

DR. REINHARD MARX DANIELA WENDLER

- Rechtsanwälte -

RAe Dr. Reinhard Marx - Daniela Wendler - Mainzer Landstr. 127a – 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstrasse 127a  
(Eingang Rudolfstrasse)

60327 Frankfurt am Main

Telefon: 069 / 24 27 17 34

Telefax: 069 / 24 27 17 35

E-Mail: [Re.Marx@t-online.de](mailto:Re.Marx@t-online.de)

E-Mail: [D.K.Wendler@t-online.de](mailto:D.K.Wendler@t-online.de)

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben

14.01.02 14:40

## Stellungnahme

zu dem

**Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen „Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) - Drucksache 14/7387 -**

**Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes – Drucksache 14/7465 –**

**Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Guido Westerwelle u.a. und der Fraktion der FDP – Drucksache 14/3679 –**

**Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Bosbach u.a. und der Fraktion der CDU/CSU „Umfassendes Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung sowie zur Förderung der Integration jetzt vorlegen“ – Drucksache 14/6641 –**

**Antrag der Abgeordneten Dr. Guido Westerwelle u.a. und der Fraktion der FDP „>Berliner Rede< des Bundespräsidenten umsetzen – Zuwanderung nach Deutschland verbindlich regeln“ – Drucksache 14/3697 –**

**Antrag der Fraktion der PDS „Einwanderung und Flüchtlingsschutz menschenrechtlich gestalten“ – Drucksache 14/7810 –**

zur

**öffentlichen Anhörung**

**vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages**

am 16. Januar 2002

## **Gliederungsübersicht:**

<b>I.</b>	<b>Einführung</b>	<b>Seite 4</b>
<b>II.</b>	<b>Aufenthalt aus humanitären Gründen (§§ 22 bis 26 AufenthGE)</b>	<b>6</b>
1.	Erleichterung der Integration	6
2.	Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs. 1 und 2 AufenthGE	7
2.1.	Nichtstaatliche Verfolgungen (§ 60 Abs. 1 Satz 3 bis 5 AufenthGE)	9
2.1.1.	Regelungskompetenz des einfachen Gesetzgebers	9
2.1.2.	Überwiegendes Staatenpraxis zur nichtstaatlichen Verfolgung	11
2.1.3.	Keine Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs	13
2.2.	Verfolgungen wegen des Geschlechts (§ 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthGE)	14
3.	Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs. 3 AufenthGE	17
3.1.	Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 3 Satz 2 AufenthGE	17
3.2.	Überprüfung weiterer abschiebungsrechtlicher Hindernisse	21
3.3.	Überprüfung der Sperrwirkung des § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthGE	23
3.4.	Überprüfung der Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthGE	25
3.5.	Überprüfung weiterer ausländerrechtlicher Hindernisse	25
4.	Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs. 5 AufenthGE	26
4.1.	In Betracht kommende Fallgestaltungen	26
4.2.	Wegfall des Duldungssystems	26
4.3.	Begriff des „nicht nur vorübergehenden“ Ausreisehindernisses	28
4.4.	Überprüfung des schutzbedürftigen Personenkreises	29
4.5.	Überprüfung weiterer ausländerrechtlicher Hindernisse	30
4.6.	Prüfung einer >>Härtefallregelung<< für außergewöhnliche Fälle	30
<b>III.</b>	<b>Aufenthalt aus familiären Gründen (§§ 27 bis 36 AufenthGE)</b>	<b>31</b>
1.	Vorbemerkung	31
2.	Allgemeine Nachzugsvoraussetzungen (§ 27 AufenthGE)	31
3.	Familiennachzug zu Deutschen (§ 27 AufenthGE)	32
4.	Familiennachzug zu Ausländern (§ 29 AufenthGE)	33

4.1.	Erleichterung	des Familiennachzugs	33
4.2.	Familiennachzug zu Abschiebungsschutzberechtigten nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthGE		34
4.3.	Ausschluss des Familiennachzugs (§ 29 Abs. 3 Satz 2 AufenthGE)		35
5.	Ehegattennachzug (§ 30 AufenthGE)		37
6.	Kindernachzug (§ 32 AufenthGE)		37
<b>IV.</b>	<b>Ausweisungsschranken zugunsten „faktischer Inländer“</b>		<b>39</b>
<b>V.</b>	<b>Weitere ausländerrechtliche Regelungen</b>		<b>43</b>
1.	Zurückweisungsverbot (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AufenthGE)		43
2.	Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 39 ff. AufenthGE)		44
3.	Passbeschaffung		45
4.	Wiedereinreiseanspruch von Flüchtlingen (§ 51 Abs. 7 AufenthGE)		46
5.	Verfahrensrechtliche Fragen (§ 77 Abs. 1, § 81 Abs. 3, 83 AufenthGE)		46
<b>VI.</b>	<b>Asylverfahren</b>		<b>47</b>
1.	Einführung neuer asylverfahrensrechtlicher Strukturelemente		47
1.1.	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (§ 75 AufenthGE)		47
1.2.	Gewährleistung einer einheitlichen Entscheidungspraxis		48
1.2.1.	Notwendigkeit einheitlicher und unverzüglicher Statusentscheidungen		48
1.2.2.	Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten und Weisungsunabhängigkeit der Einzelentscheider		49
1.2.2.1.	Unvertretbarkeit der Glaubwürdigkeitsprüfung		49
1.2.2.2.	Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung		51
1.2.2.3.	Gewährleistungspflicht einheitlicher Statusentscheidungen		52
1.2.3.	Beseitigung der Institution des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten		53
2.	Verbesserung des Verwaltungsverfahrens		54
3.	Verletzung der Mitwirkungspflichten nach §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 und 23 Abs. 1 AsylVfG		56
4.	Flughafenverfahren (§ 18a AsylVfG)		57
5.	Nachfluchtgründe im Asylfolgeantragsverfahren (§ 28 Abs. 2 AsylVfGE)		60
6.	Familienstatus für Konventionsflüchtlinge		62
7.	Obligatorische Widerrufs(an)prüfung (§ 73 Abs. 2a AsylVfGE)		62
8.	Gesetzliche Verankerung des Entscheidungsstopps (§ 11a AsylVfGE)		65
9.	Asylfolgeanträge (§ 71 Abs. 5 Satz 1 AsylVfGE)		66

## **I. Einführung**

Diese Stellungnahme behandelt vorrangig die humanitären Aspekte der gesetzlichen Vorschläge, die aus dem öffentlichen Diskurs über die Zuwanderung hervorgegangen sind. Entsprechend dieser Zielsetzung steht der Gesetzentwurf der Regierungskoalition zur Zuwanderung im Zentrum der nachfolgenden Anmerkungen<sup>1</sup>. Im Nachfolgenden werden deshalb vorrangig die Regelungen zur aufenthaltsrechtlichen Gestaltung der Zuwanderung aus humanitären Gründen (Kapitel 2 Abschnitt 5, Kapitel 5 Abschnitt 2), zur Familienzusammenführung (Kapitel 2 Abschnitt 6), zur Sicherung des Aufenthaltsrechts „faktischer Inländer“ (§ 35, § 56) sowie schließlich eine Reihe von ausländer- und asylverfahrensrechtlichen Bestimmungen, die in diesem Bereich relevant sind, behandelt.

Der Gesetzentwurf der Regierungskoalition weist gegenüber seinem Vorläufer, dem Referentenentwurf vom 3. August 2001, eine Reihe von erheblichen Verbesserungen auf. Der vielgestaltigen und vehementen Kritik am Referentenentwurf ist ganz offensichtlich im weiten Umfang durch eine Reihe von verbesserten Regelungsvorschlägen Rechnung getragen worden. Es ist eine nicht gering zu schätzende Hervorbringung des Zuwanderungsdiskurses, dass sich gerade am Beispiel einer der Grundfragen der Gesellschaft erweist, dass das politische System der Bundesrepublik Deutschland offen für den pluralistischen öffentlichen Diskurs ist und gesellschaftliche und politische Diskussionen nicht in voneinander getrennten, nicht miteinander kommunizierenden Röhren geführt werden.

Der Gesetzentwurf der Regierungskoalition versucht, wirtschaftliche Erfordernisse mit humanitären Verpflichtungen im Einklang zu bringen. Aus kirchlicher Sicht wird allerdings bei grundsätzlicher Anerkennung der weitreichenden Verbesserungen des Gesetzentwurfs „die Benachteiligung von Menschen, die aus humanitären Gründen aufenthaltsberechtigt sind, gegenüber denjenigen Ausländern, die etwa zum Zweck der Erwerbstätigkeit nach Deutschland gekommen sind“, kritisiert. Diese Kritik entzündet sich insbesondere an „so wichtigen Bereichen wie den Familiennachzug, die Erwerbstätigkeit, die Integrationshilfen und die Verfestigung des Aufenthaltsrechts“<sup>2</sup>. Diese Kritik erscheint nicht gänzlich unberechtigt, stellt die gesetzliche Begründung

---

<sup>1</sup> Paragraphenangaben ohne Hinweis auf den dazu gehörenden Gesetzesentwurf beziehen sich auf die Drucksache 14/7387.

<sup>2</sup> Vorsitzender der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Karl Lehmann, Interview in der Süddeutschen Zeitung vom 19. Dezember 2001.

doch die „Politik der systematischen Qualifizierung und Ausschöpfung des in Deutschland verfügbaren Potenzials an Erwerbspersonen“ in technologisch hoch entwickelten Bereichen in den Vordergrund. Dabei soll das Aufenthaltsgesetz in Reaktion auf den international „steigenden Wettbewerbsdruck“ und den sich „beschleunigenden Wandel in der Arbeitswelt hoch qualifizierter Arbeitskräfte“ die hierfür angemessenen Regulierungs- und Steuerungsinstrumente bereitstellen (Entwurfsbegründung, S. 55). Ihren Ausdruck findet die damit gewollte Privilegierung der Eliten etwa in der Niederlassungserlaubnis für Hochqualifizierte nach § 19 Abs. 1 und im Kindernachzug nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 und 3.

Es ist sicherlich das legitime Interesse des Staates, zur Schaffung der wirtschaftlichen Voraussetzungen des gesellschaftlichen Lebens die erforderlichen ausländerrechtlichen Instrumente zu entwickeln. Auffällig ist dennoch, dass in der Begründung des Gesetzentwurfs einseitig die nationalen Wirtschaftsinteressen betont werden (S. 55 – 57). Demgegenüber verschweigt der Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ die mit der Elitenmigration verbundenen negativen, unter dem Stichwort des „brain drain“ diskutierten Folgen für die ökonomischen Systeme der Herkunftsländer nicht und verbindet migrationspolitische Vorschläge mit der Erwartung, dass sich durch die Rückkehrer der Nutzen für die Herkunftsländer signifikant erhöhen werde<sup>3</sup>. Die einseitige Hervorhebung nationaler Interessen im Gesetzentwurf der Regierungskoalition fällt gegenüber der in der Vergangenheit in der Einbürgerungs- und Ausländerpolitik starr angewendeten Maxime des Vorrangs entwicklungspolitischer Grundsätze ins Auge, weil diese gegen individuelle Verfestigungsansprüche selbst dann noch mit besonderem Nachdruck verteidigt wurde, wenn bereits eine Integration vollzogen war.

Wie eingangs erwähnt, konzentrieren die nachfolgenden Ausführungen sich jedoch nicht auf die migrationspolitischen, sondern auf die juristischen Aspekte der humanitären Zuwanderung im Gesetzentwurf der Regierungskoalition. Die umstrittene Frage, ob Zuwanderung erwünscht ist, bereits stattfindet oder begrenzt werden soll, ist vorrangig eine politische und keine juristische Frage<sup>4</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich dementsprechend auf die Behandlung rechtlicher Fragen. Während deutliche Verbesserungen der humanitären Regelungskomplexe gegenüber dem

---

<sup>3</sup> Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“, S. 80 – 82.

<sup>4</sup> S. hierzu Bundesrat, Drucksache 921/1/01, S. 2 f., vom 13. Dezember 2001, 208. Sitzung des deutschen Bundestages, 14. WP, S. 20507 ff.

Referentenentwurf ausdrücklich anerkannt werden, bleiben dennoch eine Reihe von Kritikpunkten. Insoweit sollten die getroffenen politischen Abwägungen noch einmal überdacht und dabei überprüft werden, ob in Einzelfragen humanitären Erwägungen nicht stärkeres Gewicht eingeräumt werden sollte.

## **II. Aufenthalt aus humanitären Gründen (§§ 22 bis 26 AufenthGE)**

### *1. Erleichterung der Integration*

Der Gesetzentwurf nimmt es mit der Integration der Personen, die aus humanitären Gründen dauerhaft nicht abgeschoben werden dürfen, ernst und gewährleistet bzw. ermöglicht grundsätzlich die Erteilung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis für diesen Personenkreis (§ 25). Allerdings bedarf insbesondere § 25 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 einer Überprüfung. Es erscheint auch sinnvoll, aufenthaltsrechtliche Ansprüche für Asylberechtigte und Flüchtlinge nicht mehr im AsylVfG, sondern ausschließlich im AufenthG zu regeln. Das integrationshemmende System der §§ 55 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 in Verb. mit § 30 Abs. 3 und 4 AuslG wird zu Recht abgeschafft, da es sich in der Praxis nicht bewährt hat. Ob das auch die vollständige Aufhebung der Duldungsvorschriften rechtfertigt, wird weiter unten behandelt. An die Stelle der §§ 68, 70 AsylVfG, § 30 AuslG tritt das differenzierende System des § 25. Dadurch, dass in § 60 Abs. 1 Satz 3 – 5 und § 25 Abs. 2 Satz 2 abweichend vom Referentenentwurf die nichtsstaatliche sowie in § 60 Abs. 1 Satz 1 und § 25 Abs. 2 Satz 1 die Verfolgung wegen des Geschlechts geregelt wird, verliert die Kritik an der Vorschrift des § 25 Abs. 3 zwar deutlich an Gewicht. Bedenken bestehen aber insbesondere gegen die Vorschrift des § 25 Abs. 5.

Es ist insbesondere die besonders starke Verfestigungsregelung in § 26 Abs. 3 für Asylberechtigte und Flüchtlinge zu begrüßen. Da die Vorschrift nicht auf § 9 Abs. 2 verweist, steht dem Rechtsanspruch auf Erteilung der Niederlassungserlaubnis die fehlende wirtschaftliche Integration nicht entgegen. Dies ergibt sich auch aus § 5 Abs. 3. In der Begründung heißt es ausdrücklich, dass den betroffenen Personen dadurch „*die Perspektive für eine dauerhafte Lebensplanung in Deutschland eröffnet*“ werde (S. 75). Die Vorschrift schafft damit die rechtlichen Voraussetzungen für die wirtschaftliche und soziale Integration von Personen, die aus humanitären Gründen verbleibsberechtigt sind, und kehrt damit die für die traditionelle Arbeitsmigration maßgebende ausländerpolitische Maxime, dass erst die wirtschaftliche Integration die rechtliche nach

sich zieht, um. Nicht gerechtfertigt erscheint die weiterhin durch § 26 Abs. 4 aufrechterhaltene Erschwerung der Verfestigung für Personen, die Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2 – 7 genießen. Wenn nach sieben Jahren das Abschiebungsverbot weiterhin besteht, erscheint die Eröffnung der Perspektive einer dauerhaften Lebensplanung unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Nr. 2 bis 9 unangemessen. Dies widerspricht auch dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Richtlinie über Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte, die bei der Regelung der Rechtsstellung grundsätzlich gleich behandelt werden sollen:

*>>In § 26 Abs. 4 Satz 1 sollte daher der letzte Halbsatz gestrichen werden.<<*

Eine Verschlechterung gegenüber den bisherigen Regelungen in § 35 Abs. 1 Satz 3 AuslG bedeutet die Regelung in § 26 Abs. 4 Satz 2, weil die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 in vielen Fällen nicht nahtlos an die Feststellung des Abschiebungshindernisses anschließt.

*Deshalb sollten in die Anrechnungsregel Zeiten des Besitzes einer Bescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4 in Anknüpfung an § 35 Abs. 1 Satz 3 AuslG einbezogen werden.*

## *2. Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs. 1 und 2 AufenthGE*

Asylberechtigte und Flüchtlinge erhalten wie auch nach geltendem Recht einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (§ 25 Abs. 1 und 2). Soweit der Bundesrat empfiehlt, die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für Flüchtlinge davon abhängig zu machen, dass eine Ausreise oder Abschiebung in einen anderen Staat aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist<sup>5</sup>, so hat das Bundesamt diese Frage bereits nach § 60 Abs. 10 Satz 2 (jetzt § 51 Abs. 4 Satz 2 AuslG) geprüft und verneint und fehlt der vollziehenden Behörde die Sachkompetenz für die Prüfung dieser Frage. Nach der derzeit geübten Verwaltungspraxis unterlässt deshalb das Bundesamt die Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG, wenn es keinen aufnahmebereiten Drittstaat gemäß § 51 Abs. 4 Satz 2 AuslG bezeichnen kann, mit der Folge, dass die Aufenthaltsbefugnis nach § 70 Abs. 1 AsylVfG erteilt wird<sup>6</sup>. Dieser

---

<sup>5</sup> Bundesrat, Drucksache 921/1/01, S. 38.

<sup>6</sup> S. hierzu im Einzelnen Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, § 34 Rdn. 12 f.

Praxis trägt die Formulierung des § 25 Abs. 2 Rechnung. Im Übrigen enthält der Vorschlag des Bundesrates im Vergleich zu § 70 Abs. 1 AsylVfG eine Verschärfung und lässt offen, wie lange die vollziehende Behörde Ausschau nach Drittstaaten halten kann.

In Abweichung vom Referentenentwurf wird durch die Erweiterung des § 60 Abs. 1 um nichtstaatliche und um Verfolgungen wegen des Geschlechts einer traditionellen Forderung der Kirchen und Wohlfahrtsverbände Rechnung getragen. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Die bisher gegen den bezeichneten Vorschlag des Entwurfs geäußerte Kritik geht dahin, die Erweiterung des Personenkreises des § 25 Abs. 2 wirke dem Ziel der *Zuwanderungsbegrenzung* entgegen. In aller Regel räumt diese Kritik andererseits aber zugleich ein, dass man die betroffenen Personen nicht abschieben dürfe. Da man diesen Personen ohnehin Schutz gewähren muss, erscheint es geboten, in Übereinstimmung mit der überwiegenden Staatenpraxis für diese Frage die Lösung über das Flüchtlingsrecht zu wählen.

Kritisch anzumerken ist indes, dass weder der Entwurf des AufenthaltG noch das AsylVfG im Gegensatz zu § 28 Nr. 1 AuslG 1965 den Personenkreis nach Art. 1 GFK ausdrücklich einbezieht. Statt dessen belässt es der Wortlaut des § 60 Abs. 1 Satz 1 wie auch der des geltenden § 51 Abs. 1 AuslG bei einer Wiedergabe des Art. 33 Abs. 1 GFK, ohne dies ausdrücklich offen zu legen. Lediglich § 2 Abs. 1 und § 3 AsylVfG verweisen im deutschen Recht auf die Rechtsstellung nach der GFK. Es ist deshalb angezeigt, im Rahmen der Grundsatzreform des Ausländer- und Asylrechts die GFK vollständig in das deutsche Recht und damit auch den Personenkreis nach Art. 1 GFK ausdrücklich einzubeziehen. Damit würde der Gesetzgeber für die Auslegung der Bestimmungen der GFK nach Maßgabe der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze ein klares Signal geben und krampfhaft anmutenden Versuchen, einen völkerrechtlichen Vertrag nach besonderen innerstaatlichen Vorschriften auszulegen<sup>7</sup>, den Boden entziehen.

---

<sup>7</sup> So ausdrücklich BVerwGE 95, 42 (51 f.); hiergegen Johannes Masing, Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, in: Offene Staatlichkeit, Festschrift für Ernst-

## 2.1. Nichtstaatliche Verfolgungen (§ 60 Abs. 1 Satz 3 bis 5 AufenthGE)

### 2.1.1. *Regelungskompetenz des einfachen Gesetzgebers*

Der Referentenentwurf berücksichtigte nichtstaatliche Verfolgungen nicht. Diese Frage ist in der öffentlichen Diskussion heftig umstritten. So hat sich der Bundesrat z. B. gegen eine Erstreckung des Aufenthaltsschutzes auf Opfer von geschlechtsspezifischen und nichtstaatlichen Verfolgungen ausgesprochen<sup>8</sup>. Es ist deshalb eine besonders ausführliche Stellungnahme hierzu angezeigt. Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber die Kompetenz besitzt, auf einfachgesetzlicher Ebene diese Frage zu regeln. Nur für den Gegenstandsbereich des Art. 16a Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht der *staatlichen Verfolgung* ein besonderes Gewicht eingeräumt<sup>9</sup>. Es hat zwar erst kürzlich in der Entscheidung zu Afghanistan diese Rechtsprechung bekräftigt, doch deren extensive Überdehnung durch das zuständige Revisionsgericht deutlich gerügt. Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht die mit der Verfassungsbeschwerde zur Prüfung gestellte Frage, ob der „durch § 51 Abs. 1 AuslG übernommene Begriff der Verfolgung im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention nach deren eindeutiger Entstehungsgeschichte und Zielsetzung nicht erfordere, dass die Verfolgung von der Regierung ausgehe oder geduldet werde, sondern allein auf den Wegfall des staatlichen Schutzes abstelle, worauf er auch immer beruhe“, als unerheblich bezeichnet, weil es im konkreten Fall die Entscheidung allein anhand des verfassungsrechtlichen Begriffs der politischen Verfolgung zu treffen vermochte<sup>10</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus in einer früheren Entscheidung festgestellt, dass die Voraussetzungen des Asylrechts nur teilweise identisch mit denen des Abschiebungsschutzes nach § 51 Abs. 1 AuslG seien<sup>11</sup>. Anders als das Bundesverwaltungsgericht vermeidet das Bundesverfassungsgericht danach eine Auslegung und Anwendung des konventionsrechtlichen Begriffs der Verfolgung nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Verfolgungsbegriffs. Dem Gesetzgeber steht damit

---

Wolfgang Böckenförde, Rolf Grawert (Hrsg.), 1996, S. 51, 61; Reinhard Marx, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung, § 33 Rdn. 11 - 16.

<sup>8</sup> Bundesrat, Drucksache 921/1/01, Empfehlung Nr. 5.2.

<sup>9</sup> BVerfGE 80, 315 (334), zur identischen Vorläufernorm des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG.

<sup>10</sup> BVerfG (Kammer), InfAuslR 2000, 521 (522, 524).

<sup>11</sup> BVerfG (Kammer), NVwZ 1993, 465 (466); s. auch BVerfG (Kammer), NVwZ 1994, 60 (60 f.).

die Kompetenz zu, abweichend von der zu Art. 16a Abs. 1 GG entwickelten Rechtsprechung zum Begriff der „*politischen Verfolgung*“, auf einfachgesetzlicher Ebene einem an der GFK orientierten Ansatz den Vorzug zu geben.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass der früher für das Asylrecht zuständige neunte Senat des Bundesverwaltungsgerichtes seine von der überwiegenden Staatenpraxis abweichende Interpretation des Flüchtlingsbegriffs nach Art. 1 A Nr. 2 GFK damit begründet hat, dass der deutsche Gesetzgeber bei Übernahme der ansonsten nicht geänderten Vorschrift des § 14 Abs. 1 AuslG 1965 die Vorschrift des § 51 AuslG mit einer den Begriff „*politische Verfolgung*“ enthaltenden Überschrift versehen und in § 51 Abs. 2 Satz 2 AuslG die in § 51 Abs. 1 AuslG geregelten Fälle als Situationen „*politischer Verfolgung*“ gekennzeichnet habe. Dadurch habe er das Element der „*Staatlichkeit*“ der Verfolgung herausgehoben<sup>12</sup>. Ob der Gesetzgeber des AuslG 1990 tatsächlich so bewusst gehandelt hat, begegnet Zweifeln. Diese Zweifel werden vom früheren ersten Senates des Bundesverwaltungsgerichtes geteilt. Nach seiner Rechtsprechung ist § 51 Abs. 1 AuslG so auszulegen und anzuwenden, dass er mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr. 2 GFK übereinstimmt<sup>13</sup>. Es geht damit um die Auslegung und Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages, der im Lichte der allgemeinen Regeln und Grundsätze des Völkerrechts auszulegen und anzuwenden ist<sup>14</sup>. Eine wohl eher beiläufig verwendete Begrifflichkeit des deutschen Gesetzgebers kann deshalb die Auslegungsgrundsätze des Art. 31 VWK nicht beiseiteschieben. Erfreulicherweise vermeidet § 60 deshalb auch den Hinweis auf den Begriff der politischen Verfolgung.

Zugleich hat der frühere neunte Senat des Bundesverwaltungsgerichtes den für die Diskussion dieser Frage wichtigen Hinweis gegeben, dass das Bundesverwaltungsgericht sich bei seiner Interpretation und Auslegung des § 51 Abs. 1 AuslG durch den deutschen Gesetzgeber gebunden fühle. Es steht damit dem Gesetzgeber frei, für die Auslegung und Anwendung von § 51 Abs. 1 AuslG (§ 60 Abs. 1 AufenthGE) Kriterien vorzugeben, die mit der überwiegenden Staatenpraxis übereinstimmen. Der Vorschlag in § 60 Abs. 1 Satz 3 bis 5 AufenthGE steht darüber hinaus mit Art. 11 Abs. 2 a) des Vorschlags der Kommission der Europäischen

---

<sup>12</sup> BVerwGE 95, 42 (50).

<sup>13</sup> BVerwGE 89, 296 (301).

Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen und Staatenlose als Flüchtlinge vom 12. September 2001 im Einklang, sodass bei einem Inkrafttreten des § 60 Abs. 1 AufenthG in der vorgeschlagenen Form keine unnötigen Konflikte zwischen dem deutschen und dem in der Entwicklung begriffenen Gemeinschaftsrecht auftreten würden. Danach erhält den Flüchtlingsstatus, wer eine Verfolgung aus Gründen der Konvention durch nichtstaatliche Gruppen befürchtet, wenn der Herkunftsstaat „*nicht in der Lage oder nicht willens ist, wirksamen Schutz zu bieten.*“ Diese Formulierung stimmt mit der Ratio von § 60 Abs. 1 Satz 4 und 5 AufenthGE überein.

### 2.1.2. Überwiegende Staatenpraxis zur nichtstaatlichen Verfolgung

Nach der überwiegenden Staatenpraxis<sup>15</sup> haben sich zur Behandlung von Verfolgungen durch nichtstaatliche Personen und Gruppen folgende Grundsätze herausgebildet: Ist der Staat im konkreten Einzelfall schutzunfähig, wird der Flüchtlingsstatus gewährt, wenn der Antragsteller eine begründete Furcht vor Verfolgung durch nichtstaatliche Kräfte aus den Gründen der Konvention geltend machen kann. Die Schutzunfähigkeit gegenüber Verfolgungen durch nichtstaatliche Gruppierungen kann verschiedene Gründe haben. Sie kann darauf beruhen, dass staatliche Strukturen nicht mehr existieren oder der noch existierende Staat in seiner Funktionsfähigkeit einschneidend beeinträchtigt ist. In beiden Fällen gewährt der Staat gegen Übergriffe durch private Dritte keinen effektiven Schutz und wird deshalb der Flüchtlingsstatus gewährt. Zwar wird in der Staatenpraxis grundsätzlich von der Schutzfähigkeit des Staates ausgegangen, dem Flüchtling indes im konkreten Einzelfall die Widerlegungsmöglichkeit eingeräumt, für die er klare und überzeugende Gründe angeben muss. Bestehen keine staatlichen Strukturen mehr, bedarf es eines derartigen Nachweises nicht<sup>16</sup>. Diese entspricht auch der Praxis etwa in Australien, Belgien, Neuseeland, in den Niederlanden, in Österreich und im Vereinigten Königreich<sup>17</sup>. An diese Staatenpraxis knüpft die Prüfungsanleitung in § 60 Abs. 1 Satz 4 an. Danach ist den

---

<sup>14</sup> BVerfGE 46, 342 (361).

<sup>15</sup> S. hierzu im Einzelnen die beigelegte Anlage zur Staatenpraxis zur nichtstaatlichen Verfolgung.

<sup>16</sup> Canadian Immigration and Refugee Board, Guidelines issued by the Chairperson on “Civilian Non-Combatants fearing Persecution in Civil War Situations”, 1996, S. 12, mit Verweis auf Supreme Court of Canada, Entscheidung vom 30. Juni 1993 – Nr. 21937 – *Ward*.

<sup>17</sup> S. hierzu Anlage, § 33 Nr. 22, 26, 57, 61, 71 und 89.

Gründen nachzugehen, aus denen der Antragsteller in seinem Heimatstaat keinen effektiven Schutz gegen Verfolgungen durch Private erhalten kann.

Mit diesen Grundsätzen steht die deutsche Rechtsprechung nicht in Übereinstimmung. Danach besteht die „die *Zurechenbarkeit* begründende *Schutzunfähigkeit* oder *Schutzunwilligkeit nicht bereits* dann“, „*wenn in dem zu beurteilenden Einzelfall effektiver staatlicher Schutz nicht gewährleistet worden ist, obwohl dies möglich gewesen wäre*“. Vielmehr seien private Übergriffe erst dann dem Staat zuzurechnen, wenn er hiergegen *grundsätzlich keinen effektiven Schutz* leiste<sup>18</sup>. Entgegen dem internationalen Standard darf die Behörde danach nicht berücksichtigen, ob der Antragsteller im konkreten Einzelfall Zugang zum staatlichen Schutzsystem gehabt und Schutz beantragt hatte und dieser versagt wurde. Maßgebend ist ausschließlich ein generell-abstrakter Maßstab. Hat der Staat generell zureichende Vorkehrungen zur Eindämmung privater Gewalt getroffen, dürfen die konkreten Umstände für die Schutzversagung im Einzelfall nicht berücksichtigt werden. Erst die *Komplizenschaft* des Staates mit dem verfolgenden Dritten in einem konkreten Einzelfall begründet damit nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes die Zurechnung staatlicher Schutzversagung gegenüber privaten Verfolgungen<sup>19</sup>.

Mit diesem Ansatz verfehlt die deutsche Rechtsprechung nicht nur den Ansatz der Schutztheorie<sup>20</sup>, sondern selbst den der Zurechnungslehre. Denn nach allgemeinem Völkerrecht ist der auf der Zurechnungstheorie beruhende Standard des *due diligence*<sup>21</sup> nicht abstrakt, sondern konkret unter Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten des Einzelfalles zu beurteilen. Danach haben die Staaten im konkreten Einzelfall die erforderlichen Maßnahmen gegen Verletzungen der Rechte der ihrer Obhut unterstehenden Personen zu ergreifen. Eine lediglich abstrakt-generelle Betrachtungsweise wird diesen internationalen Verpflichtungen nicht gerecht<sup>22</sup>. Es ist vor diesem Hintergrund nur folgerichtig, dass das House of Lords des Vereinigten

---

<sup>18</sup> BVerwG, NVwZ 1996, 85; BVerwG, NVwZ 1995, 391 (392).

<sup>19</sup> BVerwGE 95, 42 (49).

<sup>20</sup> Die Differenzierung in *Schutztheorie* und *Zurechnungslehre* geht zurück auf die Studie der Universität von Nijmegen, *Persecution by Third Parties, Ben Vermeulen, Thomas Spijkerboer, Karin Zwaan, Roel Fernhout*, Auftragsstudie des niederländischen Justizministeriums, 1998, S. 11 ff.

<sup>21</sup> Siehe hierzu Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1989, 157 (§ 172) – *Velasques Rodriguez*.

Königreichs in der Frage der Verfolgung durch nichtstaatliche Täter die Bundesrepublik Deutschland nicht als sicheren Staat ansieht<sup>23</sup> und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in dieser Frage eine *offensichtliche Schutzlücke* in der Rechtsordnung der Bundesrepublik nicht übersehen konnte, die durch § 53 Abs. 6 AuslG nur unzulänglich geschlossen werde<sup>24</sup>.

### 2.2.3. Keine Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs

Die Kritiker der Anerkennung von nichtstaatlichen Verfolgungen befürchten eine nicht vorhersehbare Erweiterung der Aufnahmeverpflichtung aus humanitären Gründen. So kritisiert etwa der Bundesrat, die „Aufwertung“ einzelner Flüchtlingsgruppen werde in den Herkunftsländern als verfehltes Signal verstanden<sup>25</sup>. Dem halten die Befürworter entgegen, es werde endlich eine bislang im deutschen Recht bestehende Schutzlücke für tatsächlich schutzbedürftige Personen geschlossen. Eine mittlere, auch vom Bundesinnenminister<sup>26</sup> vertretene Position geht dahin, dass keine Schutzlücke, sondern lediglich eine Statuslücke geschlossen werde. Die Position der Kritiker ist schon deshalb nicht überzeugungskräftig, weil diese selbst betonen, auch sie wollten Schutzbedürftige nicht abschieben, die durch nichtstaatliche Gruppen Verfolgte sollten aber keinen Flüchtlingsstatus, sondern lediglich Schutz nach dem Ausländerrecht erhalten. Damit räumen aber auch die Kritiker ein, dass es nicht um eine Erweiterung der humanitären Aufnahmeverpflichtung geht, sondern allein um die Frage der Statusverbesserung. Die befürchtete Sogwirkung wird empirisch nicht nachgewiesen. Es entspricht jedoch eher der geschichtlichen Erfahrung, dass die Flucht und das Fluchtziel von der Verfolgungsfurcht und den bestehenden Bindungen im erwünschten Fluchtland und nicht von der juristischen Anerkennung bestimmter Verfolgungsgründe geprägt wird.

Da die überwiegende Staatenpraxis insoweit eine klare Position entwickelt hat und die betroffenen Personen ohnehin im Bundesgebiet bleiben, ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigt, dass die Bundesrepublik weiterhin wie in der Vergangenheit sich der

---

<sup>22</sup> Reinhard Marx, The Notion of Persecution by Non-State Agents in German Jurisprudence, in: The Changing Nature of Persecution, International Association of Refugee Law Judges (Hrsg.), 2001, Seite 60, 64.

<sup>23</sup> House of Lords, Entscheidung vom 19. Dezember 2000, International Journal of Refugee Law 2000, 202 – *Adan and Aitseguer*; so bereits die Vorinstanz, Court of Appeal, NVwZ-Beil. 2000, 58.

<sup>24</sup> EGMR, InfAuslR 2000, 321 (325) – *T.I.*

<sup>25</sup> Bundesrat, Drucksache 921/1/01, S. 38; s. auch BT, 14. WP S. 20507 ff.

überwiegenden Staatenpraxis entgegenstellt. Vielmehr ist zu begrüßen, dass das Inkrafttreten des § 60 Abs. 1 Satz 3 bis 5 AufenthGE die Entwicklung zu einer gewohnheitsrechtlichen Regel in dieser Frage stark befördern würde.

Schließlich ist zu bedenken, dass eine Anerkennung nichtstaatlicher Verfolgungen auch weitreichende Folgen für die *Praxis der Tatsachenfeststellungen* haben würde. Weil Einzelentscheider und Verwaltungsrichter den durch staatliche Instanzen geprägten Verfolgungstypus im Blick haben, geraten häufig die völlig anders gearteten, durch nichtstaatliche Verfolger angewendeten Verfolgungsmuster aus dem Blickfeld und werden sie von den in aller Regel durch die Darlegungslasten intellektuell überforderten und darüber hinaus in fremder Umgebung zumeist eingeschüchterten Antragstellern nicht mit der gebotenen Überzeugungsstärke und Präzision geltend gemacht. Die Vermutung liegt deshalb nahe, dass in der Vergangenheit vielen Schutzbedürftigen der gebotene Schutz versagt wurde, weil die zugrundeliegenden durch private Täter geprägten Verfolgungsmuster wegen der Fixierung auf staatliche Repressionsmethoden aus strukturellen Gründen nicht ermittelt werden konnten.

Der Gesetzentwurf übernimmt aus guten Gründen nicht die Zurechnungslehre des Rechtsprechung. Seit Auflösung der statischen Staatenordnung im Zeitalter der globalen Bipolarität haben sich wesentliche Veränderungen und damit einhergehend ein Wandel in den Rechtsauffassungen entwickelt, der auch die Asylstaaten zwingt, traditionelle Rechtspositionen kritisch zu überprüfen. Dazu gehört insbesondere der sich seit 1989 herausbildende Bedeutungswandel, der die Position des Individuums im Völkerrecht betrifft. Die menschenrechtliche Entwicklung seit diesem Zeitpunkt ebenso wie die internationale Verantwortlichkeit des Individuums, wie sie seitdem in einer bis 1989 nicht vorstellbaren Entwicklung im Völkerstrafrecht hervorgebracht wurde, lassen eine in den Traditionen des deutschen Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts befangene staatsfixierte Verkürzung des Flüchtlingsschutzes als historisches Relikt erscheinen.

## 2.2. *Verfolgungen wegen des Geschlechts (§ 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthGE)*

Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 sind auch Verfolgungen wegen des Geschlechts zu berücksichtigen. Der Entwurf knüpft offensichtlich an die Rechtsprechung des

---

<sup>26</sup> BT, 14. WP, 208. Sitzung, S. 20507, 20512.

Bundesverwaltungsgerichts an, das in zwei neueren Entscheidungen eher beiläufig festgestellt hat, asylrechtlicher Anknüpfungspunkt könnte auch die „*Verfolgung wegen des Geschlechts*“ sein<sup>27</sup>. Zwar ist die Klarstellung durch den Gesetzgeber in dieser zentralen Frage des Flüchtlingsrechts zu unterstützen. Eine Lösung über den Verfolgungsgrund der „*Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe*“ (Art. 1 A Nr. 2 GFK) erscheint jedoch ungeachtet dessen nicht zuletzt auch deshalb angezeigt, weil die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung in diese Richtung geht.

Insbesondere in der angelsächsischen Rechtsprechung wird für geschlechtsspezifische Verfolgungsformen („*gender-related persecution*“) der Weg über den Verfolgungsgrund der „*Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe*“ nach Art. 1 A Nr. 2 GFK gewählt. Dieser Verfolgungsgrund wird auch in § 60 Abs. 1 Satz 1 bezeichnet. Inzwischen ist im internationalen Diskurs weithin anerkannt, dass die Definition des Flüchtlingsbegriffs geschlechtsspezifische Verfolgungen umfasst. Text, Ziel und Zweck der Konvention erfordern danach eine geschlechtsspezifische Fragen einschließende Interpretation des Verfolgungsgrundes der „*Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe*“<sup>28</sup>. In der US-amerikanischen, australischen, britischen, kanadischen und neuseeländischen Rechtsprechung prägt den Begriff der sozialen Gruppe ein doppelter Ansatz, einerseits die *unveränderbaren Merkmale* und andererseits die *fundamentalen Menschenrechte*, deren Verzicht nicht verlangt werden kann. Inzwischen ist geklärt, dass der zunächst in der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelte Ansatz, demzufolge die Mitglieder der sozialen Gruppe ein „gemeinsames unveränderbares Merkmal“ teilen müssen<sup>29</sup>, zu eng ist. Vielmehr haben die US-Berufungsgerichte die weitergehende Interpretation entwickelt, die für die Gruppe kein gemeinsames inneres Band fordert.

Wegweisend ist insoweit die Entscheidung des House of Lords des Vereinigten Königreichs *Islam and Shah*, in der die Lordrichter den Fall pakistanischer Frauen zu beurteilen hatten, die von ihren Ehemännern verstoßen und des Ehebruchs beschuldigt worden waren, sodass diese für den Fall der Rückkehr die Auspeitschung oder Steinigung zu befürchten hatten. Die Lordrichter betrachteten pakistanische Frauen in

---

<sup>27</sup> BVerwG, NVwZ 2000, 1426; BVerwG, NVwZ 2001, 818 (819).

<sup>28</sup> Summary Conclusions on Gender-Related Persecution, San Remo Expert Roundtable, Global Consultation on International Protection, 6. bis 8. September 2001.

<sup>29</sup> Board of Immigration Appeals, 19 I&N Dec. 211 (B.I.A. 1985) – *Matter of Acosta*.

vergleichbarer Lage wie die Beschwerdeführerinnen als Mitglieder einer bestimmten sozialen Gruppe<sup>30</sup>. Es besteht deshalb inzwischen Einigkeit, dass eine „bestimmte soziale Gruppe“ eine Gruppe von Personen darstellt, die ein gemeinsames Merkmal kennzeichnet, das sie aus der Gesellschaft ausgrenzt, das aber nicht die Personen miteinander verbinden muss. Darüber hinaus muss das Merkmal unveränderbar sein oder auf andere Weise fundamentale und damit unverzichtbare Bedeutung für die menschliche Würde haben<sup>31</sup>. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrem Vorschlag zum Flüchtlingsbegriff den Verfolgungsgrund der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ in Art. 12 Ziff. 4 als Gruppen von Personen definiert hat, „die anhand bestimmter wesentlicher Merkmale wie sexuelle Ausbeutung, Alter und Geschlecht definiert werden können, sowie Gruppen von Personen mit gemeinsamen Hintergrund oder gemeinsamen Merkmalen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, das von den Betroffenen nicht verlangt werden darf, auf die Gruppenzugehörigkeit zu verzichten, um der Verfolgung zu entgehen“<sup>32</sup>.

Die deutsche Rechtsprechung hat diesen Verfolgungsgrund bislang nicht übernommen. So hatte das Bundesverwaltungsgericht in der die Verfolgung eines *iranischen Homosexuellen* betreffenden Entscheidung die Berufung der Tatsacheninstanzen auf diesen Fluchtgrund ausdrücklich abgelehnt, sondern die Lösung des Falles über eine „Anlehnung“ an die Verfolgungsgründe der Konvention gesucht<sup>33</sup>. Andererseits übernimmt das Bundesverfassungsgericht die Kriterien der sozialen Gruppe, ohne allerdings eine Verbindung zu den Verfolgungsgründen der GFK herzustellen. Sein Ansatz, dass asylerberhebliche Merkmale auf *unverfügbare Merkmale* und *politische und religiöse Grundentscheidungen des Einzelnen* verweisen<sup>34</sup>, ist der Sache nach identisch mit der inhaltlichen Begriffsbestimmung der sozialen Gruppe durch die angelsächsische Rechtsprechung. Die fachgerichtliche Rechtsprechung ist wegen dieser diffusen dogmatischen Ausgangslage bei der Behandlung frauenspezifischer

---

<sup>30</sup> House of Lords, 25. März 1999, International Journal of Refugee Law 1999, 496 - *Islam and Shah*.

<sup>31</sup> Summary Conclusions on Membership of a Particular Social Group, San Remo Expert Roundtable, Global Consultation on International Protection, 6. bis 8. September 2001.

<sup>32</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates „zur Festlegung von Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen als Flüchtlinge“ vom 12. September 2001 (KOM(2001)510-2001/0207(CNS)), S. 19.

<sup>33</sup> BVerwGE 79, 143 (145).

<sup>34</sup> BVerfGE 80, 315 (333).

Verfolgungen von großer Unsicherheit geprägt. So werden zwar Genitalverstümmelungen unter Hinweis auf deren ausgrenzenden Charakters vereinzelt als Fluchtgrund anerkannt<sup>35</sup>. Die Gegenmeinung verneint zwar den ausgrenzenden Charakter der Zwangsverstümmelung und versagt deshalb das Asylrecht, kommt aber zu der überraschenden Schlussfolgerung, dass diese einen erheblichen Eingriff in konventionsrechtlich geschützte Rechtsgüter darstelle<sup>36</sup> und stellt dabei allein auf die in Art. 1 A Ziff. 2 GFK bezeichneten Rechtsgüter ab, ohne den kausalen Zusammenhang zu den Verfolgungsgründen herzustellen. Allgemein üblich ist allerdings die Einordnung von Genitalverstümmelung unter den subsidiären Schutz nach § 53 Abs. 6 AuslG<sup>37</sup>, weil in der Rechtsprechung die dogmatische Auseinandersetzung mit den Verfolgungsgründen der Konvention erst gar nicht versucht wird. Es wird deshalb empfohlen, in § 60 Abs. 1 klarzustellen, dass die Bedrohung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe auch geschlechtsspezifische Verfolgungen umfasst.

### 3. *Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs. 3 AufenthGE*

#### 3.1. *Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 3 Satz 2 AufenthGE*

Anders als im Referentenentwurf wird in § 25 Abs. 3 des Gesetzentwurfs eine „*Sollensnorm*“ für die Personen, die Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2 bis 7 genießen, vorgeschlagen. Die *Vorbehaltssnorm* des § 25 Abs. 3 Satz 2 ist jedoch ungeachtet der Kritik von vielen Seiten unverändert beibehalten worden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass kein Aufenthaltstitel erteilt wird, wenn die Ausreise in einen „*anderen Staat*“ als den Staat, in dem die in § 60 Abs. 2 bis 7 bezeichnete Gefahr droht, möglich und zumutbar ist (S. 74). Möglich ist danach die Ausreise, wenn der Betroffene in den Drittstaat einreisen und sich dort zumindest vorübergehend aufhalten darf.

Während die Darlegung, in welchen Staat eine Ausreise möglich ist, der Ausländerbehörde obliegt und diese sich dabei an konkreten Anhaltspunkten, nämlich

---

<sup>35</sup> VV München, InfAusR 1999, 306 (307); a. A. VG Frankfurt am Main, InfAuslR 1999, 300.

<sup>36</sup> VG Frankfurt am Main, InfAuslR 1999, 300 (304).

<sup>37</sup> OVG Hamburg, InfAuslR 1999, 439 (441 f.); VG Oldenburg, InfAuslR 1998, 412; VG Gelsenkirchen, InfAuslR 2000, 51; offengelassen BVerwG, NVwZ-Beil. 2000, 98.

bestimmt gearteten Beziehungen des Betroffenen zu einem Drittstaat, zu orientieren hat, wird die Zumutbarkeit der Ausreise vermutet, sofern der Behörde keine besonderen Hinweise, etwa hinsichtlich einer drohenden Gefahr der Kettenabschiebung, vorliegen (S. 74). Damit bringt die Begründung des Gesetzentwurfes im Gegensatz zum Referentenentwurf die Ratio der Vorbehaltsnorm verständlicher zum Ausdruck. Die Bedenken gegen diese weite Regelung sind damit jedoch nicht ausgeräumt. Insbesondere das Beispiel der Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, der im Drittstaat regelmäßig Einreise und Aufenthalt gewährt wird, wird den Ausländerbehörden einen unangemessen weiten Handlungsspielraum einräumen.

Rechtlich problematisch erscheint die in der Begründung bezeichnete *Vermutungsregelung*. Danach wird zunächst die Zumutbarkeit der Ausreise vermutet und damit dem Antragsteller die Darlegungslast für die Widerlegung aufgebürdet. Unzumutbar sei die Ausreise insbesondere dann, wenn im Drittstaat die Gefahr der „Kettenabschiebung“ drohe (S. 74). Aus völkerrechtlichen Gründen ist die Gefahr der Abschiebung in einen Drittstaat unzulässig, wenn dort die Gefahr der Weiterschlebung besteht. Dies haben sowohl der Ausschuss gegen Folter<sup>38</sup> wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte<sup>39</sup> ausdrücklich festgestellt. Eine derartige Verpflichtung hat für die Bundesrepublik zwingenden Charakter. Diese erfordert hinreichend zuverlässige und von Amts wegen zu treffende Feststellungen durch die zuständige Behörde. Vermutungsregeln zu Lasten des Betroffenen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Darüber hinaus hat allein das Bundesamt die Feststellung zu treffen, ob in einem anderen Staat die Gefahr der Kettenabschiebung droht. Dieser Staat darf in der Abschiebungsandrohung nicht bezeichnet werden (§ 59 Abs. 3 Satz 2) und fällt damit als Zielstaat der Abschiebung aus. Zwar ist nach dem Gesetzesentwurf eine derartige Prüfung nur für den Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 (s. auch § 51 Abs. 4 Satz 2 AuslG) vorgesehen<sup>40</sup>. Das Verbot der Kettenabschiebung ist jedoch nicht nur immanenter Bestandteil von Art. 33 Abs. 1 GFK, sondern auch von Art. 3 EMRK, sodass die Gefahr der Kettenabschiebung durch das zuständige Bundesamt zu prüfen ist (vgl. auch § 72 Abs. 2). Entsteht diese Gefahr nachträglich, folgt aus § 24 Abs. 2

---

<sup>38</sup> Ausschuss gegen Folter, Human Rights Law Journal 1994, 164 – *Mutombo*.

<sup>39</sup> EGMR, InfAuslR 2000, 321 (323) – *T.I.*

<sup>40</sup> S. hierzu VGH BW, AuAS 1997, 115 (117); s. zum Ganzen Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, 4. Aufl., 1999, § 34 Rdn. 9 ff.

AsylVfG, dass nur das Bundesamt und nicht die vollziehende Behörde diese Frage prüfen darf.

Daraus ergibt sich, dass der Begriff der Zumutbarkeit in § 25 Abs. 3 Satz 2 für die vollziehende Behörde nicht praktikabel ist. Zutreffend hat das Bundesjustizministerium in seiner Stellungnahme vom 31. August 2001 Bedenken gegen diesen Begriff geäußert. Darüber hinaus werden Zweifel dahin geäußert, ob es in den betreffenden Fällen überhaupt aufnahmebereite Drittstaaten gebe. Es wird deshalb ein praktisches Bedürfnis für die Vorbehaltssnorm insgesamt in Frage gestellt, weil dies einen zusätzlichen Prüfungsaufwand für Behörden und Gerichte zur Folge hätte.

Das System der Vorbehaltsregelungen in § 25 Abs. 3 und 5 erscheint darüber hinaus auch ungereimt. Während der in § 25 Abs. 5 verankerte Aufenthaltsschutz davon abhängig ist, dass die Ausreise *rechtlich und tatsächlich möglich* ist und sich damit an die geltenden Regelungen des § 55 Abs. 2 und 4 Satz 1 AuslG, § 70 Abs. 1 AsylVfG orientiert, wird die Behörde der Geltendmachung des Anspruchs nach § 25 Abs. 3 stets entgegenhalten können, der aus Rechtsgründen geforderte Nachweis, dass die *Ausreise* in einen anderen Staat *zumutbar und möglich* sei, sei vom Antragsteller nicht erbracht worden. Eine Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis sei deshalb rechtswidrig, weil gesetzeswidrig. Eine insoweit die Beweisführungspflicht häufig erschwerende nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Mitwirkungspflichten (§ 82 Abs. 1) wird sich darüber hinaus in vielen Fällen unschwer konstruieren lassen. Aus diesen Gründen wird der Weg zu dem in § 25 Abs. 3 in Aussicht gestellten Aufenthaltstitel durch häufig unerfüllbare, jedenfalls nicht gesetzlich eindeutig geregelte, gleichwohl die behördliche Ermessensausübung zwingend ausschließende Voraussetzungen versperrt.

Wer gegenüber der Verwaltung einen (Ermessens-) Anspruch geltend macht, trägt die *materielle Beweislast* für die Unerweislichkeit der behaupteten Anspruchstatsachen. Solange deshalb die Behörde nicht überzeugt ist, dass die Ausreise für den Antragsteller nicht möglich und zumutbar – eine negative Anspruchstatsache mithin nicht glaubhaft gemacht worden - ist, muss sie den begehrten Aufenthaltstitel aus zwingenden Rechtsgründen versagen und die Bescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4 erteilen. Die Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 3 läuft deshalb dem Gesetzeszweck, „eine flexible, den Erfordernissen des Einzelfalls Rechnung tragende Gesetzesanwendung“

zu ermöglichen (S. 73), zuwider. Die gerichtliche Kontrolle gegen das entsprechende Behördenverhalten ist lediglich auf Ermessensfehler reduziert (vgl. § 114 VwGO), mithin angesichts der zwingenden Versagungsgründe und des im Übrigen an keine gesetzlich normierten Voraussetzungen gebundenen Behördenermessens nicht im Ansatz ein effektives Korrektiv. Für die schutzbedürftigen Personen, die nicht den Schutz nach § 60 Abs. 1 und damit den aufenthaltsrechtlichen Anspruchstitel nach § 25 Abs. 2 für sich in Anspruch nehmen können, erweist sich damit die Aufhebung des Schutzsystems der Duldung nach §§ 55, 56 AuslG als Fortsetzung der bereits nach geltendem Recht bestehenden Rechtsunsicherheit. Die nach § 60 Abs. 2 bis 7 berechtigten Personen haben zwar – wohl in Anlehnung an § 55 Abs. 2 und 4 Satz 1 AuslG - einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bescheinigung über den gewährten Abschiebungsschutz (§ 60 Abs. 11 Satz 4). Da – wie ausgeführt – die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis in vielen Fällen unter Hinweis auf die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise in andere Staaten (§ 25 Abs. 3 Satz 2) aus Rechtsgründen untersagt ist, bleibt es deshalb auf nicht absehbare Zeit bei dem Anspruch auf Erteilung der *Abschiebungsschutzbescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4*. Dem Ziel der Integration der aus humanitären Gründen schutzbedürftigen Personen wird damit entgegen gewirkt.

Dieser Einwand ist auch der Empfehlung des Bundesrates entgegen zu halten, in § 25 Abs. 3 einen weiteren Vorbehalt einzufügen. Danach „*wird*“ eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt, wenn der Antragsteller die Gründe für das Abschiebungsverbot selbst zu vertreten hat. Damit soll insbesondere auf die Fälle „*ungeklärter Identität*“ reagiert werden<sup>41</sup>. Dieser Vorschlag verkennt den Inhalt der Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2 bis 7. Bei ungeklärter Identität ist regelmäßig die Staatsangehörigkeit nicht erwiesen. Bereits wegen der Unmöglichkeit, die „*Zielstaatsbezogenheit*“ des Abschiebungsverbotes festzustellen, wird deshalb der Abschiebungsschutz versagt. Auch wird es dem Antragsteller bei ungeklärter Identität kaum gelingen, die für seine Person drohende Gefahr glaubhaft zu machen. Darüber hinaus begegnet der Entwurf dem Anliegen mit § 25 Abs. 5 Satz 2 zweiter Halbs. hinreichend effektiv. Der Empfehlung des Bundesrates, Straftäter aus dem Schutzbereich des § 25 Abs. 3 auszuschließen, trägt § 5 Abs. 1 Nr. 2 in flexibler Weise Rechnung.

### 3.2. Überprüfung weiterer abschiebungsrechtlicher Hindernisse

Die Regelung des § 25 Abs. 3 steht im engen Zusammenhang mit § 60 Abs. 2 – 7 und 11, die ihrerseits mit den abschiebungsrechtlichen Vorschriften des § 59 (jetzt § 50 AuslG) verbunden sind. Ein *Wertungswiderspruch* besteht in diesem Zusammenhang zwischen § 59 Abs. 3 Satz 2 und 3 und § 60 Abs. 11 Satz 3 und 4: Während nach § 60 Abs. 11 Satz 3 die *Abschiebung uneingeschränkt auszusetzen* ist, der vollziehenden Ausländerbehörde damit die Hände vollständig gebunden sind und hierüber eine Bescheinigung auszustellen ist, gewähren die Regelungen in § 59 Abs. 3 Satz 2 und 3 wie im Übrigen auch § 50 Abs. 3 Satz 2 und 3 AuslG lediglich einen *zielstaatsbezogenen Abschiebungsschutz*, lassen die Abschiebung in dritte Staaten also zu. Der zielstaatsbezogene Abschiebungsschutz kommt ja auch in der Formulierung des § 25 Abs. 3 Satz 2 („*in einen anderen Staat*“) zum Ausdruck. Die Gefahr, dass trotz festgestellter Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 nach Maßgabe des § 59 Abs. 2 (jetzt § 50 Abs. 2 AuslG) die vollziehende Behörde die Abschiebungsandrohung vollziehen kann, ist nach dem Entwurf mithin nicht ausgeschlossen. Auch hier kommt wieder die der Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 3 Satz 2 zugrundeliegende Ratio zum Ausdruck, es könnte nach unanfechtbarer Feststellung eines Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2 bis 7 nachträglich ein aufnahmebereiter Drittstaat festgestellt werden. Diese Fiktion kommt in der Beibehaltung der unübersichtlichen und kaum verständlichen Regelungen des § 59 (§ 50 AuslG) zum Ausdruck.

Allerdings beseitigt der Entwurf die Absurdität der geltenden Rechtslage, derzufolge die Verwaltung die Abschiebung in den Staat, in dem die Gefahr nach § 53 Abs. 6 AuslG besteht, gleichwohl anordnen muss, weil § 50 Abs. 3 Satz 2 AuslG dieses Abschiebungshindernis nicht einbezieht. Es ist damit nach geltender Rechtslage *der Staat, in dem die Abschiebung nach § 53 Abs. 6 AuslG unzulässig* ist, gleichwohl nach § 50 Abs. 2 AuslG *in der Abschiebungsandrohung als Zielstaat* zu bezeichnen. Zwischen dem früher für das Ausländerrecht zuständigen ersten Senat sowie dem für das Asylrecht seinerzeit zuständigen neunten Senat des Bundesverwaltungsgerichtes bestand über die rechtliche Zulässigkeit der Zielstaatsbezeichnung im Blick auf § 53

---

<sup>41</sup> Bundesrat, Drucksache 921/1/01, S. 39.

Abs. 6 AuslG Dissens. Im allgemeinen Ausländerrecht ist § 50 Abs. 3 Satz 2 AuslG danach „erweiternd dahin auszulegen, dass in der Abschiebungsandrohung auch der Staat zu bezeichnen ist, in den der Ausländer nach § 53 Abs. 6 AuslG aus rechtlich zwingenden Gründen nicht abgeschoben werden darf“<sup>42</sup>. Dieser Staat darf deshalb nach § 50 Abs. 2 AuslG auch nicht als Zielstaat der Abschiebung bezeichnet werden. Für die Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylVfG in Verb. mit § 50 Abs. 3 Satz 2 AuslG hat die asylrechtliche Rechtsprechung die Übernahme dieser ausländerrechtlichen Rechtsprechung jedoch mit formalen Einwänden ausdrücklich abgelehnt<sup>43</sup>. Durch § 59 Abs. 2 Satz 2 wird diese Praxis nunmehr aufgehoben. Danach ist der Staat, in den die Abschiebung nicht zulässig ist, in der Abschiebungsandrohung zu bezeichnen. Dieser Staat darf damit nicht als Zielstaat der Abschiebung nach § 59 Abs. 2 bezeichnet werden.

Die Fiktion, dass ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 7 (jetzt § 53 Abs. 6 AuslG) minderen Wert hat, die ja auch in den verunglückten Ermessensregelungen des § 41 AsylVfG zum Ausdruck kommt und in der Verwaltungspraxis angesichts der Rechtsbeständigkeit des § 53 Abs. 6 AuslG (vgl. § 73 Abs. 3 AsylVfG) sowie der Bindungswirkung des § 42 AsylVfG erhebliche Unsicherheit hervorgerufen hat, wird nunmehr durch die Formulierung des § 59 Abs. 2 Satz 2 einerseits sowie durch die Aufhebung des § 41 AsylVfG (vgl. Art. 3 Nr. 27) andererseits beseitigt. Damit ist nunmehr klargestellt: Solange die Bindungswirkung nach § 42 AsylVfG Geltung hat, die Feststellung nach § 60 Abs. 2 bis 7 also nicht durch Widerruf nach § 73 Abs. 3 AsylVfG beseitigt worden ist, sind jegliche aufenthalts- und andere rechtliche Relativierungen des auf den Herkunftsstaat bezogenen Abschiebungsschutzes unzulässig. Dementsprechend erlaubt § 25 Abs. 3 Satz 2 nur die Abschiebung in einen Drittstaat.

Der Gesetzgeber sollte indes die Konsequenz ziehen, den gebotenen weiteren Schritt zu vollziehen und die Integration der auf absehbare Zeit humanitär verbleibsberechtigten Personen rechtlich ermöglichen. Die Vorbehaltssnorm in § 25 Abs. 3 Satz 2 enthält

---

<sup>42</sup> BVerwGE 102, 249 (257) = NVwZ 1997, 685

<sup>43</sup> BVerwG, NVwZ 1997, 1132 (1134); Hess.VGH, AuAS 1998, 197 (198); OVG Sachsen-Anhalt, NVwZ-Beil. 1999, 106; s. hierzu Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, 4. Aufl., 1999, § 34 Rdn. 28 – 33.

keine zeitliche Einschränkung, leistet also einem endlosen und zähen Ringen zwischen dem Betroffenen und der vollziehenden Behörde um die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Abschiebung in irgendeinen Drittstaat Vorschub. Der Gesetzgeber muss deshalb dieser Vorbehaltssnorm effektive zeitliche Korsettstangen einziehen, um eine derartige integrationsfeindliche Verwaltungspraxis auszuschließen. In Anlehnung an § 70 Abs. 1 AsylVfG sollte daher für die Schutzberechtigten nach § 60 Abs. 2 bis 7 die Regelung in § 25 Abs. 3 Satz 2 wie folgt gefasst werden:

*>>Die Aufenthaltserlaubnis wird erteilt, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht nur vorübergehend unmöglich ist.<<*

### 3.3. Überprüfung der Sperrwirkung des § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthGE

Besondere Probleme bei der Anwendung von § 25 Abs. 3 wird das Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 bereiten. Die bereits zu § 53 Abs. 6 AuslG insoweit aufgetretenen praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung und Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG sollten Anlass geben, die in § 60 Abs. 7 Satz 2 vorgeschlagene Regelung einer besonders kritischen Überprüfung zu unterziehen. § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG errichtet nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes eine *verfahrensrechtliche Sperrwirkung* gegen sogenannte *generelle Gefahren*<sup>44</sup>. Diese Regelung ist überflüssig. Sie verweist nach ihrem Wortlaut auf allgemeine, nicht individualisierbare Gefahren, die als mittelbare Folgen des Bürgerkrieges oder anderer allgemeiner Gefahrenlagen jeden davon betroffenen Einzelnen treffen können. Derartige nicht individualisierbare Gefahren werden bereits nach dem Wortlaut von § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthGE nicht berücksichtigt. Denn danach muss es sich um eine „für den Ausländer“ drohende erhebliche konkrete Gefahr handeln.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für die inhaltsgleiche Vorschrift des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG festgestellt, diese sei so zu verstehen, dass „*erhebliche konkrete Gefahren für den einzelnen Ausländer im Hinblick auf die bezeichneten Rechtsgüter auch dann zu berücksichtigen sind, wenn sie gleichzeitig für eine Bevölkerungsgruppe, der der Ausländer angehört, oder sogar für die gesamte*

*Bevölkerung eine allgemeine Gefahr darstellen*<sup>44</sup>. Auch Art. 11 Abs. 2c) des Vorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Vergemeinschaftung des Flüchtlingsbegriffs vom 12. September 2001 stellt ausdrücklich fest, es sei unerheblich, „*ob der Antragsteller aus einem Land kommt, in dem viele oder alle Menschen der Gefahr allgemeiner Unterdrückung ausgesetzt sind*“. Seit Beginn der Asylrechtsprechung im Jahre 1953 hat diese die erforderlichen sowie geeigneten methodischen und prognoserechtlichen Kriterien entwickelt, um individualisierbare von generellen Gefahren abzugrenzen. Auch vor dem Inkrafttreten des Ausländergesetzes von 1990 und damit ohne die von der Rechtsprechung konstruierte Sperrwirkung des § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG hatte die Rechtsprechung diese Aufgabe sachgerecht bewältigt. Seit Inkrafttreten des § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG am 1. Januar 1991 hat sich hingegen in der Rechtsprechung eine Tendenz herausgebildet, individualisierbaren Gefahren, die an sich den Individualschutz nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG auslösen, dann und deshalb die verfahrensrechtliche Sperrwirkung entgegen zu halten, wenn und weil diese ihren Ursprung in generellen Gefahren – und das heißt in aller Regel in Bürgerkriegsgefahren - haben.

So hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, die Sperrwirkung des § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG beziehe sich auf *allgemeine* Gefahren, die *nicht nur dem Betroffenen persönlich*, sondern *zugleich* der ganzen Bevölkerung oder einer Bevölkerungsgruppe im Zielstaat drohen<sup>46</sup>. Es spricht damit in Abkehr von traditionellen Prognosegrundsätzen festgestellten und dem Einzelnen drohenden individuellen, konkreten Gefahren den rechtserheblichen Charakter allein deshalb ab, weil sie ihren Grund in Bürgerkriegsgefahren haben und weist sie mit diesem dogmatischen Kunstgriff dem grundsätzlich juristisch nicht durchsetzbaren generellen Gefahrenbegriff des § 53 Abs. 6 Satz 2 AuslG (§ 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthGE) zu. Individuelle Gefährdungsmomente haben indes ihren Ursprung stets in allgemeinen staatlichen, politischen, gesellschaftlichen und kulturellen Kontexten und Gefahrenlagen. Ausdrücklich weist das Revisionsgericht die dieser evidenten Erkenntnis Rechnung tragende obergerichtliche Rechtsprechung zurück: „*Der Senat kann deshalb im Ansatz der Rechtsprechung einiger Oberverwaltungsgerichte nicht folgen, welche § 53 Abs. 6 Satz 1 dahin auslegen, dass er auch allgemeine Gefahren im Sinne des § 53 Abs. 6 Satz*

---

<sup>44</sup> BVerwGE 99, 324 (327 f.).

<sup>45</sup> BVerfG (Kammer), InfAuslR 1995, 251 (252) = NVwZ 1995, 781.

**2 AuslG erfasst, sofern sie dem einzelnen Ausländer konkret und individualisierbarer Weise betreffen<sup>46</sup>.**

Die Beibehaltung der vom Bundesverwaltungsgericht als verfahrensrechtliche Sperrwirkung bezeichneten Interpretationsregel in § 60 Abs. 7 Satz 2 birgt damit die Gefahr in sich, dass individuell Verfolgte allein wegen eines Bürgerkrieges in ihrem Herkunftsland nicht den Abschiebungsschutzes nach § 60 Abs. 7 Satz 1 und damit auch keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 erhalten.

*Die überflüssige Regelung in § 60 Abs. 7 Satz 2 sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.*

#### *3.4. Überprüfung der Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthGE*

Die Sperrwirkung der qualifizierten Asyablehnung nach § 30 Abs. 3 AsylVfG kann mit der § 25 AufenthGE zugrundeliegenden humanitären Intention kollidieren. Es wird deshalb eine differenzierende Regelung angeregt, die präziser zwischen „Täuschungsfällen“ nach § 30 Abs. 3 Nr. 3 und 4 AsylVfG einerseits und den übrigen Fällen dieser Norm unterscheidet. Der „Unwertgehalt“ der anderen Tatbestände ist nicht derart gravierend, dass es trotz eines festgestellten Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2 bis 7 gerechtfertigt erscheint, dem verbleibsberechtigten Antragsteller dauerhaft den Zugang zum Aufenthaltssystem zu versperren. Die Sperrwirkung sollte deshalb nur ausnahmsweise Anwendung finden und in Anlehnung an § 30 Abs. 4 AuslG nach Ablauf von zwei Jahren in allen Fällen wegfallen. Dementsprechend sollten auch die Regelungen in § 14 AsylVfGE überprüft werden.

#### *3.5. Überprüfung weiterer ausländerrechtlicher Hindernis*

Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 kann von der Durchführung des Visumsverfahrens „auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls“ abgesehen werden. Diese Regelung bedeutet zwar gegenüber der bisher in § 8, § 9 AuslG, § 9 Abs. 2 DVAuslG geregelten Rechtslage eine Verbesserung, schafft im Blick auf § 25 Abs. 3 jedoch nicht die erforderliche Rechtssicherheit für die Verwaltungspraxis. Zu bedenken ist, dass die

---

<sup>46</sup> BVerwGE 99, 324 (328).

<sup>47</sup> BVerwGE 99, 324 (328).

Antragsteller in diesem Fall wegen der im Herkunftsland bestehenden Gefahr nach § 60 Abs. 2 bis 7 zur Durchführung des Visumsverfahrens nicht auf diesen Staat verwiesen werden können und der Frage eines möglichen aufnahmebereiten Drittstaats bereits bei der Prüfung der materiellen Erteilungsvoraussetzungen nachgegangen und verneint wurde. Daher sollte für die Verwaltungspraxis deutlicher geregelt werden, dass in den Fällen des § 25 Abs. 3 der Verweis auf das Visumsverfahren in aller Regel nicht zweckmäßig ist.

Aus diesen Gründen bestehen auch Bedenken gegen die Beibehaltung der starren Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 4. Der Gesetzgeber des AuslG 1990 hat sich mit § 8 Abs. 2 Satz 4 AuslG, welche Vorbild für § 11 Abs. 1 Satz 4 ist, bewusst gegen die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes gestellt<sup>48</sup>. Diese Rechtslage mag für den Regelfall so beibehalten werden, verhindert im Falle des § 25 Abs. 3 indes aus den genannten Gründen die angestrebte rechtliche Integration.

#### 4. *Begünstigter Personenkreis nach § 25 Abs.5 AufenthGE*

##### 4.1. *In Betracht kommende Fallgestaltungen*

Die Aufenthaltsregelung des § 25 Abs. 5 erfasst nach der Begründung die jetzt in § 55 Abs. 4 Satz 1 AuslG erfassten Fälle, in denen die *Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist* (S. 74). Auf die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise nach § 60 Abs. 2 bis 7 findet die Aufenthaltsnorm des § 25 Abs. 3 Anwendung. Damit umfasst die Norm des § 25 Abs. 5 ein *weites Spektrum höchst unterschiedlicher, heterogener Fallgestaltungen*, wie auch aus der Begründung deutlich wird. Dazu gehören etwa die Reiseunfähigkeit dauerhaft aufhebende Krankheitsgründe, Suizidgefahren oder andere erhebliche Ausreisehinderungsgründe infolge einer posttraumatischen Belastungsstörung, auf unabsehbare Zeit unterbrochene Verkehrsverbindungen, die auf unterschiedlichen Gründen beruhende Passlosigkeit (Staatenlosigkeit infolge staatlicher Umbruchprozesse in der Heimatregion, Täuschung über die Staatsangehörigkeit)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BVerwGE 60, 284 (285); 69, 137 (141); s. auch EuGH, NJW 1983, 1250 (1251), Ausreise darf nach Gemeinschaftsrecht nicht gefordert werden.

<sup>49</sup> S. im Einzelnen Reinhard Marx, *Ausländer- und Asylrecht in der anwaltlichen Praxis*, 2000, S. 377 ff.

#### 4.2. Wegfall des Duldungssystems

Sofern das Ausreisehindernis - wie etwa bei Schwangerschaft oder bei der Mehrzahl von Erkrankungen - *vorübergehender Natur* ist, bietet § 25 Abs. 4 (jetzt § 55 Abs. 3 AuslG) einen Ausweg. Für eine aufenthaltsrechtliche Reaktion auf *dauerhafte Ausreisehindernisse* bedarf § 25 Abs. 5 im Zusammenhang mit der Aufhebung des Duldungssystems (vgl. §§ 55 f. AuslG) indes einer Überprüfung. Im Gegensatz zum Referentenentwurf enthält der Gesetzentwurf nunmehr in § 60 Abs. 11 Satz 3 und 4 einen Ersatz für den Wegfall der Duldungsbescheinigung nach § 66 Abs. 1 Satz 1 AuslG. Gegen den Referentenentwurf stand die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, das die Praxis der „stillschweigenden Aussetzung der Abschiebung“ als rechtswidrig verworfen hat<sup>50</sup>, da diese auf ein Unterlaufen der auf die Duldung bezogenen Schutzbestimmungen der §§ 55, 56 AuslG hinauslaufe. Die Ausstellung der Bescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4 für alle Personen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden können, also nicht nur – wie im Referentenentwurf vorgesehen – zugunsten der nach § 60 Abs. 2 bis 7 berechtigten Personen, trägt der Rechtsprechung Rechnung.

Die Abschiebungsschutzbescheinigung ist mehr als eine Duldung, nämlich – wie aus der Formulierung in § 60 Abs. 11 Satz 3 deutlich wird – eine „*Vorstufe für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis*“ bis zur Klärung der in § 25 Abs. 5 geregelten Voraussetzungen. Wenn diese Interpretation richtig ist, bedarf es einer einschränkenden Auslegung des § 25 Abs. 5 Satz 1, um tatsächlich schutzbedürftige Fälle von denjenigen abzugrenzen, die eines aufenthaltsrechtlichen Schutzes nicht bedürfen. Nur so kann verhindert werden, dass die zu § 17 AuslG 1965 geübte *Kettenduldungspraxis*, die seinerzeit vom Bundesverwaltungsgericht als Praxis der „*verkappten Aufenthaltserlaubnis*“<sup>51</sup> gerügt und die durch die auf den Regelungszusammenhang von § 55 Abs. 2 und 4 Satz 1, § 30 Abs. 3 und 4 AuslG beruhende Verwaltungspraxis nur unzulänglich gemildert wurde, im neuem Recht ihre Fortsetzung findet. Daher wird vorgeschlagen, § 25 Abs. 5 Satz 1 wie folgt zu fassen:

---

<sup>50</sup> BVerwGE 105, 232 (236) = NVwZ 1998, 297

<sup>51</sup> BVerwGE 87, 7 (19).

*>>Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen **nicht nur vorübergehend unmöglich ist.**<<*

#### 4.3. Begriff des „nicht nur vorübergehenden“ Ausreisehindernisses

Im Blick auf den Zeitraum, der für die Frage des nicht nur vorübergehenden Ausreisehindernisses maßgebend ist, kommt es zunächst auf den Fristbeginn an. Insoweit enthält der Entwurf eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem geltenden, auf die Unanfechtbarkeit der Abschiebungsanordnung abstellenden Verwaltungspraxis zu § 55 Abs. 4 Satz 1 AuslG. § 25 Abs. 5 Satz 1 stellt nicht mehr auf die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes in der Hauptsache ab, wodurch häufig der Beginn der Zwei-Jahres-Frist nach § 30 Abs. 4 AuslG in unerreichbare Ferne gerückt wird. Vielmehr kommt es danach auf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht an. Insoweit bedarf es jedoch in § 50 einer Klarstellung. Denn nach der Begründung ist anders als in § 42 Abs. 2 AuslG in § 50 Abs. 2 das Wort „vollziehbar“ nicht wieder aufgenommen worden (S. 83). Es ist ungereimt, einerseits bewusst den Zusatz in den Abschiebungsnormen zu streichen, ihn andererseits in den Aufenthaltsbestimmungen wieder aufzunehmen. Vermutlich handelt es sich um ein Redaktionsversehen. Vollziehbarkeit tritt entweder mit Fristablauf nach § 50 Abs. 2 oder spätestens mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Versagung der Aussetzung der Abschiebung im Eilrechtsschutzverfahren ein.

Welcher Zeitraum im konkreten Einzelfall „vorübergehend“ ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Die Empfehlung des Bundesrates, den Zusatz „in absehbarer Zeit“ einzufügen<sup>52</sup>, schlägt lediglich eine andere semantische Variante vor, macht aber andererseits deutlich, dass in § 25 Abs. 5 Satz 1 ein Zeitelement einzuführen ist. Dieser ist gesetzessystematisch aus einer Abgrenzung zwischen § 25 Abs. 4 und § 25 Abs. 5 Satz 1 unter Berücksichtigung der Natur des Abschiebungshindernisses zu ermitteln. Darüber hinaus ist aus dem Verbot der Kettenduldung ein Verbot der Kettenbescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4 herzuleiten, sodass etwa in von vornherein als dauerhaft glaubhaft gemachten Krankheitsfällen oder bei dauerhaft

---

<sup>52</sup> Bundesrat, Drucksache 921/1/01, S. 41.

unterbrochenen Verkehrsverbindungen § 25 Abs. 5 Satz 1 unmittelbar Anwendung finden kann. Korrekturen sind bei veränderten Verhältnissen jederzeit nach § 7 Abs. 2 möglich.

#### 4.4. *Überprüfung des schutzbedürftigen Personenkreises*

Die *Vorbehaltssnorm* des § 25 Abs. 5 Satz 2 ist in der bisherigen Diskussion über den Referentenentwurf auch im Hinblick auf die Einführung von Ausreiseeinrichtungen (§ 61) heftig kritisiert worden. Diese Kritik nährte sich insbesondere auch daraus, dass der Referentenentwurf nicht präzise zwischen schutzbedürftigen und nicht schutzbedürftigen Personen unterschied, sodass eine erhebliche quantitative und qualitative Verschärfung des Problems der illegalen Ausländer befürchtet wird. Insoweit enthält der Gesetzentwurf keine Änderung. Zwar wird dem Aufenthaltsschutz für jene Personen, die Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2 bis 7 genießen, bereits durch § 25 Abs. 3 Rechnung getragen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass außerhalb des Regelungsbereichs von Art. 16a GG und § 60 Abs. 1 bis 7 kein Bedürfnis mehr bestünde, den Aufenthaltsschutz für schutzbedürftige Personen in Betracht zu ziehen. Mit dem Vorschlag des § 25 Abs. 5 erkennt der Gesetzentwurf dieses Bedürfnis auch an. Eine einschränkende Fassung des § 25 Abs. 1 Satz 2 im hier vorgeschlagenen Sinne wäre eine humanitär gebotene Reaktion auf diese Kritik, ohne die legitimen staatlichen Interessen außer Acht zu lassen.

Die Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 5 Satz 2 ist darüber hinaus so zu fassen, dass sie tatsächlich die Missbrauchsfälle erfasst, nämlich jene Personen, die bewusst und gezielt über ihre nationale und/oder persönliche Identität täuschen. Auf diese Personengruppe zielt § 25 Abs. 5 Satz 2 erster Halbs. erste Alt. Viele Antragsteller sind jedoch im Asylverfahren etwa an der restriktiven Entwicklung des asylrechtlichen Ausschlussgrundes der *inländischen* Fluchtalternative gescheitert. Diese findet nach der Rechtsprechung auch dann Anwendung, wenn eine freiwillige Rückreise in den Norden des Irak möglich ist und lediglich rechtliche Hindernisse wegen der fehlenden türkischen Durchreiseerlaubnis die Rückkehr vorübergehend unmöglich macht<sup>53</sup>. In diesen Fällen wird weder Schutz nach Art. 16a Abs. 1 GG noch nach § 51 Abs. 1 AuslG

---

<sup>53</sup> BVerwG, NVwZ 2001, 572 (573).

noch nach § 53 Abs. 6 AuslG gewährt. Da in einer Reihe von Vertragsstaaten wegen der instabilen Situation im Norden des Irak diese Region nicht als sichere Fluchtalternative angesehen wird und in der Staatenpraxis regelmäßig nicht auf eine interne Alternative verwiesen wird, wenn die zentrale Regierung dort keine Kontrollgewalt ausübt und deshalb zur Schutzgewährung nicht in der Lage ist<sup>54</sup>, fehlt den Betroffenen häufig die Einsicht für die Erfüllung ihrer Ausreisepflicht. In diesem Fall sollte bei fehlender Rückkehrmöglichkeit § 25 Abs. 5 Satz 2 der aufenthaltsrechtlichen Lösung nicht entgegenstehen.

Darüber hinaus sind Personen ohne Pass häufig in einer schwierigen Lage, weil die Heimatbehörden unerfüllbare Anforderungen stellen oder die beantragte Passausstellung ungebührlich verzögern oder weil unklar ist, welcher Staat der Staat der Staatsangehörigkeit ist. Letzteres hat in der Vergangenheit insbesondere Antragstellern aus den GUS- und den Balkan-Staaten erhebliche Probleme bereitet. Die Mitwirkung an der Beschaffung von Reisedokumenten kann von einem Betroffenen etwa nur erwartet werden, wenn er tatsächliche Bindungen im Sinne der vom Internationalen Gerichtshof geforderten „echten Verbindung“ („genuine connection“)<sup>55</sup> zu dem Staat entwickelt hat, bei dessen Behörden er nach Auffassung der vollziehenden Behörde die Ausstellung von Heimreisedokumenten beantragen soll. Eine entsprechende Präzisierung des Begriffs der „Zumutbarkeit“ in § 25 Abs. 5 Satz 2 zweiter Halbs. zweite Alt. würde der Kritik gegen § 25 Abs. 5 ihre Schärfe nehmen und die Grenze zwischen Missbrauchsfällen und schutzbedürftigen Personen präziser ziehen.

#### *4.5. Überprüfung weiterer ausländerrechtlicher Hindernis*

Wie im Falle des § 25 Abs. 3 sollten auch im Blick auf § 25 Abs. 5 die Regelungen des § 5 Abs. 2 Satz 2, § 11 Abs. 1 Satz 4 überprüft werden. Häufig wird auch in diesen Fällen die Durchführung des Visumsverfahrens unzumutbar sein.

#### *4.6. Prüfung einer >>Härtefallregelung<< für außergewöhnliche Fälle*

---

<sup>54</sup> So auch der Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur einheitlichen Anwendung des Flüchtlingsbegriffs (KOM(2001)510-2001/0207(CNS) vom 12. September 2001, Begründung, S. 22.

Kirchen und Wohlfahrtsverbände fordern seit langem eine Härtefallregelung für besondere Einzelfälle. Der Gesetzentwurf schreibt die derzeitige Rechtslage fort. Wie § 30 Abs. 2 AuslG erfordert § 25 Abs. 4 Satz 2 einen rechtmäßigen Aufenthalt. An diesem fehlt es in aller Regel in den als typisch angesehenen Härtefällen. Der Hinweis auf die verfahrensrechtliche Lösung mittels sog. Härtefallkommissionen oder des Petitionsverfahrens hilft nicht weiter, weil gütliche Regelungen an der unanfechtbaren Ausreisepflicht scheitern, andererseits in diesen Fällen die Ausreise nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Gleichwohl kann aber insbesondere die Situation der hier geborenen oder aufgewachsenen Kinder die Ausreise als unvertretbar erscheinen lassen. Es wird deshalb angeregt, eine an § 25 Abs. 4 Satz 2 angelehnte Regelung an Satz 2 in § 25 Abs. 5 anzufügen.

### **III. Aufenthalt aus familiären Gründen (§§ 27 bis 36 AufenthGE)**

#### *1. Vorbemerkung*

Die Vorschriften über den Aufenthalt aus familiären Gründen erleichtern insgesamt den Familiennachzug, wenn auch in Einzelpunkten Nachbesserungen angezeigt erscheinen. Abschnitt 6 übernimmt teilweise die Struktur der §§ 17 ff. AuslG (s. etwa §§ 28, 31, 32 – 36), teilweise führt er neue Strukturelemente ein (vgl. insbesondere § 30 und § 32). Zu begrüßen ist in Besonderheit, dass die integrationsfeindliche Regelung des § 31 AuslG in Ansehung der Flüchtlinge beseitigt wird und diese den Asylberechtigten rechtlich gleichgestellt werden (vgl. § 29 Abs. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Nr. 1). Allerdings wird die dem § 31 AuslG zugrundeliegende Ratio beim Familiennachzug für Abschiebungsberechtigte nach § 60 Abs. 2 bis 7 beibehalten (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 1 in Verb. mit § 25 Abs. 3). Die materiellen Voraussetzungen werden indes herabgestuft. Während § 31 in Verbindung mit § 30 AuslG insoweit „*dringende* humanitäre Gründe“ erfordert, reichen nach § 29 Abs. 3 Satz 1 „humanitäre Gründe“ aus. Allerdings verwendet die Begründung in diesem Zusammenhang wiederholt den erheblich strengeren Begriff der „*dringenden* humanitären Gründe“ (S. 74).

---

<sup>55</sup> I.C.J. Reports 1955, 4 (23) – *Nottebohm*.

Im Wesentlichen übernimmt § 27 die geltende Regelung des § 17 AuslG. § 27 Abs. 3 sollte überprüft werden. Zwar wird nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 3 Satz 1 verlangt, dass unterhaltsberechtigten ausländische Familienangehörige aus früherer Ehe nicht aus Sozialhilfe „angewiesen“ sein dürfen. Nach der Entwurfsbegründung ist die Schwelle für die Versagung des Nachzugs indes bereits beim *bloßen Anspruch auf Sozialhilfe* erreicht (S. 75), auch wenn tatsächlich keine Sozialhilfe durch unterhaltsberechtigte Personen aus früherer Ehe in Anspruch genommen wird. Insoweit sollte das Gesetz die Behörde jedoch zu einer *Prognoseprüfung* verpflichten. Haben die unterhaltsberechtigten Familienangehörigen in der Vergangenheit keine Sozialhilfe in Anspruch genommen und fehlen Indizien, dass dies für die Zukunft zu erwarten steht, darf der Nachzug nicht versagt werden. Eine bloße Ermessensregelung wie § 27 Abs. 3 Satz 1 trägt diesem Grundsatz nicht hinreichend Rechnung.

Der Nachzug zu Deutschen nimmt lediglich §§ 31, 35 in Bezug. § 27 Abs. 3 findet deshalb bei deutsch-verheirateten Ausländern keine Anwendung. Dies entspricht der geltenden Rechtslage. Allerdings suspendiert § 29 Abs. 1 Satz 1 erster Halbs. nur von § 5 Abs. 1 Nr. 1, nicht jedoch von § 5 Abs. 1 Nr. 2. Dies entspricht der geltenden Rechtslage (vgl. §§ 23 Abs. 3 in Verb. mit § 17 Abs. 5 AuslG). Die obergerichtliche Rechtsprechung hat jedoch Bedenken gegen diese Rechtslage. Danach rechtfertigt der Sozialhilfebezug des deutschen Ehegatten nicht die Ausweisung des ausländischen (früheren) Ehepartners nach § 46 Nr. 6 AuslG und damit auch nicht die Anwendung des Regelversagungsgrundes des § 7 Abs. 2 Nr. 2 AuslG<sup>56</sup>.

Die Regelung des § 28 Abs. 1 Satz 1 erster Halbs. sollte daher so gefasst werden, dass die Aufenthaltserlaubnis „*abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2*“ erteilt wird.

3. *Familiennachzug zu Deutschen (§ 28 AufenthGE)*

§ 28 übernimmt im Wesentlichen die Regelungen in § 23 AuslG. Da die Verfestigungsvoraussetzungen anders als im geltendem Recht nicht allgemein, sondern sachspezifisch im Zusammenhang mit den jeweiligen Aufenthaltszwecken normiert

werden, regelt der Entwurf in § 28 Abs. 2 Satz 1 die Voraussetzung der deutschen Sprachkenntnisse. Die Voraussetzungen orientieren sich an § 24 Abs. 1 Nr. 4 AuslG. § 28 Abs. 1 behält die Unterscheidung zwischen dem Rechtsanspruch für den ausländischen Elternteil eines deutschen Kindes nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und dem im Wege des Nachzugs nicht anwendbaren Ermessensanspruch des nichtsorgeberechtigten Elternteils eines deutschen Kindes nach § 28 Abs. 1 Satz 2 bei.

Während im Gefolge des Kindschaftsreformgesetzes der ausländische Elternteil eines deutschen Kindes aufgrund der *gemeinsamen Sorgeerklärung* (§ 1626a BGB) den Rechtsanspruch auf *Einreise* und Aufenthalt erwirbt<sup>57</sup>, kann nach § 23 Abs. 1 zweiter Halbs. AuslG der nichtsorgeberechtigte ausländische Elternteil seinen Erziehungspflichten gegenüber seinem deutschen Kind nur nachkommen, wenn „die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wird“. Der Ermessensanspruch kann daher *nicht vom Ausland aus* geltend gemacht werden<sup>58</sup>. Diese Regelung ist ungereimt. Sie privilegiert denjenigen, der es geschafft hat, die Aufenthaltsbeendigung abzuwenden. Das Kind ist auch auf die Erziehung und Betreuung des im Ausland lebenden und die Einreise anstrebenden nichtsorgeberechtigten Elternteil angewiesen, sofern eine aufenthaltsrechtlich schützenswerte Beistandsgemeinschaft besteht. Diese kann vor der Ausreise begründet worden sein.

Für das ausländische Kind enthält der Entwurf ebenso wie das geltende Recht keine dem § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 28 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Regelung. Dies ist nicht gerechtfertigt. Auch ausländische Kinder eines im Inland mit verfestigten Aufenthaltsrecht lebenden Elternteils haben im gleichen Umfang wie deutsche Kinder Anspruch auf Betreuung und Erziehung durch beide Elternteile. Allein die Staatsangehörigkeit erlaubt keinen unterschiedlichen Bewertungsmaßstab des „*Kindeswohls*“. § 36 ist ebenso wie § 22 AuslG wegen der hohen materiellen Hürde der „*außergewöhnlichen Härte*“ kein Ersatz für eine insoweit fehlende Regelung.

*Der Gesetzgeber sollte deshalb die grundlegende Umgestaltung des Aufenthaltsrechts zum Anlass nehmen, die insoweit im Blick auf den Anspruch auf Erziehung und Betreuung durch den nichtsorgeberechtigten Elternteil bestehende Ungleichbehandlung nichtdeutscher und deutscher Kinder aufzuheben.*

---

<sup>56</sup> OVG NW, InfAuslR 1999, 67 (68).

<sup>57</sup> BVerfG (Kammer), NVwZ 2000, 59 = InfAuslR 2000, 67; OVG Hamburg, NVwZ 2000, 105.

<sup>58</sup> BayVGH, NVwZ-Beil. 2000, 5 (6); Hess.VGH, NVwZ-RR 1999, 343 (344).

#### 4. *Familiennachzug zu Ausländern (§ 29 AufenthGE)*

##### 4.1. *Erleichterung des Familiennachzugs*

Wie erwähnt, ist die angestrebte rechtliche Gleichstellung der Flüchtlinge mit den Asylberechtigten ein zentrales Integrationsziel des Entwurfs (vgl. § 29 Abs. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Nr. 1). Allerdings wird die dem § 31 AuslG zugrundeliegende Ratio beim Familiennachzug für Abschiebungsschutzberechtigte nach § 60 Abs. 2 bis 7 beibehalten (vgl. § 29 Abs. 3 in Verb. mit § 25 Abs. 3). Die materiellen Voraussetzungen werden indes herabgestuft. Wie gesagt, steht die Begründung hierzu im Widerspruch, da sie wiederholt den erheblich strengeren Begriff der „dringenden humanitären Gründe“ verwendet (S. 76). Besonders zu begrüßen ist die Regelung in § 29 Abs. 5, die dem einreisenden Ehegatten in die gleiche arbeitserlaubnisrechtliche Position setzt wie den hier lebenden Ehepartner.

Nicht verständlich ist, aus welchen Gründen die erst 1997 eingeführte Härteregelung des § 17 Abs. 2 Nr. 3 zweiter Halbs. AuslG in § 5 Abs. 1 Nr. 1 nicht übernommen worden ist. Damit wollte der Gesetzgeber z.B. unverschuldeter Arbeitslosigkeit, Schwangerschaft und der notwendigen Kinderbetreuung des hier lebenden Ehegatten Rechnung tragen.

*Es wird daher angeregt, die geltende Vorschrift des § 17 Abs. 2 Nr. 3 zweiter Halbs. AuslG in § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder in § 29 aufzunehmen.*

##### 4.2. *Familiennachzug zu Abschiebungsschutzberechtigten nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthGE*

Nach § 29 Abs. 3 Satz 1 wird u.a. der Nachzug zu Personen, die nach § 60 Abs. 2 bis 7 Abschiebungsschutz genießen insbesondere aus humanitären Gründen erlaubt. Danach liegt ein derartiger Grund insbesondere dann vor, wenn die „Familieneinheit *auf absehbare Zeit* nur im Bundesgebiet hergestellt werden kann“ (S. 76). Diese einschränkende Regelung läuft dem Integrationsziel des Entwurfs, das auch für die nach § 25 Abs. 3 aufenthaltsberechtigten Personen gilt, zuwider. Zu bedenken ist, dass die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 insbesondere in den Fällen, in denen vor ihrer Erteilung Streit über die Anwendbarkeit der Vorbehaltssnorm des § 25 Abs. 3 Satz 2 geherrscht hatte, erst nach einer längeren Zeit erteilt werden wird. Die diesen

Vorbehalt tragende Begründung bezeichnet gerade den Fall, in dem der Ausländerbehörde der Verweis auf einen Drittstaat als möglich erscheint:

Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 wird danach versagt, wenn dem Ehepartner die Einreise und der Aufenthalt im Heimatstaat des anderen Ehepartners erlaubt wird (S. 74). Für die einschränkende Regelung des Familiennachzugs wird indes in der Begründung ausgeführt, dringende humanitäre Gründe seien anzunehmen, wenn die Familieneinheit auf absehbare Zeit nur im Bundesgebiet hergestellt werden könne (S. 76). Die Frage, ob die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 wegen eines durch die Eheschließung vermittelten Aufenthaltsrechts in einem anderen Staat zu versagen ist, war damit bereits bei der Entscheidung über die Aufenthaltserlaubnis geprüft worden und kann nicht erneut dem Anspruch auf Familienzusammenführung entgegen gehalten werden. Die Begründung erscheint damit ungereimt und sollte Anlass zu einer weniger restriktiveren Fassung des § 29 Abs. 3 Satz 1 geben:

*>>Die Einschränkungen in § 29 Abs. 3 Satz 1 sollten aufgehoben und durch eine Sollensnorm ersetzt werden <<.*

#### 4.3. *Ausschluss des Familiennachzugs (§ 29 Abs. 3 Satz 2 AufenthGE)*

Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint der in § 29 Abs. 3 Satz 2 geregelte *ausnahmslose Ausschluss* des Familiennachzugs zu Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung zum Familiennachzug vom 12. Mai 1987 das Recht auch nichtdeutscher Familienangehöriger auf Familienzusammenführung ausdrücklich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG abgeleitet. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsland des den Nachzug begehrenden Angehörigen bedeute, dass der hier lebende Angehörige „sich aus den deutschen Lebensverhältnissen, etwa einer erreichten wirtschaftlichen und sozialen Stellung sowie möglichen persönlichen Bindungen“ lösen müsste. In rechtlicher Hinsicht habe ein derartiger Einwand zur Folge, dass ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgültig erloschen wäre. Ein den Familienangehörigen derart auferlegter Zwang, für geraume Zeit eine räumliche Trennung von ihren Angehörigen hinzunehmen oder ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgültig aufzugeben, sei geeignet, Ehe- und Familienleben zu beeinträchtigen und müsse sich daher an Art. 6 Abs. 1 GG messen lassen. Zwar habe der Gesetzgeber bei der Regelung dieser Frage einen weitreichenden

Handlungsspielraum. Eine Regelung etwa, die einem begrenzten Personenkreis für „geraume, aber überschaubare Zeit“ die Verwirklichung des Wunsches auf familiäres Zusammenleben im Bundesgebiet verwehre, „ohne ein solches Zusammenleben *schlechthin zu hindern*“, vermöge die prägenden Elemente des Art. 6 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG zugrundeliegenden Bildes von Ehe und Familie jedoch nicht in Frage zu stellen<sup>59</sup>.

Daraus kann geschlossen werden, dass der dauerhafte Ausschluss des Familiennachzugs zu Personen mit gesichertem Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verfassungsrechtlich kaum gerechtfertigt werden kann. Zu bedenken ist auch, dass die auf eine gemeinschaftsrechtliche Regelung des Familiennachzugs zielenden Bestrebungen einen ausnahmslosen Ausschluss des Nachzugs nicht vorsehen<sup>60</sup> und deshalb das Inkrafttreten des § 29 Abs. 3 Satz 2 die ohnehin schwierige Einigung in dieser Frage zusätzlich erschweren würde. Im Blick auf den Zeitraum, für den eine Trennung zugemutet werden kann, hat das Bundesverfassungsgericht die seinerzeit in den Bundesländern Bayern und Baden-Württemberg durch Erlass geregelte dreijährige Ehebestandsfrist für verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar bezeichnet<sup>61</sup>.

Die für den ausnahmslosen Ausschluss gegebene Begründung ist darüber hinaus auch nicht überzeugend, verdeutlicht aber andererseits, dass eine Unvereinbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht erkannt worden ist. Danach findet der Ausschluss des Nachzugs nach § 29 Abs. 3 Satz 2 seine Rechtfertigung im lediglich *vorübergehenden Charakter des Aufenthaltsrechts* nach § 25 Abs. 4 und 5. Diese Begründung trifft nur auf § 25 Abs. 4 zu. In den Fällen des § 25 Abs. 5 wird hingegen eine Aufenthaltserlaubnis erst nach einer längeren Prüfung und Prognoseerwägung und nur dann erteilt, wenn die Ausreise *nicht nur vorübergehend* unmöglich ist.

*Deshalb sollte § 29 Abs. 3 dringend überprüft und jedenfalls im Blick auf die nach § 25 Abs. 5 berechnete Personengruppe der Nachzug zugelassen werden.*

---

<sup>59</sup> BVerfGE 76, 1 (42 ff.,49).

<sup>60</sup> S. Art. 14 bis 17 des Vorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (BR-Drs. 103/00) in der Fassung vom 10. Oktober 2000 (KOM(2000)624); s. hierzu Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses zum Antrag der Abgeordneten Bosbach u.a. und der Fraktion der CDU/CSU (Drs. 14/4529) vom 4. April 2001 (Drs. 14/5808).

<sup>61</sup> BVerfGE 76, 1 (70).

## 5. Ehegattennachzug (§ 30 AufenthGE)

Der Ehegattennachzug nach § 30 hebt die Differenzierung des geltenden Rechts zwischen der *ersten Generation* (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 3 AuslG) und der *zweiten Generation* (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 4 AuslG) auf. Der Begründung kann für diese strukturelle Umgestaltung des Ehegattennachzugs kein Hinweis entnommen werden. Vermutlich bedarf es angesichts der Länge des Aufenthaltes der überwiegenden Mehrzahl der Angehörigen der zweiten Generation nicht mehr der Acht-Jahres-Frist des § 18 Abs. 1 Nr. 4 AuslG als Integrationsvoraussetzung. § 30 Abs. 1 Nr. 3 setzt die Grenze darüber hinaus von acht auf fünf Jahre herunter. Überlegenswert erscheint, ob die Kann-Regelung des § 30 Abs. 2 nicht in eine *Sollensnorm* umgewandelt werden sollte. Dies entspricht der jahrelang geübten Verwaltungspraxis in der überwiegenden Mehrzahl der Bundesländer. Während die Ermessensregelung des § 18 Abs. 3 Satz 1 AuslG durch § 30 Abs. 3 fortgeschrieben und weiter gelockert wird, verzichtet der Entwurf auf eine Beibehaltung des Ermessensregelung des § 18 Abs. 3 Satz 2 AuslG. Das Erfordernis des lediglich fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthaltes (§ 18 Abs. 3 Satz 2 AuslG) ist jedoch weniger streng als die Voraussetzung eines fünf Jahre dauernden Besitzes der Aufenthaltserlaubnis (vgl. § 30 Abs. 1 Nr. 3). Die Ermessensvorschrift des § 18 Abs. 3 Satz 2 AuslG sollte deshalb übernommen werden.

## 6. Kindernachzug (§ 32 AufenthGE)

Die Regelungen über den Kindernachzug orientieren sich grundsätzlich an § 20 AuslG. Hervorzuheben ist der Rechtsanspruch auf Nachzug für die minderjährigen ledigen Kinder von Asylberechtigten und Flüchtlingen. In der Diskussion über den Referentenentwurf wie den Gesetzentwurf ist einer der wohl am heftigsten umstrittene Gesichtspunkt das *Nachzugsalter*<sup>62</sup>. Diese Diskussion verliert jedoch an Schärfe, wenn die *Neustrukturierung des Kindernachzugs* bedacht wird. § 32 unterscheidet nämlich

---

<sup>62</sup> S. hierzu auch die Empfehlung des Bundesrates, das Nachzugsalter auf zehn Jahre abzustufen (BR-Drs. 921/1/01, S. 53).

zwischen der „*Verlegung des Lebensmittelpunktes*“ des Kindes in das Bundesgebiet im zeitlichen Zusammenhang mit der Einreise der Eltern oder des allein sorgeberechtigten Elternteils (§ 32 Abs. 1 Nr. 3) einerseits und dem *Nachzug zu einem späteren Zeitpunkt*.

Grundsätzlich geht der Entwurf davon aus, dass dem ledigen Kind der Nachzug bis zur Erreichung der Volljährigkeit erlaubt ist (§ 32 Abs. 1, 2 und 4). Der Einreiseanspruch für den Regelfall ist jedoch davon abhängig, dass beide Elternteile oder der allein sorgeberechtigte Elternteil zusammen mit dem Kind den Lebensmittelpunkt in das Bundesgebiet verlegen (§ 32 Abs. 1 Nr. 3). Eine gleichzeitige Einreise wird nicht verlangt. Vielmehr bezeichnet die „gemeinsame Verlagerung des Lebensmittelpunktes“ ein prozesshaftes Geschehen, dessen Dauer sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet. Es kann etwa sachgerecht sein, dem Kind vor dem Umzug die Beendigung des laufenden Schuljahres zu ermöglichen (S. 77). Keine gemeinsame Verlagerung des Lebensmittelpunktes wird für das minderjährige ledige Kind von Asylberechtigten und Flüchtlingen (§ 32 Abs. 1 Nr. 1), von Ausländern mit einer Niederlassungserlaubnis nach §§ 19, 20 oder § 26 Abs. 3 (§ 32 Abs. 1 Nr. 2) und für das minderjährige ledige Kind verlangt, das ausreichende deutsche Sprachkenntnisse besitzt und zu den Eltern oder dem allein sorgeberechtigten Elternteil nachreisen will (§ 32 Abs. 3).

Unklar ist allerdings das Verhältnis zwischen § 32 Abs. 2 und § 32 Abs. 4. Hier besteht Bedarf nach einer schärferen Abgrenzung der beiden Fallgruppen. Welche Fallgestaltungen sollen durch die Ermessensnorm des § 32 Abs. 4 erfasst werden, die nicht bereits durch den Rechtsanspruch nach § 32 Abs. 2 geregelt werden? Darüber hinaus kann der Begründung nicht entnommen werden, aus welchen Gründen die Härtefallregelung des § 20 Abs. 4 Nr. 2 AuslG nicht übernommen wird. Diese ist zwar in der Verwaltungspraxis kaum angewendet worden. Im Einzelfall kann sie jedoch zur Vermeidung von Härten nach wie vor ihre Berechtigung haben.

Im Streit steht damit der Nachzug der Kinder, die nicht zusammen mit den Eltern oder einem allein sorgeberechtigten Elternteil einreisen und nicht über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügen. Sicherlich fällt die gewollte Privilegierung von Eliten ins Auge, deren minderjährige Kinder ohne Altersbegrenzung später einreisen können, wenn die Eltern oder der allein sorgeberechtigte Elternteil eine

Niederlassungserlaubnis besitzen (§ 32 Abs. 1 Nr. 2). Diese kann den Eltern oder dem allein sorgeberechtigten Elternteil nach § 19 Abs. 1 bereits unmittelbar nach der Einreise erteilt werden. Demgegenüber wird der Kindernachzug der traditionellen Arbeitsmigranten durch die Altersbegrenzung in § 32 Abs. 3 erschwert und besteht Streit über die weitere Absenkung der Altersgrenze. Ob allein das wirtschaftliche Interesse der Bundesrepublik an der Elitenabschöpfung eine derart ins Auge fallende Ungleichbehandlung rechtfertigen kann und bei der zugrundeliegenden Abwägung die humanitäre Komponente des Entwurfs zureichend gewichtet worden ist, erscheint fraglich. Darüber hinaus ergeben sich Bedenken gegen die Regelung des § 32 Abs. 3 in den Fällen, in denen mehrere Kinder im Wege des Nachzugs einreisen wollen, von denen einige die Altersgrenze noch nicht, eines oder mehrere diese indes bereits erreicht haben. Hier erscheint die Zurückweisung der minderjährigen Kinder, welche die Altersgrenze bereits überschritten haben, aus humanitären Gründen kaum hinnehmbar.

Unklar ist die quantitative Dimension, die dem Streit zugrunde liegt. Zwar wurden im Jahre 2000 an Kinder 17.699 Einreiseerlaubnisse zum Familiennachzug erteilt<sup>63</sup>. Der Anteil der Kinder, die vor der Einreise bereits den überwiegenden Teil ihres Kindesalters im Herkunftsland verbracht hat, dürfte jedoch eher gering sein. Andererseits dürfte die Erwartung nicht gänzlich unbegründet sein, dass mit der rechtlichen Verbesserung der Integration der hier lebenden ausländischen Wohnbevölkerung auch die Bereitschaft der Eltern wachsen wird, ihre Kinder im früheren Alter als bisher zu sich zu holen. Auch dürfte sich der hier angesprochene Personenkreis der traditionellen Arbeitsmigranten in Zukunft vermehrt einbürgern lassen, sodass § 32 ohnehin keine Anwendung mehr auf den Kindernachzug findet. Die politische Lösung sollte also in dem Bemühen um stärkere Integration der ausländischen Wohnbevölkerung liegen. Das vom Gesetzentwurf angestrebte Ziel der Herabsenkung der Altergrenze für den Kindernachzug wird sich dann von selbst einstellen, ohne dass es hierzu notwendigerweise rechtlicher Sanktionen bedarf.

#### **IV. Ausweisungsschranken zugunsten „faktischer Inländer“**

Der Gesetzentwurf übernimmt in §§ 53 bis 56 nahezu unverändert die geltenden Ausweisungsvorschriften der §§ 45 – 48 AuslG. Geändert worden ist lediglich die Rangfolge des abgestuften Ausweisungssystems. Darüber hinaus sind die besonderen Schutzvorschriften einheitlich in einer Vorschrift (§ 56) zusammengefasst worden und nicht mehr verstreut wie nach bisherigem Recht geregelt (vgl. § 47 Abs. 3 und § 48 AuslG). Inhaltlich werden indes keine Änderungen, insbesondere nicht zugunsten der hier geborenen oder aufgewachsenen Ausländer, vorgeschlagen.

Damit schließt der Gesetzentwurf sich nicht den Empfehlungen der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ an, die es für geboten ansieht, „Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden aus Migrantenfamilien, die im Inland geboren oder aufgewachsen sind, einen *allumfassenden Ausweisungsschutz bei Ausweisung* zukommen zu lassen“<sup>64</sup>. Diese Forderung entspricht der Tendenz, wie sie seit Beginn der neunziger Jahre ihren Ausdruck in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gefunden hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat vorsichtig angedeutet, dass bei „faktischen Inländern“ die Ausweisung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kollidieren könnte<sup>65</sup>. Der Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für 1999 über die Lage der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland empfiehlt ebenfalls eine Überprüfung der bisherigen Rechtslage im Interesse dieser Personengruppe<sup>66</sup>. Es geht hier um lebensgeschichtlich an das Bundesgebiet gebundene Delinquenz und soziale Fehlentwicklungen, auf die deshalb auch ausschließlich im Bundesgebiet mit den herkömmlichen, auf Straftaten und abweichendes Verhalten reagierenden strafrechtlichen und individualpsychologischen Maßnahmen, insbesondere aber mit erzieherischen und sozialpolitischen Mitteln, geantwortet werden sollte.

Das System der Ausweisungsvorschriften ist in erster Linie gegen die Angehörigen der zweiten Generation gerichtet. Denn für den Besucher, Studenten oder erst kurzfristig hier lebenden Ausländer reicht zur effektiven Gefahrenabwehr bereits mangels gefestigter Bindungen im Bundesgebiet regelmäßig die Ermessensausweisung aus. Die Ist- und Regel-Ausweisung sind vom Gesetzgeber als „*normative Vergewisserung*“ der

---

<sup>63</sup> Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“, 2001, S. 189.

<sup>64</sup> Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“, 2001, S. 250 f..

<sup>65</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 303 (305) = InfAuslR 1999, 54

<sup>66</sup> BT-Drs. 14/2674, S. 24.

künftigen Gefährlichkeit unter Absehen von allen persönlichen Umständen konzipiert worden. Der Zugang individueller Interessen in die behördliche Entscheidung erfolgt über die extrem hohe Schwelle des „*atypischen Ausnahmegeschehens*“<sup>67</sup>, bei dem diese darüber hinaus an generalpräventiven Erwägungen gemessen werden<sup>68</sup>. Fraglich ist, ob ein derart strukturiertes Ausweisungssystem den völkerrechtlich geschützten Interessen der Angehörigen der zweiten Generation gerecht werden kann. Auch wenn der Gesetzgeber den von der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ empfohlenen großen Sprung für nicht opportun erachtet, sollten deshalb jedenfalls die Vorschriften über den besonderen Ausweisungsschutz darauf hin überprüft werden, ob sie mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte übereinstimmen. Dies ist weder nach der geltenden Rechtslage noch nach dem Gesetzentwurf zureichend sichergestellt.

Die besonderen Schutzvorschriften des § 56 knüpfen wie auch § 48 AuslG an formale Voraussetzungen, wie etwa den Besitz eines bestimmten Aufenthaltstitels an. So hat die obergerichtliche Rechtsprechung es abgelehnt, ein Bedürfnis für die Gewährleistung eines besonderen Ausweisungsschutz für hier geborene oder aufgewachsene Jugendliche anzuerkennen, wenn diese noch nicht den formalen Titel einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AuslG, s. auch § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthGE) erlangt haben<sup>69</sup>. Demgegenüber prüft der Gerichtshof vorrangig materielle Gesichtspunkte, um entscheiden zu können, ob einerseits aufgrund des langfristigen Aufenthalts im Vertragsstaat eine Entfremdung zum Staat der Staatsangehörigkeit eingetreten ist und die Beziehung zu diesem nur (noch) eine bloße Hülse darstellt, andererseits ob die Integration im Vertragsstaat vollzogen ist. Insbesondere den fehlenden Kenntnissen der Sprache des Staates der Eltern misst er hierbei ein besonderes Gewicht bei<sup>70</sup>. Auch dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Ausreise für die engen Familienangehörigen kommt ein

---

<sup>67</sup> Vgl. hierzu BVerwGE 101, 247 (254); BVerwG, NVwZ 1997, 119 (1120); Hess.VGH, EZAR 032 Nr. 6.

<sup>68</sup> BVerwGE 101, 247 (255); 102, 63; OVG NW, NVwZ-RR 1996, 173.

<sup>69</sup> OVG Bremen, EZAR 032 Nr. 8; OVG NW, NVwZ-Beil. 1998, 57 (58); BayVGH, InfAuslR 1995, 7 (8); zustimmend Kay Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 47 AuslG Rdn. 19; Günter Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, S. 610; kritisch hierzu Gernot Fligge, Regelausweisung und besonderer Ausweisungsschutz nach § 48 AuslG, InfAuslR 1996, 389, 390.

<sup>70</sup> EGMR, InfAuslR 1991, 149 (150) – *Mostaquim*; EKMR, InfAuslR 1995, 133 (134) – *Lamguindaz*.

wesentliches, schutzverstärkendes Gewicht zu<sup>71</sup>. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt es weder auf die Schwere und das Gewicht noch auf die Anzahl der Straftaten an<sup>72</sup>.

Darüber hinaus findet der besondere Schutz von Art. 8 EMRK nicht nur solange Anwendung, wie der Betroffene Jugendlicher oder Heranwachsender ist. Vielmehr bewirkt die Tatsache, dass er hier in die Lebensverhältnisse hineingewachsen ist, einen besonders starken Schutz, der auch nach Erreichung der Volljährigkeit fortwirkt. Auch diesem Gesichtspunkt tragen die Vorschriften des § 56 nur unzulänglich Rechnung. Schließlich dürfte der Regel-Ausnahme-Mechanismus des § 56 Abs. 1 Satz 2, der nur eine *Grobabwägung* der einander widerstreitenden Interessen erlaubt<sup>73</sup>, kaum der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geforderten *Feinabwägung* gerecht werden, weil dieser sachgerecht nur durch eine Ermessensentscheidung Rechnung getragen werden kann. Es wird daher folgende Regelung vorgeschlagen:

>> § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sollte wie folgt gefasst werden: „*Ein Ausländer, der ...2. im Bundesgebiet geboren oder als Minderjähriger in das Bundesgebiet eingereist ist und sich mindestens fünf Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat...*>>

Schwerwiegende Bedenken ergeben sich in diesem Zusammenhang insbesondere auch gegen die Übernahme der Regelung des § 26 Abs. 3 AuslG durch § 35 Abs. 3, durch welche anstelle der Ausweisung die *Versagungsverfügung* den Aufenthalt Jugendlicher endgültig beendet. In der öffentlichen Diskussion wird diese an versteckter Stelle lauernde Gefahr für Jugendliche nicht diskutiert, obwohl sie ebenso einschneidend wie die Ausweisung die an das Bundesgebiet gebundene individuelle Existenz der Jugendlichen beendet, andererseits den Behörden die entsprechende Kompetenz weit unterhalb der materiellen Schwelle einräumt, welche das Ausweisungsrecht zugunsten dieser Personengruppe prägt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien hervorgehoben, dass im Rahmen des § 26 Abs. 3 AuslG nur Jugendverfehlungen und

---

<sup>71</sup> EGMR, EuGRZ 1985, 567 (569) – *Abdulaziz*; EGMR, Human Rights Law Journal 1992, 413 – *Beljoudi*; EGMR, NVwZ 1998, 164 (165) – *Mehemi*

<sup>72</sup> S. z. B. EGMR, NVwZ 1998, 164 (165) – *Mehemi*: Teilnahme an einer Verschwörung zur Einfuhr von 142 kg Haschisch

<sup>73</sup> Clemens Barth, NVwZ 1998, 1031 (1035); s. hierzu im Einzelnen Reinhard Marx, Ausländer- und Asylrecht in der anwaltlichen Praxis, S. 311 –316.

vereinzelte leichtere Straftaten, die lediglich mit Jugend- oder Freiheitsstrafe geahndet werden, nicht zu einer Aufenthaltsbeendigung führen<sup>74</sup>. Im Widerspruch hierzu steht die Verlängerungsvorschrift des § 21 Abs. 4 AuslG (im Entwurf § 34 Abs. 3). In der Rechtsprechung wird insoweit der Verlängerungsanspruch bejaht, sofern nicht Gründe eingreifen, die auch den besonderen Ausweisungsschutz nach § 48 Abs. 2 Satz 2 AuslG (im Entwurf § 56 Abs. 1 Satz 3) entfallen lassen<sup>75</sup>. Diesen Wertungswiderspruch setzt der Entwurf mit der Beibehaltung der Regelungen der § 34 Abs. 3 einerseits und § 35 Abs. 3 andererseits fort. Der konventionsrechtliche Schutz nach Art. 8 EMRK findet darüber hinaus unabhängig davon Anwendung, in welcher rechtlichen Form der Aufenthalt beendet wird. Daher bedarf die Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 einer Überprüfung mit dem Ziel, die Aufenthaltsbeendigung in Form der Versagungsverfügung den Vorschriften über den besonderen Ausweisungsschutz für Jugendliche anzugleichen:

>>§ 35 Abs. 3 Satz 2 sollte wie folgt gefasst und Satz 3 gestrichen werden:  
*„Liegen keine die Ausweisung nach § 56 Abs. 1 rechtfertigenden schwerwiegenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, wird die Aufenthaltserlaubnis verlängert.“*<<

## V. Weitere ausländerrechtliche Regelungen

### 1. Zurückweisungsverbot (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AufenthGE)

Wie auch im geltenden Recht wird durch das Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 ( § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG) die *Zurückweisungspflicht* nach § 15 Abs. 1 nicht aufgehoben. § 15 Abs. 4 Satz 1 verweist nicht auf den Schutz nach § 60 Abs. 7 Satz 1. Dies entspricht der geltenden in § 60 Abs. 5 Satz 1 AuslG geregelten Rechtslage. Diese Norm verweist ebenfalls nicht auf den Schutz nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG. Zwar ist durch die Einbeziehung der nichtstaatlichen und frauenspezifischen Verfolgung in § 60 Abs. 1 AuslG nunmehr sichergestellt, dass im Gegensatz zum Referentenentwurf die Opfer derartiger Verfolgungen Schutz vor Zurückweisung genießen. Der negatorische Schutz nach § 60 Abs. 7 Satz 1 sollte ungeachtet dessen jedoch nicht weniger effektiv wie der Schutz nach § 60 Abs. 2, 3 und 5 gestaltet werden. Da der Gesetzentwurf für den Abschiebungsschutz dieser Forderung bereits mit § 59 Abs. 3 Satz 2 Rechnung

<sup>74</sup> BVerwG, NVwZ 1997, 1119 (1122); zum Ganzen Reinhard Marx, Für Mehmet den Zweiten und Nachfolger, InfAuslR 2000, 9.

<sup>75</sup> VGH BW, InfAuslR 1999, 228 (230); VG Bremen, InfAuslR 1998, 450.

getragen hat, der ohne Differenzierung zwischen den einzelnen Verboten des § 60 die behördliche Abschiebungskompetenz begrenzt, ist nicht ersichtlich, welcher Grund eine Beibehaltung der Differenzierung des geltenden Rechts bei der Einschränkung der Zurückweisungspflicht nach § 15 Abs. 4 Satz 1 tragen könnte. Deshalb wird folgende Fassung des § 15 Abs. 4 Satz 1 vorgeschlagen:

*>>§ 60 Abs. 1 bis 3, 5 und 7 sowie § 62 finden entsprechende Anwendung<<*

## 2. *Zugang zum Arbeitsmarkt (§§ 39 ff. AufenthGE)*

Abweichend vom Referentenentwurf, der die Vorschrift des § 284 SGB III umgestalten und den Zugang zum Arbeitsmarkt an einen Aufenthaltstitel knüpfen wollte, schlägt der Gesetzentwurf die Aufhebung der entsprechenden Vorschriften des SGB III vor (Art. 9 Nr. 3). Nach § 39 soll nunmehr das AufenthG selbst den Zugang zum Arbeitsmarkt regeln. § 42 enthält eine Reihe von Verordnungsermächtigungen, durch welche u.a. die Anwerbestoppausnahmereordnung außer Kraft gesetzt wird (vgl. Art 15 Abs. 4 Nr. 8). Der Entwurf übersieht, dass auch die Arbeitsgenehmigungsverordnung außer Kraft tritt, weil durch Art. 9 Nr. 5 deren Ermächtigungsgrundlage, § 288 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB III, aufgehoben wird.

§ 39 Abs. 1 Satz 1 sollte dahin überprüft werden, ob wirklich gewollt ist, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt vom Besitz des formellen Aufenthaltstitels nach § 4 Abs. 1 Satz 2 abhängig sein soll. Dies war der erklärte Wille des Referentenentwurfs (vgl. dort Art. 9 Nr. 2) und kommt wohl auch in den Vorschriften des § 4 Abs. 3, § 39 Abs. 1 Satz 1 zum Ausdruck. Andererseits wird nach Art. 3 Nr. 2 der Zugang zum Arbeitsmarkt auch auf der Grundlage der Aufenthaltsgestattung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG eröffnet. Der Gesetzgeber sollte deshalb für den Ordnungsgeber hinreichend klar zum Ausdruck bringen, dass gegenüber den bisher in §§ 285, 286 SGB III, § 2 ArGV geregelten Ansprüchen keine Schlechterstellung beabsichtigt ist. Insoweit reagiert der Gesetzentwurf nicht ansatzweise auf die Kritik des Bundesjustizministeriums am Referentenentwurf, welches im Blick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG erhebliche Bedenken dagegen geäußert hat, dass dem Ordnungsgeber keine konkreten Vorgaben auferlegt werden<sup>76</sup>. Es kann nicht im öffentlichen Interesse liegen, dass den

---

<sup>76</sup> Bundesjustizministerium, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zuwanderungsgesetzes, vom 31. August 2001, S. 27 ff.

Abschiebungsschutzberechtigten nach § 60 Abs. 2 bis 7 sowie den anderen Personen, die im Besitz einer Bescheinigung nach § 60 Abs. 11 Satz 4 sind, bis zur Erlangung des aufenthaltsrechtlichen Titels nach § 25 Abs. 3 oder 5 der Zugang zum Arbeitsmarkt versperrt und dadurch ein sozialer Konfliktstoff erzeugt wird.

Nach geltendem Recht kann der Arbeitsmarktzugang auch auf der Grundlage einer Duldung (§ 5 Nr. 5 ArGV), ja, selbst noch nach Versagung der Aufenthaltsgenehmigung bis zum Eintritt der vollziehbaren Ausreisepflicht (§ 5 Nr. 4 ArGV) ermöglicht werden. Diese die öffentlichen Kassen entlastenden Regelungen sollten beibehalten werden. *Insoweit erscheint eine Klarstellung in § 39 Abs. 1 Satz 1 angezeigt.*

### 3. Passbeschaffung

Durch Art. 3 Nr. 30 wird § 43b AsylVfG aufgehoben. Andererseits sollen durch Rechtsverordnung die Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden bei der Beschaffung von Heimreisedokumenten geregelt werden (vgl. § 98 Abs. 1 Nr. 8). Anders als der Referentenentwurf dies vorgesehen hatte, wird die entsprechende Behördenzuständigkeit nicht dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge auferlegt (vgl. § 75) Irgendwelche inhaltlichen Vorgaben soll das Gesetz dem Verordnungsgeber nicht einräumen. Dies ist mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG kaum zu vereinbaren. Darüber hinaus bleibt es dabei, dass der Asylsuchende aufgefordert werden kann (§ 82 Abs. 4, jetzt § 70 Abs. 4 AuslG), persönlich bei der zuständigen Auslandsvertretung zum Zwecke der Passbeschaffung vorzusprechen.

Nach der Rechtsprechung darf ein Asylsuchender erst dann zur Vorsprache bei der Auslandsvertretung zwecks Regelung von Passangelegenheiten aufgefordert werden, wenn das Asylverfahren ein Stadium erreicht hat, welches die Aufenthaltsbeendigung selbst erlaubt<sup>77</sup>. Dies ist im Falle des offensichtlich unbegründeten Asylbegehrens – und damit auch im Flughafenverfahren – erst nach Zustellung der gerichtlichen Eilentscheidung der Fall (§ 67 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG), im Übrigen nach unanfechtbarer Versagung der begehrten Statusentscheidung (§ 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylVfG). Das Gesetz

---

<sup>77</sup> VGH BW, AuAS 1995, 116 (117); VG Sigmaringen, AuAS 1996, 59 (60); VG Chemnitz, NVwZ-Beil. 2000, 44 (46).

hat nach § 98 Abs. 1 Nr. 8 entsprechende Vorgaben für den Verordnungsgeber zu machen, um so insbesondere auszuschließen, dass etwa im Flughafenverfahren vor der abschließenden Gerichtsentscheidung Asylsuchende mit polizeilichen Zwangsmaßnahmen der konsularischen Vertretung ihres Herkunftsstaates zur Klärung von Passfragen zugeführt werden.

#### 4. *Wiedereinreiseanspruch von Flüchtlingen (§ 51 Abs. 7 AufenthGE)*

Da die aufenthaltsrechtlichen Vorschriften im AsylVfG aufgehoben werden (Art. 3 Nr. 41), wird der Wiedereinreiseanspruch von Asylberechtigten nunmehr in § 51 Abs. 7 geregelt. Wie im geltenden Recht (vgl. § 69 AsylVfG) berechtigen die Wiedereinreiseregeln ausschließlich Asylberechtigte, nicht hingegen Konventionsflüchtlinge, obwohl die Vorschrift des § 51 Abs. 7 (§ 69 AsylVfG) als innerstaatliche Umsetzungsvorschrift von § 11 GFK Anhang zu verstehen ist und deshalb auch Flüchtlinge erfasst.

*Daher ist in § 51 Abs. 7 ein Hinweis auf schutzberechtigte Personen nach § 60 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 AsylVfG aufzunehmen.*

#### 4. *Verfahrensrechtliche Fragen (§ 77 Abs. 2, § 81 Abs. 3, § 83 AufenthGE)*

Als Folge der Aufhebung des Duldungssystems entfällt auch die das geltende Recht prägende Unterscheidung zwischen der Duldungsfiktion (§ 69 Abs. 2 AuslG) und der Erlaubnisfiktion (§ 69 Abs. 3 AuslG). Vielmehr soll die Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 2 nur noch dann erteilt werden, wenn der Antrag nach der Einreise gestellt werden darf (§ 81 Abs. 2 AuslG) oder der Antragsteller sich im Zeitpunkt der Antragstellung rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält (§ 81 Abs. 3 Satz 1). Für die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes entschiedenen Fälle des *nachträglichen Gesinnungswandels*, in denen der Antragsteller erlaubt eingereist ist, sich jedoch erst nach der Einreise die Gründe für die Änderung des Zwecks und die Dauer des erstrebten Aufenthaltes geändert haben<sup>78</sup>, sowie auch in anderen Fällen, auf die etwa § 5 Abs. 2 Satz 2 gemünzt ist, kann es jedoch zweckmäßig sein, Ausnahmen von der strikten Regelung in § 81 Abs. 2 Satz 1 zuzulassen.

In diesem Zusammenhang sollte auch die Regelung des § 77 Abs. 2, soweit die Versagung eines begehrten Visums geregelt wird, überprüft und überlegt werden, dass jedenfalls bei bestehenden Rechtsansprüchen eine schriftliche Begründung für die Versagung erforderlich ist und auch im Übrigen die Einsichtsfähigkeit in die getroffene Entscheidung ermöglicht wird, wenn diese zumindest kurz begründet wird. Die Behauptung, durch die Versagung eines Zuwanderungsbescheides oder eines Besuchervisums würden keine subjektiven Rechte betroffen (Begründung, S. 90), erscheint fragwürdig. Der Vorschlag des vollständigen Rechtsmittelausschlusses in diesen Fällen sollte deshalb überprüft werden. Zwar ist es regelmäßig nicht im Interesse der Antragsteller, wegen eines Besuchervisums einen jahrelangen Verwaltungsstreit zu führen. Enge verwandtschaftliche Beziehungen etwa zu im Bundesgebiet lebenden politischen Verfolgten belegen indes, dass subjektive Rechte durchaus im Streit stehen können. Auch der Bundesrat empfiehlt aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Überprüfung des § 83.

## **VI. Asylverfahren**

### *1. Einführung neuer asylverfahrensrechtlicher Strukturelemente*

#### *1.1. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (§ 75 AufenthGE)*

Entscheidungen über Asylanträge sind unbeeinflusst von innen- und außenpolitischen Einflüssen, allein anhand verfassungs- und völkerrechtlicher Verpflichtungen zu treffen. Zu prüfen ist, ob im Einzelfall politische Verfolgung oder menschenrechtswidrige Gefahren (§ 53 AuslG, § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7) drohen. Ein Bundesamt, das neben den Aufgaben nach dem AsylVfG insbesondere auch zentrale Steuerungs- und Koordinationsfunktionen in der Migrationspolitik wahrnimmt (§ 75 Abs. 1 AufenthGE) läuft Gefahr, zwischen den divergierenden Ziel- und Aufgabenkonflikten eines derartigen heterogenen Aufgabenpanoramas zerrieben zu werden oder in die Erfüllung strikt rechtlich zu handhabender humanitärer Pflichtaufgaben (§ 5 AsylVfG) migrationspolitische Erwägungen und Motivationen einfließen zu lassen.

---

<sup>78</sup> BVerwGE 75, 20 (25); Hess.VGH, InfAuslR 1993, 67 (68); VGH BW, InfAuslR 1992, 168 (170).

Die Entwurfsbegründung verhält sich zu diesen Zielkonflikten nicht. Hingegen werden diese im Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ nicht verschwiegen. Dieser weist darauf hin, dass Zuwanderungspolitik auch von *Antagonismen* geprägt sei. Das Bewusstsein wachse, dass *„unsere Gesellschaft bestimmte Zuwanderer braucht“*, andere hingegen *„brauchen weiterhin uns“*. Eine positive Einstellung zur Zuwanderung aus arbeitsmarktpolitischen und demographischen Gründen habe nur Bestand, wenn zugleich die Überzeugung wachse, dass nicht nur der migrationspolitisch erwünschte *„Aufbruch“*, sondern auch eine *„humanitär motivierte Zuwanderungspolitik notwendig und gestaltbar“* sei (Seite 123).

Der Problemaufriss ist richtig. Wenn Zuwanderungspolitik von Antagonismen geprägt ist, muss diesen wirksam begegnet werden. Strikte verfahrensrechtliche, institutionelle und administrative Vorkehrungen haben sicherzustellen, dass über den einzelnen Asylantrag nur nach Maßgabe rechtlich bindender Vorgaben entschieden wird. Auffallend ist, dass der Zuwanderungsrat bis auf die statistische Berichtspflicht nach § 76 Abs. 3 nicht mit asyl- und flüchtlingsrechtlichen Fragen betraut werden soll. Bereits das vorgegebene *Interesse an gleichgewichtiger Gestaltung der Migrations- und Flüchtlingspolitik* gebietet die Einrichtung eines *institutionellen Gegengewichtes*. Die Gesetzesbegründung erwähnt den *„Beirat für Asylverfahren“* und den dort versammelten *„externen Sachverstand“* (S. 88). Die Frage stellt sich, ob dieser Beirat nicht ebenso wie der Zuwanderungsrat auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden sollte, dessen Kompetenzen insbesondere darin bestehen sollten, die Schaffung der erforderlichen institutionellen und administrativen Vorkehrungen zur Gewährleistung einer von politischen Einflüssen unbeeinflussten Wahrnehmung der Aufgaben nach dem Asylverfahrensgesetz zu begutachten. Der Beirat sollte das Bundesamt darüber hinaus in zentralen Fragen der Anwendung asyl- und flüchtlingsrechtlicher Bestimmungen beraten.

## *1.2. Gewährleistung einer einheitlichen Entscheidungspraxis*

### *1.2.1. Notwendigkeit einheitlicher und unverzüglicher Statusentscheidungen*

Die Entwurfsbegründung sieht weiteren gesetzlichen Handlungsbedarf zur Beschleunigung des Asylverfahrens und will deshalb die bislang geltende, allerdings

nur auf die asylrechtliche Statusentscheidung, nicht hingegen auf die Abschiebungsverbote des § 53 AuslG bezogene Weisungsunabhängigkeit der Einzelentscheider (§ 5 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG) sowie akzessorisch hieran anknüpfend die Institution des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten (§ 6 AsylVfG) aufheben. Die überkommene Unabhängigkeit von Weisungen erweise sich „heute zunehmend als unpraktikabel und verfahrensverzögernd“. Eine fehlerhafte Entscheidung könne weder vom Bundesamt selbst noch im Wege der Fachaufsicht korrigiert werden. Das deshalb erforderliche Korrekturinstrument des bezeichneten Bundesbeauftragten bewirke Verfahrensverzögerungen und belaste zusätzlich die ohnehin begrenzten Ressourcen der Verwaltungsgerichtsbarkeit (S. 99).

Der Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ fordert ebenfalls die Beseitigung der Weisungsunabhängigkeit der Einzelentscheider, da diese zu einer „*uneinheitlichen Entscheidungspraxis*“ des Bundesamtes führe, weil vergleichbare Sachverhalte von verschiedenen Einzelentscheidern unterschiedlich“ beurteilt würden. Mit der Weisungsfreiheit habe die Exekutive sich die Möglichkeit genommen, von ihr als solche eingeschätzte Fehlentwicklungen selbst zu korrigieren. Das Gegengewicht zur Weisungsunabhängigkeit, der Bundesbeauftragte, werde mit deren Wegfall entbehrlich (Seite 144). Die Gewährleistung der Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis des Bundesamtes bei vergleichbaren Sachgestaltungen ist ein legitimes Anliegen und dient nicht zuletzt der Akzeptanz asylrechtlicher Statusentscheidungen durch die Betroffenen selbst. Fraglich ist indes, ob dies die vollständige Aufhebung der Weisungsunabhängigkeit rechtfertigt.

### *1.2.2 Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten und Weisungsunabhängigkeit der Einzelentscheider*

#### *1.2.2.1. Unvertretbarkeit der Glaubwürdigkeitsprüfung.*

Die Begründung gegen die Weisungsunabhängigkeit lassen die gebotene Differenzierung zwischen der an den *individuellen Tatsachen und deren Würdigung ausgerichteten Überzeugungsbildung im konkreten Einzelfall* einerseits und der Relevanz eher *genereller tatsächlicher und rechtlicher Fragen* andererseits vermissen. Die Entscheidung über den einzelnen Asylantrag ist eine höchst subjektiv geprägte

Aufgabe. Eine Überzeugungsbildung im Sinne des § 24 VwVfG kann nur im Rahmen der freien Beweiswürdigung getroffen werden. Letztlich muss sich der Einzelentscheider schlüssig werden, ob er den Angaben des Antragstellers über sein individuelles Verfolgungsgeschehen *Glauben schenken* will oder nicht<sup>79</sup>. Die Gefahr der Uneinheitlichkeit der Entscheidungspraxis liegt damit – bezogen auf den individuellen Tatsachenvortrag – in der Natur der Sache und kann nicht durch die Aufhebung der Weisungsunabhängigkeit eingeschränkt werden. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass gegen die im Einzelfall gewonnene Überzeugungsbildung durch die jeweils zuständige Referatsleitung des Amtes die Entscheidung angeordnet wird. Gerade wegen der nunmehr eingeführten antagonistischen Aufgabenstellung des Amtes sollte effektiv sichergestellt werden, dass humanitär ausgerichtete Rechtsentscheidungen ohne Einflussnahme von außen getroffen werden.

Insoweit vermag der in diesem Zusammenhang häufig gegebene Hinweis auf andere Verwaltungsbereiche, etwa die Bau- oder Ausländerverwaltung, nicht zu überzeugen. Im allgemeinen Verwaltungsrecht wird in der Regel vorrangig nach objektiven Kriterien unabhängig von der Qualität der individuellen Darlegungskompetenzen des Antragstellers der Antrag geprüft und die Entscheidung getroffen. Ob der Bauherr einen glaubwürdigen Eindruck vermittelt, ist für die Frage der Genehmigung regelmäßig ohne Bedeutung. Für die Zuverlässigkeitsprüfung etwa im Gaststättenrecht ist zwar die Persönlichkeit des Betreibers maßgebend. Die hierfür erforderliche Bewertung erfolgt jedoch primär nach objektiven Kriterien und ist von den Darlegungskompetenzen des Antragstellers unabhängig. Auch im Ausländerrecht stehen primär objektive Fragen im Zentrum der Entscheidung. Im Einzelfall mag es etwa bei der Einschätzung, ob tatsächlich eine familiäre Lebensgemeinschaft geführt wird, eine Härtefall vorliegt oder atypische Faktoren die Herabstufung des Ausweisung rechtfertigen, auch zu einer Berücksichtigung individueller Lebensumstände kommen. Gleichwohl beruht der Fokus der Prüfung und Entscheidung im Einzelfall auf Umständen, deren Ermittlung, Sichtung und Gewichtung nicht vorrangig von der Darlegungsfähigkeit des Rechtssuchenden abhängig ist.

---

<sup>79</sup> BVerwGE 71, 180 (182) = InfAuslR 1985, 244; BVerwG, NVwZ 1990, 171 = InfAuslR 1989, 349, für die Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Im Asylverfahren können indes die Tatsachenfeststellungen nahezu ausschließlich nur aufgrund der Darlegungskompetenzen des Asylsuchenden getroffen werden. Es besteht in keinem Verwaltungszweig eine derartige *Verdichtung und Häufung subjektiver Komponenten* wie im Asylrecht: Ob dem Antragsteller Glaube geschenkt wird, ist vorrangig abhängig von der Art der Ermittlung der Tatsachen in quantitativer und qualitativer Hinsicht und der hierzu erforderlichen Anstoßfunktion des Asylsuchenden, der Bewertung der Darlegungsfähigkeit durch den ermittelnden Entscheider und der Einschätzung der Glaubwürdigkeit der Person des Antragstellers als wesentliches Kriterium für die Annahme, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen als glaubhaft gemacht angesehen werden. Die Anforderungen an die Qualität der Darlegungspflichten sind darüber hinaus in den letzten zwanzig Jahren zunehmend gesteigert worden. Eigene über zwei Jahrzehnte durch eine Vielzahl von Anhörungen bei einer großen Zahl von Außenstellen des Bundesamtes gewonnene Erfahrungen bestätigen dieses Bild. Es ist dieser besondere Hintergrund des Asylverfahrens, der die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts für die Beweiswürdigung verständlich werden lässt. Danach kommt dem *persönlichen Vorbringen* des Asylsuchenden im Vergleich zur Praxis der Tatsachenfeststellungen in anderen Rechtsgebieten *gesteigerte Bedeutung* zu<sup>80</sup>. Aus dem in sich stimmigen und im Einzelnen konkretisierten Sachvortrag muss sich bei Wahrunterstellung ergeben, dass dem Asylsuchenden bei verständiger Würdigung politische Verfolgung droht<sup>81</sup>.

#### *1.2.2.2. Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung*

Die Feststellung individualbezogener Tatsachen und deren behördliche Würdigung stehen damit im Asylrecht in einem unmittelbaren verfahrensrechtlichen Sachzusammenhang, dessen Beeinträchtigung durch Einschränkung der verfahrensrechtlich gesicherten eigenständigen Beweiswürdigung des die Tatsachen ermittelnden Entscheiders zu Fehlentscheidungen führen wird. Aus der Sicht des Verfassungsrechts sind insoweit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) und die neuere Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichtes zu bedenken, derzufolge der Grundrechtsschutz nicht erst über Art. 19 Abs. 4 GG im gerichtlichen Kontrollverfahren, sondern weitgehend durch

---

<sup>80</sup> BVerwGE 71, 180 (181 f.).

<sup>81</sup> BVerwG, InfAuslR 1989, 350.

die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens zu bewirken ist<sup>82</sup>. Insbesondere für das Asylrecht hat das Bundesverfassungsgericht auf diesen Grundsatz<sup>83</sup> und auf die Tatsache hingewiesen, dass die Statusentscheidung vom Gesetz ausdrücklich als umfassende, abschließende und auf erschöpfender Sachaufklärung beruhende Sachentscheidung gewollt sei<sup>84</sup>.

### 1.2.2.3. Gewährleistungspflicht einheitlicher Statusentscheidungen

Im Blick auf *einzelfallunabhängige* rechtliche und tatsächliche Grundfragen (z.B. inländische Fluchtalternativen, gruppengerichtete Verfolgungen, staatliche Verfolgungsprogramme, asylerbliche Anwendung von Strafvorschriften, Politmalus, Terrorismusvorbehalt etc.) sind indes Einflussnahmen von außen unbedenklich. Sie sind zur Sicherstellung einer einheitlichen Entscheidungspraxis des Bundesamtes wegen der Beseitigung der Institution des Bundesbeauftragten auch notwendig. Allerdings gehört die Tatsachensubsumtion unter diese generelle Vorgaben dem Bereich freier Beweiswürdigung an. Überlegt werden sollte, ob der in der Begründung genannte „Beirat für Asylverfahren“ (S. 88) in den Prozess der Festlegung allgemeiner Vorgaben einbezogen werden sollte, um ein transparentes und externen, insbesondere völkerrechtlichen Sachverstand berücksichtigendes Entscheidungsverfahren zu gewährleisten. Dadurch könnte jedenfalls der aus der antagonistischen Aufgabenstellung des Bundesamtes folgenden Gefahr der politischen Einflussnahme auf Rechtsentscheidungen im konkreten Einzelfall angemessen und sachgerecht begegnet werden.

Die vom Gesetzentwurf unterstellte Akzessorietät zwischen der Abschaffung der Institution des Bundesbeauftragten und der Aufhebung der Weisungsunabhängigkeit der Einzelentscheider (S. 99) ist aus diesen Gründen nicht zwingend. Das Bundesamt kann danach für seinen Bereich auf eine einheitliche Anwendung gleichgelagerter Sach- und Rechtsfragen in angemessener Weise hinwirken, ohne dabei notwendigerweise auf die einzelfallbezogene Feststellung und Würdigung von Tatsachen Einfluss nehmen zu müssen. Dies war bislang auch die Aufgabe des Bundesbeauftragten. Seine gelegentlich geübte Praxis, Rechtsmittel im Blick auf die Einzelfallwürdigung des individuellen

---

<sup>82</sup> BVerfGE 53, 30 (65); 56, 216 (236); 65, 76 (94).

<sup>83</sup> BVerfGE 56, 216 (236).

Sachvorbringens einzulegen, war jedenfalls nicht unumstritten. Auf diese Weise können auch ohne die Institution des Bundesbeauftragten unter Beibehaltung der Weisungsunabhängigkeit sowohl das Beschleunigungsziel wie auch das Ziel der einheitlichen Entscheidungspraxis verwirklicht werden. Auch bislang war das Bundesamt in der Lage, über seine Prozessbevollmächtigten auf die Gestaltung der Rechtsmittelverfahren Einfluss zu nehmen. Asylverfahren, die aus der unmittelbaren Einflussphäre des Bundesamtes hinausgelangt sind, können mithin auch ohne den Bundesbeauftragten mit eigenen Prozessbevollmächtigten beeinflusst werden. Es spricht auch nichts dagegen, deren prozessuale Rechtsstellung dadurch zu verbessern, dass die Prozessbevollmächtigten im Verwaltungsprozess selbständig auftreten und etwa den Asylkläger klaglos stellen können (vgl. Entwurfsbegründung, S. 99).

Aus diesen Erwägungen wird vorgeschlagen, § 5 Abs. 2 AsylVfG wie folgt zu fassen:

*>>Über den einzelnen Asylantrag einschließlich der Feststellung, ob die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 Aufenthaltsgesetzes vorliegen, entscheidet ein insoweit weisungsunabhängiger Beamter des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge. Der Bedienstete muss mindestens Beamter des gehobenen Dienstes oder vergleichbarer Angestellter sein. Der Leiter des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge kann bei der Entscheidung zu berücksichtigende Anweisungen zur Bewertung nicht einzelfallbezogener Fragen tatsächlicher und rechtlicher Art erteilen.<<*

### *1.2.3. Beseitigung der Institution des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten*

Nach Art. 3 Nr. 5 ZuWGE soll § 6 AsylVfG aufgehoben und damit die Institution des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten abgeschafft werden. Damit entspricht der Referentenentwurf einem Vorschlag der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ (Bericht, Seite 143). Zugleich wird in diesem Zusammenhang in Art. 3 Nr. 46 eine Übergangsregelung für die durch Anfechtungsklagen des Bundesbeauftragten anhängig gewordenen Verfahren vorgeschlagen, wonach alle im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch anhängigen Verfahren nach Maßgabe des alten Rechts fortgeführt werden sollen.

Diese Regelung ist weder sinnvoll noch erforderlich. Das Amt des Bundesbeauftragten müsste bis zum Abbau aller – häufig noch Jahre dauernden – Verwaltungstreitverfahren bestehen bleiben. Die zu erwartende Zeitdauer ist beachtlich. Denn nach Abschluss des

---

<sup>84</sup> BVerfGE 60, 253 (289 f.).

erstinstanzlichen Verfahrens kann der Rechtsstreit bis in die Revisionsinstanz mit anschließender Zurückverweisung an die Vorinstanz (vgl. § 144 Abs. 4 VwGO) und erneutem anschließenden Revisionsverfahren fortgeführt werden. Eine *Schlussstrichregelung* würde nicht nur für das Bundesinnensressort, sondern wegen der Entlastung für die Verwaltungsjustiz auch für die Länder erhebliche kostensparende Folgen haben und Kapazitäten in den Verwaltungsgerichten für die Beschleunigung der anderen Verfahren freisetzen. Da es um *bona-fide Flüchtlinge* geht, ist eine derartige Regelung auch verantwortbar. Deshalb wird vorgeschlagen, Art. 3 Nr. 46 wie folgt zu fassen:

*>>Rechtmittel in gerichtlichen Verfahren nach diesem Gesetz, die vor dem Inkrafttreten nach Artikel 15 aufgrund einer den Ausländer beschwerenden Anfechtungsklage nach § 6 Abs. 2 Satz 2 in der vor diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anhängig geworden sind, gelten mit Wirkung vom (Zeitpunkt nach Art. 15 Abs. 2) als zurückgenommen<<*

## 2. *Verbesserung des asylrechtlichen Verwaltungsverfahrens*

Nach dem Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ ist die *„Effizienzsteigerung des Bundesamtsverfahrens“* ein zentrales Ziel der Reform des Asylverfahrensrechts. Damit die Kontrolltätigkeit der Verwaltungsgerichte gewahrt wird und diese nicht selbst Defizite des Verwaltungsverfahrens aufarbeiten müssen, soll die Qualität und Effizienz der Verwaltungsverfahren verbessert werden (Seite 133). Diese Ausführungen werden vor dem Hintergrund der erstmals 1992 eingeführten verfahrensrechtlichen Konzeption verständlich, Verwaltungsverfahren nach Möglichkeit binnen sechs Wochen abzuschließen. Dies hat dazu geführt, dass die persönliche Anhörung unmittelbar nach der Meldung bei der zuständigen Außenstelle des Bundesamtes ohne zureichende unabhängige Beratung und Vorbereitung der Antragsteller (§ 25 Abs. 4 Satz 1 AsylVfG) durchgeführt wird und Beweiserhebungen und Nachbesserungen im Asylverfahren die extreme Ausnahme sind. Die Beschleunigung der Verwaltungsverfahren hat damit zu einer unangemessenen und vermeidbaren Überlastung der Verwaltungsjustiz und damit lediglich zu einer Verschiebung der Probleme, die aus der besonderen Funktion der Darlegungslast im Asylverfahren führen, in die Kontrollinstanz geführt.

Dieses Defizit wird vom vorgelegten Entwurf nicht angegangen. Die Verwaltungsgerichte entlastende Qualitätssteigerungen des Bundesamtsverfahrens sind

indes am ehesten durch eine Verbesserung der Verfahrensrechte der Asylsuchenden in Verbindung mit einer Verbesserung der Verfahrensgestaltung zu erreichen. Diesem Ziel läuft der Entwurf bereits deshalb zuwider, weil er überhaupt keine Vorgaben mehr für die fachliche Kompetenz der Einzelentscheider enthält. Damit kommt der mit der Abschaffung der Anerkennungsausschüsse durch § 2 Abs. 1 der Zweiten Asylbeschleunigungsnovelle vom 16. August 1980 eingeleitete Prozess der qualitativen Herabstufung des Verwaltungsverfahrens zum Abschluss. Die Vorgabe des geltenden Rechts, dass der Einzelentscheider zumindest „Beamter des gehobenen Dienstes oder vergleichbarer Angestellter“ sein muss (§ 5 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG), ist jedoch eine wichtige Voraussetzung für die gewünschte Qualitätssteigerung der Sachentscheidungen des Bundesamtes, denen weitere gesetzliche und administrative Begleitmaßnahmen folgen müssen. So muss etwa das Verwaltungsverfahren so ausgestaltet werden, dass das Bundesamt verpflichtet wird, von Amts wegen und auf Antrag Beweis zu erheben. Dies erfordert auch eine Überprüfung derzeit bestehender interner Entscheidungsstrukturen mit dem Ziel, optimale Flexibilität und Schnelligkeit der Beweisaufnahme sicher zu stellen.

Folgende Änderungen des Bundesamtesverfahrens werden deshalb vorgeschlagen:

*>>1. Dem Asylsuchenden ist vor der persönlichen Anhörung ausreichend Gelegenheit zu geben, sich über seine Mitwirkungsrechte und -pflichten durch unabhängige und rechtskundige Personen und Organisationen bzw. durch einen Bevollmächtigten seiner Wahl beraten zu lassen.*

*2. Rechtzeitig vor der Durchführung der persönlichen Anhörung ist dem Antragsteller zu deren Durchführung ein Fragebogen auszuhändigen, der in einer ihm verständlichen Sprache die wesentlichen Fragen der Darlegungslast behandelt und den Antragsteller in die Lage versetzt, die aus Sicht des Bundesamtes entscheidungserheblichen Fragen vor der Durchführung der Anhörung schriftlich detailliert und erschöpfend zu behandeln.*

*3. § 24 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG wird wie folgt gefasst: „Das Bundesamt klärt den Sachverhalt auf und erhebt von Amts wegen oder auf Antrag die erforderlichen Beweise“.*

*4. Werden während der persönlichen Anhörung oder im weiteren Verlauf des Verfahrens Anzeichen bekannt, die auf eine Traumatisierung oder erhebliche psychische Belastung des oder der Asylsuchenden wegen erlittener Folterbehandlung oder sexueller Gewalt hinweisen, so ist auf Antrag das Verfahren auszusetzen und Gelegenheit zu geben, zur therapeutischen Behandlung und zu Beweis Zwecken fachärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Ergeben sich derartige Anzeichen während des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens, so hat das Bundesamt von Amts wegen das*

*Verfahren mit dem Ziel der Klaglosstellung erneut aufzugreifen. In allen Fällen ist den betroffenen Personen bereits während des Asylverfahrens eine Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 23 AufenthG mit der Möglichkeit des erleichterten Zugangs zum Arbeitsmarkt zu geben.<<*

Wegen der Vorschrift des § 25 Abs. 4 Satz 1 AsylVfG bedarf die erste Forderung einer gesetzlichen Regelung. Hingegen können der zweiten und vierten Forderung durch eine entsprechende administrative Gestaltung des Bundesamtsverfahrens Rechnung getragen werden. Die dritte Forderung bedarf über die gesetzliche Regelung hinaus einer effektiven administrativen Umsetzung.

### *3. Verletzung der Mitwirkungspflichten nach §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 und 23 Abs. 1 AsylVfG*

Nach Art. 3 Nr. 13 bis 15 werden Regelungen vorgeschlagen, um das Asylbegehren säumiger Antragsteller, die ihrer Verpflichtung zur unverzüglichen Meldung bei der zuständigen Außenstelle des Bundesamtes nach § 23 Abs. 1 AsylVfG nicht Folge leisten, unverzüglich behandeln zu können. Deshalb wird für die Behandlung des Antrags derartiger Asylsuchender auf die verfahrensrechtlichen Verkürzungen des Folgeantragssystems verwiesen.

Der Gesetzgeber darf auch im Interesse der gesellschaftlichen Akzeptanz des Asylrechts und der Integrität der Asylverfahren derartigen Missbräuchen des Asylverfahrens in effektiver Weise begegnen. Fraglich ist jedoch, ob der vorgeschlagene Lösungsansatz strukturell geeignet ist, die entsprechenden Asylbegehren angemessen zu behandeln. Darüber hinaus kann auf derartige Missbräuche bereits mit den Möglichkeiten des geltenden Rechts effektiv reagiert werden. Die vorgeschlagene Regelung ist deshalb zur Problemlösung strukturell ungeeignet, weil die Prüfung der Wiederaufgreifensgründe nach § 51 Abs. 1 VwVfG einen verfahrensrechtlichen Bezugspunkt, nämlich die Anhörung im bisherigen Verfahren voraussetzt und dieser hier fehlt. Eine Berücksichtigung nur der Gründe im Rahmen der Prüfung nach § 51 Abs. 1 VwVfG, die nach der Verletzung der Weiterleitungsverpflichtung eingetreten sind, würde die Darlegung der Vorfluchtgründe vollständig präkludieren und wäre deshalb verfassungs- und völkerrechtlich kaum zulässig. Sollen indes Vorfluchtgründe im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung berücksichtigt werden, würde dies an der Sperrwirkung der § 51 Abs. 1 – 3 VwVfG scheitern.

Das aufgezeigte Problem ist deshalb wie bislang mit polizei- und aufenthaltsrechtlichen Mitteln, nicht jedoch mit schematischen verfahrensrechtlichen Sanktionen zu lösen. Nach geltender und auch fortbestehender Rechtslage können derartige Asylsuchende nach Ablauf einer Woche mit den polizeilichen Fahndungsmitteln zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben werden (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG). Kraft Gesetzes erlischt nach Ablauf von zwei Wochen das gesetzliche Aufenthaltsrecht aus § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG (vgl. § 67 Abs. 1 Nr. 2 AsylVfG). Stellt der Asylsuchende später den Antrag, lebt die Aufenthaltsgestattung wieder auf (§ 67 Abs. 2 AsylVfG). Darüber hinaus werden bereits nach geltender Rechtslage derartige Verletzungen der Mitwirkungspflichten in aller Regel im Rahmen der freien Beweiswürdigung zureichend berücksichtigt. Allerdings sollten die Mitwirkungspflicht nach §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 und 23 Abs. 1 AsylVfG in den Katalog der Mitwirkungspflichten nach § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG aufgenommen werden. Dadurch könnte bei eklatanten Verstößen gegen diese Verpflichtungen das Verfahren durch eine qualifizierte Asyablehnung unverzüglich abgeschlossen werden.

Soweit der Antragsteller nach Meldung bei der Aufnahmeeinrichtung (§ 22 AsylVfG) die für seine Aufnahme zuständige Aufnahmeeinrichtung (§ 22 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG) nicht aufsucht, kommt es nicht zur förmlichen Antragstellung (vgl. § 23 AsylVfG) und eine Entscheidung nach § 30 AsylVfG ist nicht möglich. Dieses Problem lösen aber auch die Vorschläge nach Art. 3 Nr. 13 bis 15 nicht. Denn auch eine Behandlung des Antrages nach § 71 AsylVfG setzt eine persönliche Meldung beim Bundesamt voraus. Hat der Antragsteller sich beim Bundesamt gemeldet, so ist kein Grund ersichtlich, anstelle des hierfür strukturell geeigneten Verfahrens nach § 30 Abs. 3 AsylVfG eine aus verfassungs- und völkerrechtlichen sowie verfahrensrechtlichen Gründen problematische Sperrwirkung hinsichtlich des entscheidungserheblichen Sachvorbringens einzuführen.

#### 4. Flughafenverfahren (§ 18a AsylVfG)

Der Gesetzentwurf enthält keine Regelungen zum Flughafenverfahren. Verbesserungen dieses Verfahrens können zwar vorrangig auf administrativer Ebene umgesetzt werden. Überlegt werden sollte jedoch, ob in § 18a Abs. 6 AsylVfG für *unbegleitete*

*minderjährige Asylsuchende* nicht ein Einreiseanspruch mit der Folge festgelegt werden sollte, dass Asylbegehren dieses Personenkreis nicht im Flughafenverfahren behandelt werden. Dies entspricht einer langjährigen Forderung der Wohlfahrtsverbände. Der Gesetzgeber könnte damit den in der Rechtsprechung herrschenden Streit über die Anwendung von Art. 22 der Kinderschutzkonvention<sup>85</sup> klären. Zu bedenken ist hierbei, dass die einschränkende Rechtsauffassung vorrangig mit der von der Bundesregierung abgegebenen Vorbehaltserklärung zur innerstaatlichen Anwendbarkeit der Konvention begründet wird<sup>86</sup>. Sollte dieser Vorbehalt zurückgezogen werden, werden unbegleitete minderjährige Asylsuchende ohnehin nicht mehr zurückgewiesen werden dürfen.

Darüber hinaus bedürfen zwei Fehlentwicklung der Verwaltungs- und Gerichtspraxis der gesetzlichen Regelung: Die Praxis des Bundesamtes, in entscheidungserheblicher Weise auf die inhaltlichen, asylrechtlich relevanten Feststellungen des Bundesgrenzschutzes zurückzugreifen und diese zu Lasten der Asylsuchenden zu würdigen, hat sich seit 1993 als eines der gravierendsten strukturellen Defizite des Flughafenverfahrens mit besonders einschneidenden Belastungen für die Asylsuchenden erwiesen. Dadurch wird nicht nur die besondere Situation der Asylsuchenden im Zeitpunkt der Einreise, sondern auch die Funktion der *Zuständigkeitsprüfung der Grenzbehörde* verkannt. Diese Behörde hat lediglich zu prüfen, ob der Betroffene ein asylsuchender Ausländer ist. Ist dies der Fall, richtet sich ihre Zuständigkeit nicht nach § 63 Abs. 4 Nr. 1 AuslG, sondern nach §§ 18, 18a AsylVfG. Auch die Frage, ob inhaltlich überhaupt ein Asylbegehren vorgebracht wird, soll nach der gesetzlichen Konzeption nicht eine Polizeibehörde, sondern das Bundesamt prüfen (vgl. § 30 Abs. 5 AsylVfG). Hiermit nicht in Übereinstimmung steht die extensive Anhörung der Grenzbehörde zu den Asylgründen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der Anhörung der Grenzschutzbehörde im Flughafenverfahren auch zu den Asylgründen als solche stillschweigend anerkannt. Es hat jedoch unter Hinweis auf die Funktion der Grenzbehörde, ohne Rücksicht auf die physische und psychische Verfassung den Antragsteller anhören zu müssen, festgestellt, dass dieser Aussage *wesentlich geringeres Gewicht für die Beweiswürdigung* beizumessen sei. Hinzu komme, dass die Beamten der Grenzbehörde „für die Anhörung

---

<sup>85</sup> Hinweise bei Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, 4. Aufl., 1999, § 18a Rdn. 35.

zur Ermittlung eines asylrechtlich erheblichen Sachverhalts nicht besonders geschult seien<sup>87</sup>.

Ungeachtet dieser dem Bundesamt auferlegten Pflicht zur Zurückhaltung wird in der Anhörung nach § 18a Abs. 1 Satz 4 AsylVfG dem Protokoll der Grenzbehörde nach wie vor ein diesem nicht zukommendes Gewicht beigemessen. Eigene durch Vertretung während der Anhörung und Auswertung von Akten getroffene Beobachtungen in zahlreichen Verfahren seit 1993 gehen dahin, dass überwiegend das grenzbehördliche Protokoll zum *Kern des Sachvorbringens* den Ausgangspunkt der Ermittlungen bei der Anhörung beim Bundesamt bildet. Häufig werden durch die Einzelentscheider nicht mehr unabhängig von den grenzpolizeilichen Feststellungen in systematischer und chronologischer Weise eigene tatsächliche Feststellungen getroffen. Vielmehr werden die Ermittlungen - beruhend auf dem grenzbehördlichen Protokoll - selektiv zu bestimmten tatsächlichen Komplexen getroffen. Eine Reihe von Einzelentscheidern führen zwar unabhängig von den grenzbehördlichen Feststellungen systematisch eigene Ermittlungen durch. Überwiegend ist die Anhörungspraxis des Bundesamtes aber dadurch geprägt, dass Widersprüche zwischen den beiden Anhörungen nicht vorgehalten, aber gleichwohl unter Verletzung gegen die auf dem Amtsermittlungsprinzip beruhende Vorhaltepflcht<sup>88</sup> zu Ungunsten der Asylsuchenden verwertet werden. Aber auch wenn Widersprüche behandelt werden, wird den grenzbehördlichen Feststellungen im Rahmen der Beweiswürdigung ein unangemessen starkes Gewicht beigemessen.

Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gelehrt, dass die Amtsleitung zwar ihr bekannt werdende Defizite aufklärt, rein administrative Vorkehrungen indes nicht ausreichen, um die strukturelle Verfestigung der aufgezeigten Defizite aufzuheben und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in der Verwaltungspraxis Gehör zu verschaffen. Daher ist das Handeln des Gesetzgebers geboten. Es wird daher folgende Ergänzung vorgeschlagen:

---

<sup>86</sup> VG Frankfurt am Main, NVwZ-Beil. 1996, 29; VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17. August 1998 – 10 G 50515/98.A; VG Hamburg, Beschluss vom 22. April 1994 – 2 VG A 2117/94.

<sup>87</sup> BVerfGE 94, 116 (205).

<sup>88</sup> BVerfG (Kammer), InfAuslR 1991, 85 (88); BVerfG (Kammer), InfAuslR 1991, 94 (94); BVerfG (Kammer), InfAuslR 1992, 231 (233); BVerfG (Kammer), InfAuslR 1999, 273 (278); BVerfG (Kammer), InfAuslR 2000, 254 (258), alle zur gerichtlichen Vorhaltepflcht.

>>In § 18a Abs. 1 AsylVfG wird nach Satz 4 folgender Satz eingefügt:  
*„Tatsachenfeststellungen der Grenzbehörde dürfen bei der Entscheidung nach  
Abs. 2 nicht zu Lasten des Ausländers berücksichtigt werden“*<<.

Die zweite gravierende Fehlentwicklung im Flughafenverfahren hat sich im Eilrechtsschutzverfahren herausgebildet. Verfahrensfehler wie die Verletzung der Vorhaltepflcht können zwar gerügt werden, führen aber nur in ganz extremen Ausnahmefällen zur persönlichen Einvernahme des Asylsuchenden durch das Verwaltungsgericht, obwohl das Bundesverfassungsgericht den Hinweis gegeben hat, dass bei Verfahrensfehlern Anlass gegeben sein könnte, den Antragsteller auch im Eilrechtsschutzverfahren anzuhören<sup>89</sup>. Prozessuale Hindernisse gegen die Anhörung bestehen nicht, da diese im Rahmen eines Erörterungstermins (§ 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO) im Transitbereich unter Teilnahme nur der Verfahrensbeteiligten durchgeführt werden kann<sup>90</sup>. Die gerichtliche Kontrolle einer derart subjektiven behördlichen Einschätzung wie die völlige Verneinung der persönlichen Glaubwürdigkeit, die regelmäßig als Grundlage für die qualifizierte Asyablehnung heran gezogen wird (vgl. ( 30 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG), kann nicht im schriftlichen Verfahren sachgerecht durchgeführt werden. Darüber hinaus wird der Asylsuchende dadurch effektiver Verteidigungsmittel beraubt. Entscheidungen im Flughafenverfahren können Entscheidung über Leben und Tod eines Menschen bedeuten und bedürfen deshalb einer besonders effektiven Verfahrensgestaltung. Es wird deshalb folgende Ergänzung vorgeschlagen:

>> In § 18a Abs. 4 AsylVfG wird Satz 5 wie folgt gefasst: *„Eine Zurückweisung des Antrags darf nur nach einer persönlichen Anhörung des Ausländers erfolgen“*<<

#### 5. *Nachfluchtgründe im Asylfolgeantragsverfahren (§ 28 Abs. 2 AsylVfGE)*

Nach Art. 3 Nr. 18 soll § 28 AsylVfG um einen weiteren Absatz ergänzt werden. In diesem soll geregelt werden, dass im Asylfolgeantragsverfahren >>*in der Regel*<< >>*gewillkürte Nachfluchtgründe*<< bei der Entscheidung nach § 60 Abs. 1 (jetzt § 51 Abs. 1 AuslG) nicht mehr berücksichtigt werden. Begründet wird dieser Vorschlag damit, dass durch die Ausschlussregelung der bislang bestehende Anreiz genommen

<sup>89</sup> BVerfGE 94, 166 (205 f.).

<sup>90</sup> Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, 4. Aufl. 1999, § 18a Rdn. 91 – 94.

werde, ein erneutes Asylbegehren zu betreiben. Auch wird die Erwartung geäußert, dass sich dadurch die hohe Zahl der anhängigen Asylfolgeantragsverfahren reduzieren lasse (S. 101 f.).

Nachdem durch § 1a AsylVfG im Jahre 1987 (jetzt § 28 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG) derartige Nachfluchtgründe aus dem Anwendungsbereich des Asylschutzes herausgenommen wurden, soll nach dem Entwurf dieser Ausschluss nunmehr darüber hinaus auch den Konventionsschutz erfassen, wenn sie erst im Folgeantragsverfahren geltend gemacht werden. In derartigen Fällen bleibt der Antragsteller mithin auf den ausländerrechtlichen Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 (jetzt § 53 Abs. 1, 2, 4 oder 6 AuslG) beschränkt.

Der Ausschluss des konventionsrechtlichen Schutzes ist problematisch, da die Genfer Flüchtlingskonvention einen umfassenden Schutz gewährt und deshalb das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung zu den gewillkürten Nachfluchtgründen zwar den Asylschutz aus dem Gesichtspunkt der *>>risikolosen Verfolgungsprovokation<<* heraus ausgeschlossen, in diesem Zusammenhang indes von Verfolgung bedrohte Personen ausdrücklich auf den Refoulementschutz nach Art. 33 GFK (vgl. auch § 14 AuslG 1965, § 51 Abs. 1 AuslG 1990, § 60 Abs. 1 Satz 1 AufenthGE) verwiesen hat<sup>91</sup>. Diese Rechtslage wird in der Begründung nicht verkannt, jedoch eingewendet, der Schutz aus Art. 33 Abs. 1 GFK erfordere nur einen auf die Dauer der Bedrohung bezogenen Abschiebungsschutz (S. 102).

Mit dieser Begründung könnten alle Verfolgungstatbestände aus dem Asyl- und Konventionsschutz ausgeschlossen und zugleich die Widerrufsregelung nach § 73 AsylVfG aufgehoben werden. Sowohl der Asylschutz nach Art. 16 a Abs. 1 GG wie auch der Konventionsschutz nach § 60 Abs. 1 Satz 1 (§ 51 Abs. 1 AuslG) wird nur solange gewährt wie die Verfolgung andauert. Solange die Verfolgung droht, sollen Asylberechtigte und Flüchtlinge einen sicheren und effektiven Abschiebungsschutz und Rechtsstatus erhalten. Nach der Begründung ist indes bezweckt, die Verfestigung des Aufenthaltsrechts zu verhindern (S. 102). Dazu ist anzumerken, dass die Bundesrepublik völkerrechtlich zur Gewährung der Rechtsstellung nach Art. 2 – 34 GFK (vgl. § 3 AsylVfG) verpflichtet ist, wenn die Voraussetzungen nach Art. 1 GFK

erfüllt sind. Einige der Rechte aus Art. 2 – 34 GFK stehen allerdings unter dem Vorbehalt des „rechtmäßigen Aufenthaltes“. Nach dem System des § 25 Abs. 1 bis 5 AufenthGE kann politisch Verfolgten aufgrund gewillkürter Nachfluchtgründe indes regelmäßig nicht der aufenthaltsrechtliche Schutz versagt werden.

#### 6. *Familienstatus für Konventionsflüchtlinge*

Während der Gesetzentwurf vom 31. August 2000 (BR-Drs. 522/60) die Gewährung der Rechtsstellung eines Flüchtlings nach § 3 AsylVfG in Anlehnung an das Familienasyl des § 26 auch für Konventionsflüchtlinge vorschlägt, greift Art. 3 Nr. 10 ZuwGE nur den einschränkenden Teil dieses Gesetzesentwurfs, nämlich die verfahrensrechtliche Straffung der Asylanträge von Kindern von Asylsuchenden auf, lässt den Vorschlag des Familienstatus für Konventionsflüchtlinge indes unberücksichtigt. Es sollte daher überlegt werden, die Einführung des Familienstatus für Konventionsflüchtlinge nach Maßgabe des bezeichneten Gesetzesentwurfs einzuführen.

#### 7. *Obligatorische Widerrufs(an)prüfung (§ 73 Abs.2a AsylVfGE)*

Art. 3 Nr. 44b) schlägt die Einführung einer obligatorischen Widerrufs- oder Rücknahmeprüfung durch Einfügung eines Abs. 2a in § 73 AsylVfG vor. Begründet wird dies damit, dass die Vorschriften über Widerruf und Rücknahme an Bedeutung gewinnen (S. 103). Korrespondierend hiermit hat die Ausländerbehörde vor Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge nachzufragen, ob gegen den Antragsteller Widerrufs- oder Rücknahmegründe vorliegen. Der Vorschlag ist so zu verstehen, dass das Gesetz das Bundesamt in jedem Fall zu einer (An-)prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 oder Abs. 2 AsylVfG verpflichtet, nicht jedoch dazu, in jedem Einzelfall ein Widerrufs- oder Rücknahmeverfahren einzuleiten. Die (An-)Prüfung kann bei Herkunftsländern mit hoher Repressionsdichte sehr kurz sein.

Weder verfassungs- noch völkerrechtliche Gründe sprechen gegen die Einführung einer obligatorischen Widerrufsprüfung. Eine obligatorische Prüfung von Rücknahmegründen erscheint jedoch nicht sachgemäß und erschwert das Verfahren. Selbstverständlich hat

---

<sup>91</sup> BVerfGE 74, 51 (66 f.).

das Bundesamt jederzeit - auch nach Erteilung der Niederlassungserlaubnis - das Recht, bei gegebenem Anlass Rücknahmegründe zu prüfen. Unrichtige Angaben im Asylverfahren können möglicherweise selbst noch wegen der Fortwirkung dieser Angaben in das Einbürgerungsverfahren hinein zur Rücknahme der erteilten Einbürgerung führen<sup>92</sup>. Eine gesetzliche Anleitung, stets auch Rücknahmegründe zu prüfen, läuft wegen fehlender Anhaltspunkte regelmäßig ins Leere, verzögert indes ohne Not das Verfahren. Deshalb sollte in § 73 Abs. 2a AsylVfGE der Hinweis auf die Rücknahmegründe gestrichen werden, sofern nicht die gesamte Regelung als entbehrlich angesehen werden sollte.

Die Regelung über die obligatorische Widerrufsprüfung wird mit der Verfestigung des Aufenthaltsrechts verbunden. Sie trägt als solche damit zur dauerhaften Integration der von fortbestehender Verfolgung bedrohten Personen bei. § 26 Abs. 2 verweist anders als § 26 Abs. 4 nicht auf die Voraussetzungen nach § 9 Abs. 2 (s. auch § 5 Abs. 3), sodass unabhängig von den sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen nach Ablauf von drei Jahren Asylberechtigte und Flüchtlinge eine Niederlassungserlaubnis erhalten, wenn Widerrufs- und Rücknahmegründe nach § 73 AsylVfG nicht vorliegen. Nach weiteren drei Jahren rechtmäßigem Aufenthalt kann die Einbürgerung nach § 8 StAG vorgenommen werden<sup>93</sup>. Nach weiteren zwei Jahren entsteht der Einbürgerungsanspruch unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit<sup>94</sup>.

Der Gesetzentwurf ist so zu verstehen, dass mit der an keine weiteren Voraussetzungen gebundenen Erteilung der Niederlassungserlaubnis das bis dahin asyl- oder flüchtlingsrechtlich gebundene Aufenthaltsrecht zu einem eigenständigen Aufenthaltsrecht erstarkt. Dies ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang der § 26 Abs. 3 und 4 und § 9. Gewollt ist die Eröffnung einer „*Perspektive für eine dauerhafte Lebensplanung*“. Die obligatorische Widerrufsmöglichkeit darf jedoch nicht zur Verunsicherung schutzbedürftiger Personen führen und andererseits nicht die angestrebte Integration verzögern. *Einzelfallbezogene* Prüfungen von Widerrufs- und Rücknahmegründen sind nach § 73 Abs. 1 und 2 AsylVfG ohnehin stets möglich. Die

---

<sup>92</sup> Vgl. hierzu VGH BW, NVwZ 1990, 1198; Hess.VGH, EZAR 276 Nr. 4; OVG NW, NVwZ-RR 1997, 742; hierzu im Einzelnen Reinhard Marx, in: GK-StAR, IV § 17 Rdn. 25 ff.

<sup>93</sup> Nr. 8.1.3.1 Abs. 3 StAR-VwV.

<sup>94</sup> § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StAGE (vgl. Art. 5 Nr. 7), jetzt § 85 Abs. 1, § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AuslG.

obligatorische Widerrufsprüfung sollte deshalb wegen der Abhängigkeit der Integration von der Widerrufsprüfung (vgl. § 26 Abs. 3 zweiter Halbsatz) so rechtzeitig abgeschlossen sein, dass nach Ablauf von drei Jahren die Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann.

Dies ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht gesichert. Danach hat die Prüfung „nach Ablauf von drei Jahren“ zu erfolgen, d.h. erst in diesem Zeitpunkt werden die Akten geöffnet. Wegen des akzessorischen Zusammenhangs zwischen § 26 Abs. 2 AufenthGE und § 73 Abs. 2 a AsylVfGE muss aber sichergestellt sein, dass in dem Zeitpunkt, in dem die Geltungsdauer der auf drei Jahre befristeten Aufenthaltserlaubnis abläuft, für die Ausländerbehörde Klarheit besteht, ob Widerrufsgründe vorliegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes besteht nämlich der Anspruch auf die Erteilung der unbefristeten Erlaubnis nicht „zu einem beliebigen Zeitpunkt“, sondern in dem Augenblick, in dem die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen<sup>95</sup>. Diese Rechtsprechung dürfte auch auf die Niederlassungserlaubnis Anwendung finden. Nach § 26 Abs. 2 entsteht der Anspruch auf die Niederlassungserlaubnis nach drei Jahren Besitz der Aufenthaltserlaubnis. In diesem Zeitpunkt muss deshalb für die Ausländerbehörde Klarheit über das Vorliegen von Widerrufsgründe bestehen. Dies gibt Anlass, den vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut zu überprüfen und mit der Regelung in § 26 Abs. 2 kompatibel zu machen.

Die Gesetzesbegründung verkürzt unzulässigerweise die tatsächliche Basis der Entscheidungsgrundlagen. Neben den amtlichen Lageberichten sind selbstverständlich Berichte des Menschenrechtszentrums der Vereinten Nationen in Genf sowie Erkenntnisse und Gutachten nichtstaatlicher Auskunftsstellen heranzuziehen. Ergibt sich kein einheitliches Bild, ist die Anprüfung abzubrechen und der Widerruf zu unterlassen.

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 3 Nr. 44b) ist überflüssig. § 26 Abs. 2 gewährleistet hinreichend, dass vor einer Erteilung der Niederlassungserlaubnis Widerrufs- oder Rücknahmegründe geprüft werden. Das hierzu erforderliche Verfahren kann administrativ geregelt werden. Insoweit ist auf Nr. 8.1.3.1 Abs. 4 StAR-VwV zu

---

<sup>95</sup> BVerwG, NVwZ 1998, 191 (192); BVerwG, NVwZ 1999, 306; s. auch BVerwG, NVwZ 1996, 1225 (1226).

verweisen, welche eine Nachfragepflicht der Einbürgerungsbehörde bei der Asylbehörde anordnet. Dem entspricht § 26 Abs. 2.

Für den Fall, dass an dem Vorschlag festgehalten wird, ist die Informationspflicht in § 73 Abs. 3a Satz 2 AsylVfGE nicht nur gegenüber der Ausländerbehörde, sondern auch gegenüber dem Betroffenen zu regeln. Wegen der Prüfung aufenthaltsbeendender wie auch aufenthaltsrechtlicher Maßnahmen, erstreckt sich die Mitteilungspflicht auf negative wie positive Ergebnisse der Widerrufsprüfung. Selbstverständlich ist den Betroffenen eine verfahrensrechtliche Mitwirkungsmöglichkeit einzuräumen und sind die Statusberechtigten auch über die Anprüfung und deren negativen Abschluss unverzüglich zu unterrichten.

#### 8. *Gesetzliche Verankerung der Praxis des Entscheidungsstopps (§ 11a AsylVfGE)*

Nach Art. 3 Nr. 8 soll durch Einführung eines § 11a in das AsylVfG die bislang durch Weisungen geregelte Praxis des Entscheidungsstopps gesetzlich geregelt werden. Umbruchsituationen in den Herkunftsländern der Asylsuchenden können es nahe legen, für eine bestimmte Zeitdauer die Entscheidung über Asylanträge auszusetzen. In der Vergangenheit hat das Bundesamt dieses Instrument indes auch häufig angewendet, obwohl die tatsächliche Lage zureichend geklärt war oder die Umbruchsituation zur dauerhaften wurde oder eine anerkennungsträchtige Situation evident war (z. B. Ruanda, verfolgte Minderheiten im Kosovo). Um einen derartig extensiven Gebrauch der Aussetzungsmöglichkeit zu unterbinden, sollte im Gesetz klar geregelt werden, dass nur aufgrund einer durch eine Umbruchsituation hervorgerufenen unklaren Sachlage die Entscheidung ausgesetzt werden darf.

Eine Umbruchsituation, die länger als sechs Monate dauert, dürfte auf nicht absehbare Zeit fortauern, sodass auch eine Verfolgungsprognose möglich ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass eine Sachentscheidung stets möglich und deshalb auch zu treffen ist, wenn die Sache entscheidungsreif ist, mögen sich auch die tatsächlichen Verhältnisse im Übrigen noch nicht stabilisiert

haben<sup>96</sup>. Aus diesem Grund sollte die Verlängerungsmöglichkeit nach § 11a Satz 2 AsylVfGE ersatzlos gestrichen werden.

#### 9. *Asylfolgeanträge (§ 71 Abs. 5 Satz 1 AsylVfGE)*

Nach Art. 3 Nr. 42c) soll die Zwei-Jahres-Frist in § 71 Abs. 5 Satz 1 AsylVfG aufgehoben werden. Damit soll künftig der verfahrensverzögernde, weil lediglich wiederholende Erlass von Abschiebungsandrohungen in allen Fällen, in denen ohnehin kein Asylfolgeverfahren durchgeführt wird, entfallen (S. 103). Zwar wurde jeder dritte der im Jahr 2000 gestellten Asylanträge im Wege des Asylfolgeantrags geltend gemacht. Etwa 72 Prozent der Asylfolgeantragsteller kamen indes aus der Türkei, Jugoslawien und Afghanistan<sup>97</sup>. Die allgemein übliche Klage darüber, dass Folgeanträge rechtsmissbräuchlich gestellt würden, erscheint angesichts der menschenrechtlichen Situation in den betreffenden Herkunftsländern deshalb zumindest überprüfungsbedürftig.

Der bezeichnete Vorschlag des Gesetzentwurfs berücksichtigt nicht die Struktur des § 71 AsylVfG. Entfällt die Fristregelung in § 71 Abs. 5 Satz 1 AsylVfG, wird § 71 Abs. 4 AsylVfG überflüssig. Letztere Vorschrift findet nämlich in allen Fällen Anwendung, in denen die Zwei-Jahres-Frist nach § 71 Abs. 5 Satz 1 AsylVfG überschritten ist<sup>98</sup>. Wird in diesen Fällen das Asylfolgeantragsverfahren durchgeführt, ist Rechtsgrundlage für den Erlass einer Abschiebungsandrohung nach Durchführung des Verwaltungsverfahrens nicht § 71 Abs. 4 AsylVfG, sondern § 34 AsylVfG. Damit wird deutlich, dass der Vorschlag in Art. 3 Nr. 42 c) ungereimt ist und deshalb der Überprüfung bedarf.

Bei der Überprüfung sollte bedacht werden, dass sich die Verhältnisse seit der erstmaligen Einführung der Fristregelung durch § 14 Abs. 2 AsylVfG 1987 erheblich verändert haben. Die Verwaltungsgerichte sind heute aufgrund der 1992 durch das AsylVfG eingeführten und 1993 durch Art. 16a Abs. 4 GG verfassungsrechtlich

---

<sup>96</sup> BVerwG, EZAR 202 Nr. 6; BVerwG, EZAR 631 Nr. 5.

<sup>97</sup> Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“, S. 139.

abgestützten Beschleunigungsmaxime relativ problemlos in der Lage, über den Eilrechtsschutz binnen kürzester Frist zu entscheiden. Das zuständige Bundesamt kann ebenso problemlos ohne großen Verwaltungsaufwand die Abschiebungsandrohung erlassen. Eine unverzügliche Abschiebung vor der Zulässigkeitsprüfung ist nach § 71 Abs. 5 Satz 2 erster Halbs. AsylVfG ohnehin untersagt. Dies legt es nahe, die Vorschrift des § 71 Abs. 5 AsylVfG insgesamt und insbesondere deren Abgrenzung zu § 71 Abs. 4 AsylVfG zu überprüfen. Jedenfalls sollte eindeutig geregelt werden, dass der Antragsteller über die Mitteilung des Bundesamtes an die zuständige Ausländerbehörde informiert und ihm vor der dem Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen Gelegenheit gegeben wird, Eilrechtsschutz zu beantragen.

Reinhard Marx

---

<sup>98</sup> Zum Ganzen Reinhard Marx, Kommentar zum AsylVfG, § 71 Rdn. 122 ff.