

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Institut für gesellschaftlichen Zusammenhalt –Konstanz (im Aufbau)
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 5. Dezember 2018 über den**

**Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes
zur Änderung des Asylgesetzes, [BT-Drs. 19/4456](#) v. 24.9.2018.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses und äußere mich Hintergrund, Kontextfaktoren und Einzelfragen des Gesetzentwurfs.

I. Hintergrund: Flüchtlingskrise und Entscheidungsqualität

Da das Asylverfahren regelmäßig Sachverhalte betrifft, die sich im Ausland abspielten und daher nicht der direkten Kontrolle oder Beweiserhebung durch die deutschen Behörden unterliegen, ist das **Verfahrensrecht traditionell ein zentraler Bestandteil des Asylrechts**. Es sichert eine richtige Entscheidung und gewährleistet damit die rechtsstaatliche Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Speziell zur Hochzeit der Flüchtlingskrise wurden diese Verfahrensvorschriften nicht immer eingehalten und auch sonst war

die Entscheidungsqualität nicht immer zufriedenstellend. Hierfür steht exemplarisch die vergleichsweise hohe Erfolgsquote von Rechtsbehelfen, die – je nach Berechnungsmethode – zwischen 12 und 40 % beträgt.¹

Hinzu kommt, dass vom Bundesamt zwischenzeitlich ein schriftliches Verfahren praktiziert wurde, das ohne persönliche Anhörung aufgrund eines Fragebogens entschied, der nur pauschal danach fragte, ob die betroffene Person nach einer Selbsteinschätzung individuell verfolgt werde. Hierbei wurde nicht nach unterschiedlichen Verfolgungsgründen differenziert und auch die alternative Option eines subsidiären Schutzstatus zog das Formblatt nicht in Erwägung, obgleich die EU-Verfahrens-Richtlinie den Verzicht auf eine persönliche Anhörung nur gestattet, wenn das BAMF über die notwendigen Beweismittel verfügt.² Es spricht daher viel dafür, dass die **schriftlichen Verfahren europarechtswidrig** waren.³ Auch eine Identitätsfeststellung wurde wohl nicht in allen Fällen sorgfältig durchgeführt.

Damit ist nicht gesagt, dass sehr viele Verfahren falsch entschieden worden wären oder zahlreiche Asylbewerber getäuscht hätten. Ein **Generalverdacht wäre nicht gerechtfertigt**, zumal das schriftliche Verfahren nur gegenüber Personengruppen angewandt wurde, die nach der damaligen Praxis typischerweise einen GFK-Status erhielten. Dennoch verbleibt bei Teilen der Bevölkerung der berechtigte Eindruck, dass in den Jahren 2015/16 neben anderen Behörden auch das BAMF nicht immer sorgfältig arbeitete. Einzelfälle wie die skurrile Konstellation des Bundeswehrsoldaten Franco A. stärkten den Eindruck eines Kontrollverlusts ebenso wie hohe Erfolgsquote von Asylklagen. Es kann daher für das öffentliche Vertrauen **in das Asylsystem** nützlich sein, wenn der Gesetzgeber und die Verwaltung frühere Fehler aufarbeiten und zukunftsgerichtet sicherstellen, dass diese sich künftig nicht mehr wiederholen. So kann auch der vorliegende Gesetzentwurf dazu beitragen, verlorenes Vertrauen zurückzugewinnen, wobei die Regierung darauf achten sollte, keinen Generalverdacht zu schüren und dennoch die Nachricht einer selbstkritischen Aufarbeitung zu verbreiten.

Es entspricht der Struktur eines Verwaltungsverfahrens, dass Fehler, die zulasten des Antragstellers gehen, typischerweise von diesem selbst vor Gericht geltend gemacht werden, während Defizite, von denen einen Antragsteller potenziell profitiert, von der Behörde zu prüfen sind. Dies gilt auch für Rücknahme und Widerruf, hinsichtlich derer das BAMF freilich vor dem strukturellen

¹ Zur Deutung der statistischen Angaben in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke: Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2017, [BT-Drs. 19/1371](#) v. 22.3.2018, S. 38 ff. siehe *Daniel Thym*, Achillesferse Rechtsschutz, [FAZ Einspruch am 23. Mai 2018](#).

² Vgl. Art. 14 Abs. 2 RL 2013/32/EU.

³ So bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 22. Februar 2016 über den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren (sog. Asylpaket II), [Ausschuss-Drs. 18\(4\)511 D](#), S. 9 f.

Problem steht, dass die Informationen, die es benötigt, vielfach nicht von Amts wegen beschafft werden können. Insoweit gilt spiegelbildlich dieselbe Leitlinie, die **UNHCR** für das Asylverfahren ausführt: „**The relevant facts of the individual case will have to be furnished in the first place by the applicant himself.**“⁴

Aus den dargelegten Gründen ist der Gesetzentwurf grundsätzlich geeignet, die rechtsstaatliche Qualität der Asylpraxis zu erhöhen und das Vertrauen der Bevölkerung zurückzugewinnen. Der Entwurf ist kein Fremdkörper, sondern **fügt sich stimmig in systematische Struktur** des deutschen, europäischen und internationalen Asylrechts, das durchgehend der Informationsbereitstellung durch die Antragsteller eine hohe Bedeutung beimisst.

II. Kontext: dauerhaftes Bleiberecht

In der politischen Debatte wird – auch von der Bundeskanzlerin – häufig darauf verwiesen, dass das **Asylrecht eine zeitlich beschränkte Schutzgewähr** beinhalte, die grundsätzlich ende, sobald sich die Umstände im Heimatstaat geändert haben. Dies ist richtig, bedarf jedoch einer doppelten Einschränkung. *Erstens* sieht die faktische Situation häufig anders aus, weil eine schnelle Änderung der Umstände im Herkunftsstaat in vielen Fällen nicht eintritt und darüber hinaus eine Ausreisepflicht nach einem eventuellen Asylwiderruf bei Personen, die seit vielen Jahren im Inland wohnen, traditionell nur zögernd vollstreckt wird. Daher wird bereits **tatsächlich häufig keine Rückkehr** stattfinden.

Zweitens besteht auch rechtlich kein Automatismus zwischen einem Widerruf der Schutzgewährleistung sowie der Ausreisepflicht. Grund hierfür sind die Regeln über die Niederlassungserlaubnis, weil die **Fortexistenz einer Niederlassungserlaubnis nicht mehr von den Erteilungsvoraussetzungen** abhängt, sprich eine Änderung der Situation im Herkunftsland von Asylbewerbern kein Rechtsgrund für eine Aufenthaltsbeendigung mehr darstellt. Mit der Erteilung einer Daueraufenthalts- bzw. Niederlassungserlaubnis, die gleichsam eine „Staatsangehörigkeit light“ sind, kann man die Rückkehr von ehemals schutzbedürftigen Personen regelmäßig nicht mehr erzwingen.

Hieraus folgt für die Zwecke des vorliegenden Gesetzentwurfs, dass vor der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis besonders gründlich zu prüfen ist, ob der Schutzstatus fortbestehen soll. Diese Frage stellt sich bei GFK-Flüchtlingen sowie Asylberechtigten i.S.d. Art. 16a

⁴ UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol (1979), reissued 2011, [UN doc. HCR/IP/4/Eng/REV.3](#), Nr. 195.

GG erstmals **drei Jahre nach der Anerkennung**, weil dann nach § 26 Abs. 3 S. 3 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden darf, soweit das Sprachniveau C1 erreicht wurde und eine weit überwiegende Lebensunterhaltssicherung vorliegt. In anderen Fällen stellt sich die Frage **nach fünf Jahren**.⁵ Wenn ein Widerruf oder eine Rücknahme bis dahin nicht erfolgt ist und eine Niederlassungserlaubnis erst einmal erteilt ist, würde eine künftige Aufhebung regelmäßig ins Leere laufen.

Der Vollständigkeit wegen sei erwähnt, dass die deutschen Vorgaben für die Erteilung der Niederlassung trotz der teilweisen Verschärfung mit dem Integrationsgesetz weiterhin **über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehen**, also eine Niederlassungserlaubnis unter großzügigeren Voraussetzungen gewähren, als dies das Europarecht vorsieht. Insbesondere erlaubt der deutsche Gesetzgeber einen Daueraufenthalt auch dann, wenn der Lebensunterhalt teilweise von Sozialleistungen abhängt.⁶ Hieran ändert der vorliegende Gesetzentwurf nichts; es ist dies ein weiteres Beispiel dafür, dass der häufig geäußerte Vorwurf, dass das deutsche Asylrecht so streng sei, nicht stimmt.

III. Einzelfragen

1. Umfang der Verpflichtung

Die Formulierung des § 73 Abs. 3a AsylG-E kann bei einer unbefangenen Lektüre den Eindruck hinterlassen, dass künftig alle anerkannten Asylbewerber nach drei Jahren automatisch persönlich angehört werden sollen. Dies stimmt jedoch nicht. Vielmehr normiert die Neuregelung einzig eine Mitwirkungspflicht für diejenigen Fälle, in denen „nach Aufforderung durch das Bundesamt“ weitere Unterlagen oder Informationen beigelegt werden sollen. Die Neuregelung wird mithin **nicht alle anerkannten Schutzberechtigten betreffen**. Vielmehr muss das Bundesamt aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG) prüfen, ob eine Mitwirkung zweckmäßig und zielführend ist. Ob dies der Fall ist, hängt letztlich von den Umständen eines jeden Einzelfalls ab.

Hierbei liegt es nahe, gerade bei **vulnerablen Personen**, bei denen eventuell eine Retraumatisierung droht, die Notwendigkeit einer persönlichen Anhörung besonders gründlich zu prüfen. Der Gesetzentwurf führt jedenfalls nicht dazu, dass traumatisierte Personen systematisch vorgeladen würden. Wer dies behauptet, verzerrt den Inhalt.

⁵ Die Anforderungen an GFK-Flüchtlinge sowie Asylberechtigte auf der einen und subsidiär Schutzberechtigte auf der anderen Seite variieren leicht, vgl. § 26 Abs. 3 S. 1 AufenthG sowie §§ 9-9c AufenthG.

⁶ Näher *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 20. Juni 2016 über den Entwurf eines Integrationsgesetzes, [Ausschuss-Drs. 18\(11\)681](#), S. 124 f.

Allgemein muss man unterscheiden zwischen dem **Widerruf einer (rechtmäßigen) Asylentscheidung**, die vor allem bei geänderten Umständen im Heimatland in Betracht kommt (§ 73 Abs. 1 AsylG), sowie der **Rücknahme einer (rechtswidrigen) Asylentscheidung**, die so nicht hätte gefällt werden dürfen und typischerweise auf falschen oder unvollständigen Informationen beruht (§ 73 Abs. 2 AsylG).

Die Neuregelung erstreckt die Mitwirkungspflicht auf beide Konstellationen, deren relative Bedeutung immer auch von der Qualität der Asylentscheidungspraxis abhängt. Bei einem funktionierenden Asylsystem sind Rücknahmen selten, sodass eine Mitwirkung vor allem beim Widerruf wegen geänderter Umstände relevant wird. Dies wird künftig in Deutschland so sein. Aktuell ist wegen der Aufarbeitung der Flüchtlingskrise aber auch der Rücknahme inhaltlich unrichtiger Entscheidungen bedeutsam.

2. Europarechtskonformität

Für das Verständnis des Europarechts ist die **Unterscheidung zwischen dem Widerruf aufgrund geänderter Umstände sowie der Rücknahme unrichtiger Entscheidungen** gleichsam bedeutsam, wobei das Verständnis dadurch erschwert wird, dass der UNionsgesetzgeber für die beiden Konstellationen nicht durchweg dieselbe Begrifflichkeit verwendet (vgl. die in der deutschen, englischen und französischen Sprachfassung gleichermaßen nicht einheitliche Begriffsverwendung insb. in Art. 11, 14, 19 Qualifikations-Richtlinie 2011/95/EU sowie Art. 44 f. Verfahrens-Richtlinie 2013/32/EU). Hinzu tritt, dass das Europarecht durch Richtlinienbestimmungen inhaltliche Vorgaben tätigt, die teilweise abschließend sind, teilweise Rahmenregelungen darstellen und teilweise einzelne Sachgegenstände überhaupt nicht regeln. Ob hiernach das Unionsrecht inhaltliche Vorgaben tätigt, muss für jeden Sachbereich gesondert geprüft werden.⁷

Hierbei gilt als Leitlinie, dass die **Qualifikations-Richtlinie die materiellen Tatbestandsmerkmale** für den Ausschluss, den Widerruf und die Rücknahme (nach deutscher Terminologie) harmonisiert, während die **Verfahrens-Richtlinie einige prozedurale Vorgaben niederlegt**, die freilich – wie häufig bei der Verfahrens-Richtlinie – weniger feinmaschiger sind als diejenigen der Qualifikations-Richtlinie.

Dies klingt abstrakt, hat jedoch greifbare Auswirkungen, weil Art. 44 der Verfahrens-Richtlinie die Mitgliedstaaten einzig verpflichtet, bei „neuen Elementen oder Erkenntnissen“ obligatorisch ein Überprüfungsverfahren einzuleiten, ohne zu sagen, dass in anderen Fällen eine

⁷ Vgl. Kay Hailbronner/Daniel Thym, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, in: dies. (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law. Commentary, 2. Auflage (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016), [Rn. 28-36](#).

Überprüfung ausgeschlossen wäre. Die **Anlässe für allgemeine Prüfverfahren werden durch Art. 44 der Verfahrens-Richtlinie nicht harmonisiert**. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, der eine positive Prüfpflicht normiert, nicht jedoch weitergehende Prüfoptionen negativ beschränkt. Mittelbar spricht hierfür auch der aktuelle Kommissionsvorschlag, der eine generelle prozedurale Prüfpflicht „insbesondere“ bei der erstmaligen Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vorschreibt, was bei GFK-Flüchtlingen nach drei und bei subsidiär Schutzberechtigten nach einem Jahr der Fall sein soll.⁸ Hierdurch soll das Gemeinsame Europäische Asylsystem einheitlicher werden.

Aus der fehlenden Vollharmonisierung folgt nicht, dass der nationale Gesetzgeber frei wäre. Vielmehr sind die Verfahrensvorgaben des Art. 45 der Verfahrens-Richtlinie ebenso zu beachten wie die materiellen Tatbestandmerkmale der Art. 11, 14, 19 der Qualifikations-Richtlinie. Es wäre allerdings ein Missverständnis, wenn man die Vorgabe zur **staatlichen Darlegungslast nach Art. 14 Abs. 2 der Verfahrens-Richtlinie** dahingehend missverstünde, dass eine Mitwirkung bei der Aufhebung nicht verlangt werden könnte. Im Gegenteil spricht der einleitende Halbsatz mit Verweis auf Art. 4 Abs. 1 ausdrücklich von Mitwirkungspflichten,⁹ die der aktuelle Kommissionsvorschlag obligatorisch ausgestalten möchte.¹⁰ Dass der Staat eine materielle Darlegungslast besitzt, bedeutet nicht, dass er die betroffene Person prozedural nicht in die Entscheidungsfindung einbinden dürfe.

3. Gesetzesredaktion (§ 73 Abs. 3a S. 1, 2, 5 AsylG-E)

Mit Blick auf die Fachkräfteeinwanderung verfolgt die Bundesregierung richtigerweise das Ziel, das Gesetzesrecht „neu (zu) strukturieren, (zu) vereinheitlichen und (zu) vereinfachen.“¹¹ Dies wird aus strukturellen Gründen nicht umfassend gelingen. Ein **Einwanderungsrecht auf einem Bierdeckel** wird es nicht geben, weil auch für die Erwerbsmigration europarechtliche Vorgaben existieren und vielfach der politische Wunsch besteht, für bestimmte Personengruppen inhaltliche Sonderregelungen vorzugeben.¹²

⁸ Vgl. Art. 15 Buchst. b i.V.m. Art. 26 des Kommissionsvorschlags für eine Qualifikations-Richtlinie gemäß [COM\(2016\) 466](#) v. 13.7.2016, wobei diese prozedurale Prüfpflicht systematisch besser in der Verfahrens-Richtlinie hätte niedergelegt werden sollen.

⁹ Da die letztgenannte Norm die anfängliche Asylenerkennung regelt, handelt es sich nach deutscher Terminologie um einen Rechtsfolgenverweis.

¹⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 gemäß dem Vorschlag (Fn. 8).

¹¹ Bundesregierung: Eckpunkte zur Fachkräfteeinwanderung aus Drittstaaten, 2.10.2018.

¹² Hierzu *Daniel Thym*, Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen (Teil 2), [Zeitschrift für Ausländerrecht 2017, S. 361](#)w (362-364).

Auch der aktuelle **Gesetzentwurf ist unnötig kompliziert**, weil er Selbstverständlichkeiten ins Gesetz schreibt. So ergibt sich bereits aus der Verhältnismäßigkeit und der Pflicht zu einer auch verfahrensökonomischen Prüfung, dass eine Mitwirkung nur verlangt werden kann, „soweit dies für die Prüfung erforderlich und dem Ausländer zumutbar ist“ (§ 73 Abs. 3a S. 1 AsylG-E). Gleiches gilt für die Vorgabe, dass eine erneute Identitätsprüfung nur erfolgen solle, wenn die Identität zuvor nicht gesichert wurde (§ 73 Abs. 3a S. 2 HS 2 AsylG-E). Schließlich ist auch der Verweis auf die Entscheidung nach Aktenlage unter Berücksichtigung sämtlicher Tatsachen und Umstände im Lichte des Untersuchungsgrundsatzes eine Selbstverständlichkeit (vgl. § 73 Abs. 3a S. 5 AsylG-E).

Es mag **gute Gründe** geben, warum man juristische Selbstverständlichkeiten nochmals ins Gesetz schreibt. So besitzt die Ausführungen gegenüber Sachbearbeitern und Richtern eine Appellfunktion – und auch politische Sorgen vor einer restriktiven Handhabung mögen hierdurch zerstreut werden. Allein der Gesetzgeber sollte sich bewusst machen, dass diese legitimen Gründe zugleich das Ziel immer schwerer werden lassen, das Aufenthalts- und Asylrechts kurz und verständlich zu gestalten.

4. Verwaltungszwang (§ 73 Abs. 3a S. 3 AsylG-E)

Der Gesetzgeber sollte bedenken, dass die selbständige und sofortige Vollziehbarkeit eines Verstoßes gegen die Mitwirkungspflicht, etwa in Form eines Zwangsgelds nach § 11 VwVG, dazu führen könnte, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit zahlreichen Rechtsbehelfen gegen die Anordnung einer Mitwirkungspflicht befasst ist. Hintergrund ist die Regelung des § 44 S. 2 VwGO für vollstreckbare behördliche Verfahrenshandlungen. Diese scheint auf den ersten Blick für die vorliegende Konstellation eine isolierte Anfechtbarkeit zu ermöglichen. Ich empfehle daher eine nochmalige Prüfung der Neuregelung hinsichtlich **unbeabsichtigter Nebenfolgen im Verwaltungsprozess**. So könnte man erwägen, die Sanktionierbarkeit im Wege des Verwaltungszwangs nicht qua Gesetzes vorzugeben, sondern als Option für das BAMF niederzulegen, die erst durch einen verfahrensleitenden Bescheid aktiviert werden müsste, der sodann auch insolent anfechtbar wäre. Dies könnte ggfls. durch einige ergänzende Worte geschehen.

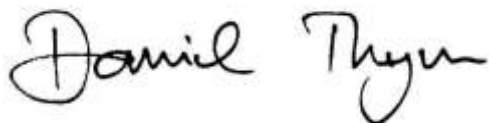
5. Berücksichtigung der verweigerten Mitwirkung (§ 73 Abs. 3a S. 6 AsylG-E)

Im Asylverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG), sodass die Verwaltung immer eigenständig die notwendigen Informationen beschaffen muss. Allerdings gehört es, wie

eingangs erwähnt, zu den strukturellen Eigenarten des Asylverfahrens, dass zahlreiche Informationen eine Mitwirkung der betroffenen Personen verlangen. Aus diesem Grund sind Mitwirkungspflichten gerade dann zweckmäßig, wenn die betroffenen Personen kein Eigeninteresse an der Bereitstellung besitzen. Dies ist bei Rücknahme und Widerruf typischerweise der Fall und wird mittelbar auch durch das **UNHCR-Handbuch** bestätigt, das die erstmalige Anerkennung ebenso regelt wie eine spätere Beendigung. Ausdrücklich wird von Mitwirkungspflichten gesprochen und ausgeführt, dass eine fehlende Sachverhaltsaufklärung zu Lasten einer Person berücksichtigt werden darf.¹³

Nun darf man den behördlichen Untersuchungsgrundsatz nach deutschem Recht und die behördliche materielle Beweislast nach Art. 14 Abs. 2 der Qualifikations-Richtlinie nicht verwechseln mit prozeduralen Darlegungslasten, die das Verfahren unterschiedlichen Personen aufbürdet. Es widerspricht nicht dem Untersuchungsgrundsatz und der materiellen Beweislast, wenn in deren Rahmen die Behörden (und Gerichte) ein unschlüssiges oder **unterbliebenes Vorbringen seitens der betroffenen Personen zu deren Lasten berücksichtigen**. Dies ist keine Eigenheit des Asylrechts, sondern gilt allgemein. Allerdings geht es nur um ein „berücksichtigen“ (§ 73 Abs. 3a S. 6 AsylG-E); eine fehlende Mitwirkung darf **nicht automatisch zu Widerruf oder Rücknahme** führen.

Konstanz, den 2. November 2018

The image shows a handwritten signature in black ink. The name 'Daniel Thym' is written in a cursive, flowing script. The 'D' is large and loops around the 'a', and the 'T' is also large and loops around the 'h'. The signature is centered on the page.

¹³ Vgl. UNHCR Handbook (Fn. 4), Nr. 105-203.