inhaltliche Begründung davon abhängt, ob der Antragsteller die Gründe beeinflussen konnte. Formal ist insoweit kein Verschulden erforderlich, was jedoch im Ergebnis kaum einen Unterschied machen dürfte, weil ein Verschulden schon bei Fahrlässigkeit anzunehmen ist (vgl. § 276 BGB), die üblicherweise vorliegt, wenn man auf die Gründe keinen Einfluss hatte, da man die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ. Die Regelung ist auch europarechtskonform, weil sie bereits dem Wortlaut nach mit Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. b RL 2013/32/EU übereinstimmt. Auch bestehen gegen die Vorschrift keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. *Heusch*, in: Kluth/ders.: BeckOK Ausländerrecht, Edition 9, November 2015, § 33 AsylG Rn. 3 f.)

In Übereinstimmung mit Art. 28 Abs. 2 UAbs. 1 f. RL 2013/32/EU normiert § 33 Abs. 5 AsylG-E die **Möglichkeit einer Wiederaufnahme**, die gleichsam eine Heilung des Fehlverhaltens

bewirkt, solange sie in den ersten neun Monaten erfolgt, während danach die Regeln über Folgeanträge eine entsprechende Anwendung finden. Gegen eine Negativentscheidung kann nach § 33 Abs. 6 AsylG-E ein Rechtsbehelf in Übereinstimmung mit Art. 46 Abs. 1 Buchst. b RL 2013/32/EU eingelegt werden, der den verkürzten Klagefristen des § 36 Abs. 3 AsylG unterliegt. All dies erscheint insgesamt als zweckmäßig, gerade weil die Verfahrensbeschleunigung in Zeiten hoher Antragszahlen besonders wichtig ist. Eine Verletzung des Refoulementverbots droht durch die Neuregelung nicht, da der Asylantrag in den Fällen des §§ 33 Abs. 1-3 AsylG-E als zurückgenommen gilt, sodass das Bundesamt nach § 32 AsylG nach Aktenlage das **Vorliegen von Abschiebehindernissen** prüfen muss. Nur soweit diese nicht vorliegen, darf eine Abschiebung tatsächlich auch vollzogen werden. Ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK oder Art. 33 Abs. 2 GFK liegt mithin nicht vor, weil diese Vorschriften kein subjektives Recht auf Zugang zu einem Asylverfahren gewähren, sondern Abschiebeverbote normieren, die nach wie vor geprüft werden müssen jedoch.

3. Effektivierung der Abschiebung (zu Art. 2 Nr. 1 f.; §§ 60 f. AufenthG-E)

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die Steuerungsleistung des Ausländer- und Asylrechts vor allem auch an den **Vollzugsdefiziten bei der Aufenthaltsbeendigung** leidet. Dies hat zuletzt auch die EU-Kommission mehrfach betont (vgl. etwa das Schreiben an die Mitgliedstaaten Rats-Dok. 10170/15 v. 22.6.2015) und diverse Vorschläge unterbreitet, wie die Rückführungs politik wirksamer gestaltet werden kann (vgl. den EU-Aktionsplan für die Rückkehr, KOM(2015) 453 v. 9.9.2015). Vor diesem Hintergrund möchte der Gesetzentwurf unberechtigte Abschiebungshindernisse aus gesundheitlichen Gründen vor allem auch deshalb erschweren, weil die Bundesländer aus der Praxis von tatsächlichen oder vermeintlichen Missbrauchskonstellationen berichten. Hierbei geht es um die verfahrensbezogenen Modalitäten ärztlicher Atteste (§ 60a Abs. 2c f. AufenthG -E) ebenso wie um die materiellen Kriterien für humanitäre Abschiebehindernisse (§ 60 Abs. 7 S. 2-4 AufenthG-E) und mithin um zwei Regelungsbereiche mit einer erhöhten Grundrechtssensibilität.

Hinsichtlich der materiellen Kriterien unternimmt der Gesetzgeber eine **Konkretisierung der gesundheitsbezogenen Abschiebehindernisse nach § 60 Abs. 7 S. 2-4 AufenthG-E**. Die Regelung greift nach der Gesetzessystematik nur dann ein, wenn kein internationaler Schutz nach Unionsrecht zu gewähren ist, also auch ein subsidiärer Schutz nach § 4 AsylG im konkreten Fall ausscheidet (vgl. BVerwGE 140, 319, Rn. 11, 20). Speziell die vorgeschlagene Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale nach S. 1 durch den neuen S. 2 erscheint als unproblematisch, weil sie bereits dem Wortlaut nach auf eine bestehende Rechtsprechung aufbaut (vgl. *K. Hailbronner*, AusIR-Kommentar (86. EL 2014), § 60 AufenthG Rn. 84-95; und *W.*

Möller/K.P. Stiegeler, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), *Ausländerrecht. Kommentar*, 2. Aufl. 2016, § 60 AufenthG Rn. 32) und auch mit Nr. 60.7.1.3.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 übereinstimmt (GMBI. 2009, S. 878).

Es entspricht hierbei der **bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung**, dass eine schwerwiegende Erkrankung nur dann ein Abschiebeverbot darstellt, wenn sie infolge der Abschiebung „wesentlich verschlechtert würde“ (vgl. BVerwGE 105, 383; BVerwGE 127, 33), so dass der Gesetzentwurf im Kern eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung darstellt. Gerade auch mit Blick auf die praktischen Probleme kann es durchaus angezeigt sein, die Instanzgerichte über einen ausdrücklichen Gesetzeswortlaut an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu erinnern und auf diesem Wege deren Beachtung in jedem Einzelfall einzufordern. Gleiches gilt für die Ergänzung nach S. 3, dass die medizinische Versorgung im Zielstaat nicht die gleiche Wertigkeit haben muss wie in der Bundesrepublik (ebenso mit Blick auf die Menschenwürde i.R.d. Art. 16a Abs. 1 GG bereits BVerfGE 54, 341 (357)). Auch die „**inländische Gesundheitsalternative**“ nach S. 4 begegnet keinen Bedenken, zumal entsprechende Überlegungen ein fester Bestandteil des Flüchtlingsrechts sind. Bereits der Gesetzeswortlaut („in der Regel“) stellt insoweit klar, dass eine inländische Gesundheitsalternative nicht immer zur Abschiebung führt. Vielmehr wird man in Anlehnung an Art. 8 Asyl-Qualifikations-RL 2011/95/EU, § 3e AsylG eine Ausnahme dann annehmen müssen, wenn die Versorgung mit Blick auf die Situation des Betroffenen nicht erreichbar ist.

Die Neuregelung ist auch mit höherrangigem Recht vereinbar. So fordert speziell das Grundgesetz keineswegs eine großzügige Handhabung der gesundheitsbezogenen Abschiebungshindernisse. Im Gegenteil: Nach der gefestigten Rechtsprechung gebieten die **Grundrechte des Grundgesetzes** nur dann eine Abschiebung, wenn der Betroffene infolge der Abschiebung „gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verletzungen ausgeliefert sein würde“ (BVerwGE 99, 324 (328); BVerwGE 115, 1; BVerwGE 137, 226, Rn. 15). Diese verfassungsrechtliche Vorgabe macht deutlich, dass § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG keineswegs großzügig ausgelegt werden muss.

Gleiches gilt für den **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte**, der in einer durchaus umstrittenen Entwicklung in den 1990er-Jahren eine großzügige Auslegung des Art. 3 EMRK andeutete, zwischenzeitlich jedoch in einer Reihe von Urteilen auch der Großen Kammer klarstellte, dass Betroffene „cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance... The fact that the applicant's circumstances, including his life expectancy, would be

significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3“, sodass ein Abschiebeschutz nur zu gewähren sei „in a **very exceptional case**, where the humanitarian grounds against the removal are compelling“ (EGMR, Urt. v. 27. 05. 2008, [Nr. 26565/05](#), *N. v. Vereinigtes Königreich*, Ziff. 42). Im Jahr 2013 kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass diese hohe Schwelle im Fall des Iraks für verschiedene Landesteile und Bevölkerungsgruppen nicht erfüllt war, sodass Abschiebungen dorthin möglich waren (vgl. EGMR, Urt. v. 27.06.2013, [Nr. 71680/10](#), *A.G.A.M. gegen Schweden*). Nichts anderes gilt für das **Unionsrecht**, zumal der EuGH ausdrücklich klarstellte, dass ein subsidiärer Schutz unter engeren Voraussetzungen zu gewähren ist und darüber hinausgehende komplementäre Abschiebehindernisse nicht dem Unionsrecht unterfallen (siehe EuGH, *M'Bodj*, C-542/13, [EU:C:2014:2452](#), Rn. 40-46).

Anhand der allgemeinen Kriterien des § 60 Abs. 7 S. 1-4 AufenthG-E werden die Gerichte in der Zukunft zu entscheiden haben, ob eine **Posttraumatische Belastungsstörung (PTBS)** die dargelegten hohen Anforderungen erfüllt (zur bisherigen Rechtsprechung siehe *K. Hailbronner*, AusIR-Kommentar (86. EL 2014), § 60 AufenthG Rn. 88). Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass dies nach dem Willen des Gesetzgebers regelmäßig nicht der Fall sein soll (BT-Drs. 18/7538 vom 16.2.2016, S. 19), was zusammen mit den neu formulierten Sätzen 2-4 den zuständigen Gerichten vorgibt, dass sie die materiellen Kriterien restriktiv handhaben müssen, zumal das Grundgesetz, wie dargestellt, gerade kein anderes Ergebnis einfordert. In Ermangelung einer verfassungsrechtlichen Vorgabe müssen die bei der methodengerechten Gesetzesauslegung selbstverständlich den Willen des Gesetzgebers beachten (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch der EGMR fordert kein anderes Ergebnis, wie der Fall der Abschiebung eines Kindes mit psychischen Problemen nach Albanien zeigt (EGMR, Urt. v. 15.05.2012, [Nr. 16567/10](#), *Nacic u.a. gegen Schweden*, Rn. 86).

Der Gesetzentwurf ergänzt die materielle Regelung in § 60 Abs. 7 AufenthG mit prozessualen Vorgaben zu qualitativen Anforderungen an Atteste nach Maßgabe des § 60a Abs. 2b AufenthG-E, die dem medizinischen Laien intuitiv als plausible Vorgabe im Sinn einer Soll-Regelung einleuchten. Hinzu tritt, im vorgeschlagenen § 60a Abs. 2c AufenthG-E, eine **Pflicht zur unverzüglichen Vorlage von Attestes**, die im Fall einer schuldhaften Verzögerung eine Präklusionswirkung haben soll, die speziell im Fall einer PTBS eingreifen soll (so die Begründung gemäß BT-Drs. 18/7538 vom 16.2.2016, S. 20). Damit dürfte in erster Linie eine verfahrensrechtliche Präklusion des Parteivorbringens gemeint sein, während der verwaltungsprouessuale Untersuchungsgrundsatz fortbesteht (vgl. §§ 108 Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 VwGO), so-

dass der Richter ggfls. auf eigenen Antrieb hin weitere Auskünfte einholen kann, etwa Sachverständigengutachten, zumal die Präklusionswirkung nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht eintritt, soweit „anderweitig tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer lebensbedrohlichen oder schwerwiegenden Erkrankung“ bestehen. Unabhängig hiervon kann die Behörde nach S. 3 eigenständig eine amtsärztliche Untersuchung anordnen, was im Interesse einer zügigen und objektiven Entscheidungsfindung überzeugt.

4. Familiennachzug (zu Art. 2 Nr. 4; § 104 Abs. 13 AufenthG-E)

Traditionell gehört der Familiennachzug zu den bedeutsamsten Migrationskanälen, über den auch in klassischen Einwanderungsländern wie den Vereinigten Staaten, Kanada oder Australien ein großer Anteil an Migrant*innen ins Land kommt. Demgemäß sind die Rechtsregeln zum Familiennachzug auch ein Instrument, mittels dessen die Einwanderungsländer die Migration zu steuern suchen. Dies zeigt auch die deutsche Migrationsgeschichte, weil nach dem Anwerbestopp 1973 der Familiennachzug dazu führte, dass im beachtlichen Umfang neue Zuwanderer nach Deutschland kamen. Der **Familiennachzug war ein Grund, warum die Gastarbeiteranwerbung sich zu einer dauerhaften Einwanderung verstetigte** (siehe U. Herbert, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland (C.H. Beck, 2001), S. 232 ff.). Daher überrascht es nicht, dass die Bundesregierung auch in der aktuellen Situation die Zuwanderung über den Familiennachzug zu steuern versucht.

Sachlich betrifft die Übergangsbestimmung des § 104 Abs. 13 AufenthG-E einzig Inhaber eines subsidiären Schutzstatus. Es ist allgemein bekannt, dass derzeit nur eine geringe Minderheit der Asylbewerber in Deutschland diesen subsidiären Schutzstatus erhält – ganz anders als in den Jahren 2012-2014 sowie in der Gegenwart in zahlreichen anderen EU-Mitgliedstaaten (zum EU-weiten Vergleich siehe EASO, Annual Report, [Juli 2015](#), S. 24-28). Hintergrund hierfür ist eine geänderte Entscheidungspraxis des Bundesamts speziell für Syrer, denen noch vor einigen Jahren in der Regel ein **subsidiärer Schutzstatus** gewährt wurde, die heute jedoch als Flüchtlinge anerkannt werden (kontrastiere die aktuellen Anerkennungsquoten mit BAMF, [Das Bundesamt in Zahlen 2012](#), S. 48 f.). Grundlage für die großzügige Praxis war ein schriftliches Verfahren, das ohne persönliche Anhörung in erster Linie aufgrund eines Fragebogens entschied, der nur pauschal danach fragte, ob die betroffene Person nach einer Selbsteinschätzung individuell verfolgt werde. Diese Praxis, die nach unionsrechtlichen Maßstäben wohl rechtswidrig war (vgl. D. Thym, Schnellere und strengere Asylverfahren, [NVwZ 2015, 1625](#) (1632)), soll nunmehr aufgegeben werden, wobei die Einzelfallprüfung dem Vernehmen nach nur für Personen gelten soll, die nach dem 1. Januar 2016 einreisen. Hiernach steht zu erwarten, dass

künftig etwas mehr Person einen subsidiären Schutzstatus erhalten. Eben diese Personengruppe wird von § 104 Abs. 13 AufenthG-E erfasst werden.

Bereits die Einordnung im Abschnitt zu Übergangsbestimmungen zeigt, dass es um eine bloße Suspendierung geht, sodass **nach Ablauf der Zweijahresfrist die aktuelle Rechtslage unverändert auflebt**. Dies ist insoweit wichtig, als der Bundestag vor knapp einem Jahr beschloss, die subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich des Familiennachzugs den Flüchtlingen nach der GFK gleichzustellen, was konkret bedeutet, dass diese auch dann einen subjektiven Anspruch auf Familiennachzug mit der Kernfamilie haben, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist; der Staat muss in diesen Fällen vollumfänglich Sozialleistungen an alle Familienmitglieder zahlen (vgl. die Änderung des § 29 Abs. 2 AufenthG durch G. v. 27.7.2015 (BGBl. 2015 I 1386)). Ganz unabhängig davon, ob man ein Familiennachzug aus politischen Gründen befürwortet oder nicht, sollte man sich bewusst machen, dass eine jede Regelung **greifbare Auswirkungen auf die Zahl der Neuzugänge sowie dem Verlauf des Integrationsprozesses** haben wird. Der Familiennachzug ist eine zentrale Stellschraube der Migrationssteuerung.

Eine Alternative zur gefundenen Kompromisslösung einer zweijährigen Übergangsfrist hätte darin bestanden, die Privilegierung aus dem vergangenen Sommer rückgängig zu machen. Hierdurch wäre ein Familiennachzug zu subsidiär Geschützten mit Integrationserfolgen speziell am Arbeitsmarkt schon heute möglich, während umgekehrt der Familiennachzug bei mangelnder ökonomischer Integration auch längerfristig hätte verweigert werden können. Dieser Schritt wäre auch möglich gewesen, weil subsidiär Geschützte nach dem Willen des EU-Gesetzgebers nicht an den privilegierten Zugangsvoraussetzungen nach Art. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 9 ff. Familienzusammenführungs-RL 2003/86/EG teilhaben. In der vorliegenden Fassung führt die zweijährige Übergangsfrist dazu, dass der Familiennachzug **auf die Zeit nach der nächsten Bundestagswahl verlagert** wird und sich die Politik insoweit Zeit kauft.

Eine gesonderte Ausnahmeklausel umfasst § 104 Abs. 13 AufenthG-E nicht und verweist stattdessen in S. 3 deklaratorisch auf die mögliche Aufnahme von Ausländern aus dem Ausland nach Maßgabe der §§ 22 f. AufenthG. Speziell **§ 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG** erlaubt hierbei eine Ausnahme im Einzelfall, wobei nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG von der notwendigen Lebensunterhaltssicherung abgesehen werden kann. Die diesbezüglichen Anträge sind regulär im Visumsverfahren bei den konsularischen Vertretungen im Ausland zu stellen.

Wegen der grundrechtlichen Relevanz des Ehe- und Familienlebens muss ausführlicher geprüft werden, ob die Übergangsbestimmung mit den Grundrechten übereinstimmt. Hierbei ist zu beachten, dass speziell das **Bundesverfassungsgericht** dem Art. 6 Abs. 1 GG kein Individualrecht auf Zusammenleben im Bundesgebiet entnimmt und konkret eine einjährige Wartefrist für den

Ehegattennachzug akzeptierte (siehe BVerfGE 76, 1 (46 ff.) und *P. Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EL 2015, Art. 6 GG Rn. 66). Auch der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** befindet in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 8 EMRK „nicht so ausgelegt werden kann, dass die Vertragsstaaten der unbedingten Verpflichtung unterliegen, die freie Wahl des ehelichen Wohnsitzes anzuerkennen und hierfür einen Gebietszugang zu ermöglichen“ (EGMR, Urte. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80 u.a., *Abdulaziz u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rn. 68 (eigene Übersetzung); und EGMR, Urte. v. 30.7.2013, Nr. 948/12, *Berisha gegen die Schweiz*, Rn. 48). Entsprechend bekräftigte der EuGH, dass aus den **EU-Recht** kein generelles Grundrecht auf Familienzusammenführung folgt (vgl. EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 59 mit Blick auf Art. 7 i.V.m. Art. 52 Abs. 3 GRCh). Auch Art. 10 Abs. 1 **Kinderrechtskonvention** umfasst kein subjektives Recht auf Familiennachzug, weil die Vertragsstaaten nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur zu einer wohlwollenden Prüfung verpflichtet werden (zur Auslegung *S. Detrick*, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff, 1999), S. 191-194). Entsprechend verpflichtet Art. 22 Abs. 2 KRK, die Familieneinheit zu fordern, ohne eine Ergebnisverpflichtung niederzulegen (ebd., 367 f.). Die bisweilen aufgestellte **Behauptung, dass aus den europäischen oder internationalen Menschenrechten ein unbedingtes Nachzugsrecht für Flüchtlinge folge, das durch die Neuregelung auf jeden Fall verletzt werde, ist schlicht falsch** (so jedoch Deutsches Institut für Menschenrechte, Schriftliche Stellungnahme vom 3.2.2016, S. 5 f. – bezeichnenderweise ohne Angabe einer Fundstelle).

Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber frei wäre, den Familiennachzug vorübergehend oder dauerhaft ohne Ausnahmen einzuschränken. Im Gegenteil: Es bestehen Grenzen, die dazu führen können, dass im Einzelfall ein subjektives Nachzugsrecht aus den Grundrechten abzuleiten ist. Dies wird durch die Neuregelung auch nicht unmöglich gemacht, weil in diesen Fällen im Wege der grundrechtskonformen Auslegung eine Pflicht zur Aufenthaltsgenehmigung nach § 22 Abs. 1 S. 1 AufenthG besteht. Zu einer ehrlichen Debatte gehört jedoch die Feststellung, dass der **genaue Umfang der grundrechtlichen Vorgaben nicht feststeht**. Speziell der EGMR gewährte bislang nur in drei Fällen ein subjektives Nachzugsrecht aus dem Ausland, zumeist aufgrund der Umstände des Einzelfalls, mit Blick auf besondere Härten (näher die deutsche EGMR-Richterin *A. Nußberger*, *Menschenrechtsschutz im Ausländerrecht*, NVwZ 2013, 1305 (1310) und, speziell für Nachzugsfälle, *P. Boeles u.a.*, *European Migration Law*, 2. Aufl. (Intersentia, 2014), S. 223-229). Genaue Prognosen sind insoweit schwierig, zumal der Familiennachzug zu Flüchtlingen oder subsidiär Geschützten bisher nicht im Zentrum der nationalen oder internationalen Grundrechtsjudikatur stand.

Ein wichtiger Gesichtspunkt für die Beurteilung von Einzelfällen ist, **ob die Familieneinheit andernorts gelebt werden könnte und/oder bewusst aufgegeben wurde** (hierzu i.R.d. Ausweisung (nicht: Zulassung) grdsl. EGMR, Urt. v. 23.6.2008, Nr. 1638/03, *Maslov gegen Österreich*, Rn. 71; sowie *C. Anderfuhren-Wayne*, Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches, *International Journal of Refugee Law* 8 (1996), 347 (360-367)), etwa weil ein Angehöriger die Familie in einem Flüchtlingslager zurückließ und sich alleine auf den Weg nach Europa machte. Ein Grundsatz, dass die Familieneinheit immer irgendwo gelebt werden können müsse, lässt sich der EGMR-Judikatur freilich nicht entnehmen. Es gibt Urteile, die annahmen, dass **Familien dauerhaft dann getrennt werden können** – und zwar auch dann, wenn hiervon minderjährige Kinder betroffen sind (exemplarisch EGMR, Urt. v. 31.7.2008, Nr. 265/07, *Omoregie gegen Norwegen*; und EGMR, *Berisha* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**)); tendenziell strenger BVerwGE 144, 141). Bei unbegleiteten Minderjährigen wird zudem **nach dem Alter zu differenzieren** sein, zumal der EuGH bereits explizit anerkannt hat, dass bei Kindern, die älter als zwölf Jahre sind, ein Ausschluss des Familiennachzugs mit den europäischen Grundrechten vereinbar sein kann (mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86/EG ausdr. EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 61-64, freilich ergänzt um den Hinweis, dass im Lichte der Grundrechte eine Ausnahme im Einzelfall möglich sein muss). Über derartige Fragen werden mit Blick auf § 104 Abs. 13 AufenthG-E in Zukunft die Gerichte zu entscheiden haben.

5. Asylbewerberleistungen (zu Art. 3; §§ 3, 11 AsylbLG-E)

Sozialleistungen sind ein Faktor, der die Attraktivität eines Ziellandes für Migrationsbewegungen beeinflusst, auch wenn ihre Relevanz für unterschiedliche Personengruppen und Herkunftsstaaten verschieden ist. Aus diesem Grund ist es verständlich, dass der Gesetzgeber angesichts steigender Zugangszahlen dies Steuerungsinstrument nutzen möchte, indem er in den ersten Monaten einen reduzierten Leistungsumfang niederlegt. Ein reduziertes Leistungsniveau ist freilich verfassungsrechtlich heikel, wie in der **Anhörung am 12. Oktober 2015 zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz** bereits ausführlich erörtert wurde. Aus diesem Anlass habe ich die europa- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ausführlich (für eine aktualisierte Schrifffassung siehe *D. Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren, [NVwZ 2015, 1625](#) (1629-1631)). Die damaligen Aussagen leiten auch die nachfolgende Beurteilung der doppelten Neuregelung.

Der Gesetzentwurf betrifft zum einen die **Kürzung des notwendigen persönlichen Bedarfs** im Fall von Geldleistungen in den ersten 15 Monaten des Aufenthalts nach § 3 Abs. 1 S. 8 i.V.m. § 2 Abs. 1 AsylbLG-E. Hierbei ist hervorzuheben, dass der Gesetzentwurf ausführlich

(vgl. BT-Drs. 18/7538 vom 16.2.2016, S. 11 f., 21-24) die **Berechnungsmethode** aufgrund der gesetzlichen Nomenklatur offen legt, die im Anschluss an frühere Urteile des BVerfG entwickelt wurde und damit den formalen Anforderungen des BVerfG-Urteil aus dem Jahr 2011 grundsätzlich genügt. Alles Weitere müsste ggfls. ausführlicher geprüft werden, zumal das BVerfG ausdrücklich eine (weitere) Ergänzung im späteren gerichtlichen Verfahren für möglich erachtete (vgl. BVerfGE 132, 134, Rn. 70 f.).

In der Sache scheint die **typisierende Betrachtung** für die ersten 15 Monate mit den Vorgaben des BVerfG in Einklang zu stehen, weil dieses zum einen den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers betonte und vor allem ausdrücklich darauf hinwies, dass speziell in Situationen eines nur kurzfristigen, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalts ein geringeres Leistungsniveau von Verfassungen wegen möglich ist (hierzu BVerfG, ebd., Rn. 73-76). Tatsächlich ging es damals vorrangig um Personen, die sich teils seit vielen Jahren in Deutschland aufhielten (näher BVerfG, ebd., Rn. 11, 94). Dies ist bei der vorgeschlagenen Neuregelung anders, zumal das BVerfG in einem evtl. anstehenden Folgeverfahren das **spezifisch deutsche Verständnis der Menschenwürde** zum europäischen, internationalen und vergleichenden Regelungskontext in Bezug setzen müsste, das gerade bei Personen, die gerade erst einreisten wegen der geringeren Bindung an die deutsche Hoheitsgewalt einen reduzierten Schutzzumfang im Lichte internationalrechtlicher Wertungen rechtfertigt (näher *D. Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren, [NVwZ 2015, 1625](#) (1631) m.w.N.).

Hinzu tritt als zweite vorgeschlagene Neuregelung der § 11 Abs. 2a AsylbLG-E, der Asylbewerbern generell einen geringeren Bedarf zuspricht, solange der Ankunftsnachweis nach Maßgabe des neuen § 63a AsylG noch nicht ausgestellt wurde. Wichtig ist hierbei, dass die Neuregelung dann nicht greift, wenn die verzögerte Ausstellung vom Staat zu verantworten ist, sodass ein abgesenktes Leistungsniveau regelmäßig nur wenige Tage betrifft. Eine Absenkung über einen längeren Zeitraum gilt nur für diejenigen Personen, die sich entgegen der Vorgabe für die Aufenthaltsgestattung zum Zwecke des Asylverfahrens nicht bei den zuständigen Stellen melden, etwa weil sie in andere EU-Mitgliedstaaten unrechtmäßig weiterreisen wollen. Auch diese **Absenkung vor Ausstellung des Auskunftsnachweises** dürfte wegen der geringen Intensität der Bindung an die deutsche Hoheitsgewalt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Maßgabe vorstehender Ausführungen genügen. Dasselbe dürfte für das Europarecht gelten, weil Art. 17 Abs. 1 f. RL 2013/33/EU den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum lässt und die menschenrechtlichen Vorgaben nach Art. 4 GRCh, Art. 3 EMRK deutlich hinter den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts zurückbleiben (vgl. EGMR, Urt. v. 4. 11. 2014, Nr. 29217/12, *Tarakhel gegen die Schweiz*, Ziff. 93 ff.), sodass die europa- und

völkerrechtlichen Mindeststandards nicht unterschritten sein dürften. Schließlich dürfte auch der grundrechtliche Gleichheitssatz nicht verletzt sein, weil es sachliche Differenzierungsgründe für die betroffenen Personengruppen gibt (vgl. vgl. *D. Thym*, Legal Framework for EU Immigration Policy, in: Hailbronner/ders. (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2. Aufl. 2016, Kap. 2.I Rn. 37-42).

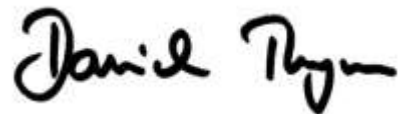
II. Gesetzes zur Streichung der obligatorischen Widerrufsprüfung (BT-Drs. 18/6202)

Die vorgeschlagene Neuregelung bezieht sich teilweise auf eine Gesetzeslage, weil eine **Neufassung des § 73 Abs. 2a S. 2 AsylG im Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz** erfolgte. Soweit das Bundesamt es unterlässt, ein Widerrufsverfahren einzuleiten, greift nach der Neuregelung eine Vermutungsregelung, infolge derer eine Aufenthaltsverfestigung nach § 26 Abs. 3 AufenthG unter den dort normierten privilegierten Voraussetzungen möglich ist, ohne dass das Bundesamt zuvor ein Widerrufsverfahren eingeleitet musste. Begründet wurde dies, in Übereinstimmung mit dem vorliegenden Gesetzentwurf, mit dem Ziel einer Verfahrenserleichterung, um dem BAMF bürokratischen Aufwand zu ersparen, speziell in Fällen, in denen ein Widerruf in der Sache ausscheidet (vgl. BT-Drs. 18/6185 v. 29.9.2015, S. 51). Insoweit dürfte sich das Anliegen des Gesetzentwurfs teils erledigt haben.

Unabhängig davon sollte der Gesetzgeber bedenken, ob er an der **aktuellen Rechtslage hinsichtlich der Aufenthaltsverfestigung** festhält, die unabhängig von der Frage des Widerrufs gegenwärtig unter privilegierten Bedingungen nach drei Jahren stattfindet und hierbei insb. keinen Lebensunterhalt verlangt (vgl. § 26 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Eine schnelle und dauerhafte Integration von Flüchtlingen ist nach dem Völkerrecht nur eine Option. Alternativ empfiehlt UNHCR die Rückkehr in den Heimatstaat, insb. nach der Beendigung der dortigen Fluchtsituation, sowie das Resettlement, das jedoch in erster Linie für die Verbringung von Flüchtlingen aus Entwicklungs- und Schwellenländern in die westlichen Staaten gedacht ist (siehe UNHCR, *Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern*, May 2003). Die zweite Variante in Form der **Rückkehr in den Heimatstaat** könnte für Deutschland von Interesse sein, falls der Bürgerkrieg in Syrien in überschaubarer Zukunft beendet würde. Nach geltendem deutschen Recht müsste diese Änderung der Umstände binnen drei Jahren nach Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft eintreten, weil international Schutzberechtigte in Deutschland – über die Vorgaben des EU-Rechts hinaus – nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erhalten, die als unbefristeter Aufenthaltstitel auch dann fortbesteht, wenn der Flüchtlingsstatus widerrufen werden kann. Hier könnte man die Bedingungen

an die Vorgaben des Europarechts anpassen und speziell eine Lebensunterhaltssicherung sowie Sprachkenntnisse einfordern.

Konstanz, den 19. Februar 2016

A handwritten signature in black ink that reads "Daniel Thym". The signature is written in a cursive style with a prominent loop at the end of the last name.