

DR. REINHARD MARX
- Rechtsanwalt -

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

Deutscher Caritasverband e.V.
Referat Migration und Integration
Herr Schäfers
Karlstr. 40

89104 Freiburg i. Br.

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

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

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

M/da

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

.. Januar 2006

Entwurf einer Stellungnahme zum Referentenentwurf zum 2. AufenthÄndG vom 3. Januar 2006

Sehr geehrter Herr Schäfers,

Sie baten mich darum, für die Stellungnahme des Caritasverbandes aus meiner Sicht die wesentlichen Gesichtspunkte zum flüchtlingsrechtlichen Bereich zusammenzustellen. Aufgrund dieser Stichworthinweise soll dann der Caritasverband eine Stellungnahme erstellen. Es soll zunächst überprüft werden, inwieweit der Referentenentwurf die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte korrekt umsetzt. In einem zweiten Durchgang sollen entsprechende Versäumnisse aufgelistet werden. Als dritter Gesichtspunkt sollen über die reine Umsetzungsproblematik hinausgehende Gesichtspunkte aufgezeigt werden. Schließlich baten Sie noch darum, zum allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Teil einige Gedanken mitzuteilen. Für die Endredaktion stelle ich gerne meine Mithilfe zur Verfügung:

I. Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien

Ich gehe den Referentenentwurf chronologisch durch, ohne nach inhaltlichen Kriterien zu gliedern:

1. Zur Umsetzung der RL 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) unterscheidet der Gesetzentwurf in den Flüchtlingsschutz und in den subsidiären Schutz. Für den Flüchtlingsschutz wird nur eine „ergänzende Anwendung“ bestimmter Normen der Qualifikationsrichtlinie (Nr. 38, Buchst. c, Seite 30), für den subsidiären Schutz wird in § 60 Abs. 11 AufenthG eine unmittelbare Anwendung bestimmter Artikel der Qualifikationsrichtlinie vorgeschlagen. Dies ist ungereimt und hinsichtlich des Flüchtlingsschutzes mit dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes unvereinbar. Richtlinien sind nicht lediglich bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechtes ergänzend anzuwenden, sondern begründen unmittelbare Rechtspositionen für die Begünstigten, sind daher unmittelbar anzuwenden. Es wird daher folgende Formulierung für § 60 Abs. 1 Satz vorgeschlagen:

„Für die Feststellung, ob eine Verfolgung nach Satz 1 vorliegt, gelten Art. 3, Art. 4 Abs. 4 sowie Art. 7 bis 10 der Richtlinie 2004/83/EG.....“

Anlass für den Vorschlag einer lediglich ergänzenden Anwendung ist wohl die Differenz zwischen der Richtlinie und dem deutschen Recht zur geschlechtsspezifischen Verfolgung. Angeblich soll 60 Abs. 1 Satz 3 AufenthG über Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz RL 2004/83/EG hinausgehen. Deshalb wird Art. 3 in den Verweisungskatalog mit eingezogen. Dort wird ausdrücklich bestimmt, dass die Mitgliedstaaten günstigere Normen zur Entscheidung der Flüchtlingseigenschaft erlassen und beibehalten können.

2. Auf Seite 31, Buchst. b – d, wird der Text von § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG Art.15 der Qualifikationsrichtlinie angepasst. Soweit so gut. Problematisch erscheint die Fassung von § 60 Abs. 7 AufenthG.

Abs. 7 Satz 1 enthält das Konzept des *deutschen subsidiären Schutzes* für erhebliche konkrete Gefahren. Satz 2 erhält das Konzept nach Art. 15 Buchst. c) der Richtlinie. Satz 3 enthält die bisher bekannte verfahrensrechtliche Sperrwirkung, will diese aber offensichtlich anderes als bisher erst zur Anwendung bringen, wenn eine generelle, gruppenbezogene Regelung der IMK erfolgt ist. Bislang fand nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes die Sperrwirkung auch Anwendung, wenn keine derartige

generelle Regelung getroffen worden war, mit der Folge, dass der Beweismaßstab extrem verschärft wurde („extreme landesweite Gefahr“ auch in Bezug auf individuelle Gefahren). Der Gesetzeswortlaut erscheint verunglückt. Ich schlage für § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG folgende Formulierung vor:

„Satz 3 darf nur angewendet werden, wenn eine Entscheidung nach § 60 a Abs.1 getroffen worden ist.“

Allerdings ergibt sich folgendes Problem: Die Richtlinie enthält anders als die Begründung des Referentenentwurfes dies darstellt, keine Rechtsgrundlage für die Sperrwirkung bezogen auf generelle Regelungen. Nr. 26 der Erwägungen in der Richtlinie kann nicht den klaren Wortlaut von Art. 15 bis 18, Art. 21 Abs. 2 außer Kraft setzen. Wer die Voraussetzungen nach Art. 15 Buchst. c) der Richtlinie erfüllt, hat Anspruch auf Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus (Art. 18) und auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 24 Abs. 2). Das freezing-Konzept kennt das Gemeinschaftsrecht in Anknüpfung an vorangegangene nationale Politiken nur in Bezug auf die Richtlinie zum vorübergehenden Schutz. Ich erachte daher § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG für gemeinschaftsrechtswidrig, soweit dadurch der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes außer Kraft gesetzt wird, also soweit in Abs. 7 Satz 3 auch Satz 2 einbezogen wird.

3. § 3 Abs. 4 AsylVfG (S. 58) ist mit Völkerrecht unvereinbar. Allerdings wird hier lediglich eine gesetzestechnische Veränderung vorgenommen, bestehendes Recht also fortgesetzt (vgl. § 30 Abs. 4 geltendes AsylVfG in Verbindung mit § 60 Abs. 8 Satz 1 AufenthG). Gleichwohl sollte der Referentenentwurf zum Anlass genommen werden, auf die Völkerrechtswidrigkeit hinzuweisen. Art. 33 Abs. 2 GFK (= § 60 Abs. 8 AufenthG) ist keine Rechtsgrundlage für die Versagung der Flüchtlingseigenschaft. Vielmehr werden die Vertragsstaaten ermächtigt, anerkannte Flüchtlinge unter Bezugnahme auf Art. 33 Abs. 2 GFK abzuschieben. Dies war durch die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ausdrücklich hervorgehoben worden (vgl. BVerwGE 49, 211 (213)).

Ich meine, der Referentenentwurf, der ja nunmehr mit der Neustrukturierung von § 3 AsylVfG versucht, die Grundsätze des Völkerrechtes in das deutsche Asylverfahren korrekt einzuführen, sollte so gefasst werden, dass er dem Völkerrecht gerecht wird. § 3 Abs. 4

AsylVfG n. F. ist auch nicht vereinbar mit Gemeinschaftsrecht. Nach Art. 14 Abs. 4 der Qualifikationsrichtlinie können die Mitgliedschaften bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 2 GFK die Rechtsstellung aberkennen, beenden oder ihre Verlängerung ablehnen. Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie enthält damit keine Rechtsgrundlage dafür, von *vornherein* die Zuerkennung des Rechtsstatus zu verweigern, sondern lediglich einen bereits gewährten Rechtsstatus wieder zu entziehen.

4. Die Wohlfahrtsverbände sollten die Besorgnisse von UNHCR aufgreifen und darauf bestehen, dass § 9 Abs. 2 AsylVfG die geltende Fassung bekräftigt, also nicht lediglich eine Informationspflicht mit der Formulierung „erforderliche Informationen“ (S.59) vorsieht, sondern dem Bundesamt vorschreibt, dass „seine Entscheidungen und deren Begründungen“ (§ 9 Abs. 2 AsylVfG) dem UNHCR übermittelt werden.

5. § 18 Abs. 2 Nr.2 darf so nicht Gesetz werden, da nunmehr Mitgliedstaaten auch verfahrensrechtlich als sichere Drittstaaten behandelt werden. Die Dublin II-VO wird nicht mehr als unbeachtlicher Asylantrag (vgl. § 29 Abs. 3 AsylVfG geltende Fassung), sondern als unzulässiger Antrag (§ 27 a Referentenentwurf) behandelt. § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG enthält zwei Fallgruppen: Die Dublin-Staaten und andere Staaten, die mit der Gemeinschaft einen Zuständigkeitsvertrag abgeschlossen haben (z. B. Norwegen, Island und Schweiz). Die Dublin-Staaten werden allerdings bereits durch die Ziffer 1 erfasst. Ziffer 2 hat deshalb Auswirkungen insbesondere für die anderen Staaten, mit denen ein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag besteht.

Schwammig formuliert ist § 18 Abs. 2 Nr. 2 (S. 59) mit der Formulierung:

„Anhaltspunkte dafür vorliegen.....“.

Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass die Formulierung in Ziffer 2 von Ziffer 1 abweichen kann. Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Dem Ausländer ist die Einreise zu verweigern, wenn

1.....

2. er aus einem anderen Staat einreist, der aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens

zuständig ist und ein Auf- oder Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wird,.....“.

Darüber hinaus muss die Verfahrensrichtlinie korrekt umgesetzt werden. Art. 27 Abs. 3 Buchst. a) der Verfahrensrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Asylbewerber davon in Kenntnis zu setzen, dass die Dublin II-VO angewendet worden ist. Dem wird § 18 Abs. 5 erster Halbsatz des Referentenentwurfes nicht gerecht, da danach dem Asylsuchenden nur mitgeteilt wird, dass er zurückgewiesen oder zurückgeschoben wird, ihm jedoch hierfür nicht die maßgeblichen Gründe mitgeteilt werden müssen.

6. Die Dublin II-VO wird nunmehr - wie erwähnt - nicht mehr als Fall des unbeachtlichen, sondern als unzulässiger Asylantrag behandelt (S. 62, Nr. 16, § 27 a). Aus der Dublin II-Verordnung können Einwände gegen die neue Konzeption nicht unmittelbar hergeleitet werden. Insbesondere jedoch im Blick auf unbegleitete minderjährige Kinder (Art. 6 Dublin II-VO) sowie auch die Familienangehörigen (Art. 7 Dublin II-VO) wie auch im Hinblick auf das Selbsteintrittsrecht aus humanitären Gründen (Art. 15 Dublin II-VO) liegt die Ratio der Verordnung nahe, einen Rechtsschutz sicherzustellen, da andernfalls unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Ansprüche gegenüber dem betreffenden Mitgliedsstaat nicht umgesetzt werden können.

Aufgrund dessen ist die Anwendung von § 34 a Abs. 1 (S. 64, Nr. 23) auf unzulässige Asylanträge insoweit nicht akzeptabel. Denn aufgrund der Anwendung vom § 34 a Abs. 1 AsylVfG findet auch dessen Abs. 2 Anwendung, sodass der einstweilige Rechtsschutz ausgeschlossen ist. Ohne Sicherstellung eines einstweiligen Rechtsschutzes können jedoch die unmittelbaren Rechtsansprüche aus der Dublin II-Verordnung gegenüber dem betreffenden Mitgliedsstaat nicht durchgesetzt werden.

Dies sind aus meiner Sicht die kritischen Gesichtspunkte, die ich nach einer ersten Übersicht in dem Referentenentwurf meine feststellen zu können. Ich setze Ihr Einverständnis voraus und sende diesen Entwurf auch an andere, in der Memorandumsgruppe mitarbeitende Organisationen. Vielleicht kommen dann ja noch weitere Kritikpunkte ans Tageslicht und wird sicher gestellt, dass die einzelnen Stellungnahmen sich inhaltlich nicht widersprechen.

II. Gemeinschaftliche Vorschriften, die im Referentenentwurf nicht berücksichtigt

1. In § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG fehlt der klare Hinweis auf Art. 24 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie, wonach Berechtigte aufgrund des subsidiären Schutzstatus einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels haben. Die Sollensnorm des § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG wird dem nicht gerecht. Andererseits wird in § 26 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz AufenthG geregelt, dass in den Fällen des § 25 Abs. 3 AufenthG die Aufenthaltserlaubnis für mindestens ein Jahr erteilt **wird**.

Zwischen § 26 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz und § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG besteht damit ein gewisser Widerspruch. Andererseits wäre jedoch auch die Auslegung möglich, dass zunächst nur für die nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG Schutzberechtigten ein Sollensanspruch nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG besteht, für diejenigen jedoch, die zugleich auch die Voraussetzungen nach Art. 15 c) der Richtlinie und damit nach § 60 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 7 Satz 2 AufenthG erfüllen (das ist Art. 15 der Qualifikationsrichtlinie), ein Rechtsanspruch. Glücklicherweise ist die Gesetzestechnik allerdings nicht. Sie sollte klarer gefasst werden.

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

Insgesamt zeigt dieses Beispiel aber, dass die gesetzestechnische Verknüpfung des nationalen subsidiären Schutzes mit dem gemeinschaftsrechtlichen subsidiären Judikaten der Obergerichte führen wird.

2. In der letzten Sitzung der Memorandumgruppe kam die Diskussion auf, ob §§ 55 ff. AsylVfG mit den Bestimmungen der Aufnahme richtlinie 2003/9/EG vom 27. Januar 2003 vereinbar sind. So gerne wie ich eine Unvereinbarkeit gesucht habe, so konnte ich doch keine finden. Nach Art. 7 Abs. 1 Abs. 1 der Richtlinie kann der Aufenthalt auf ein von dem

Mitgliedstaaten zugewiesenes Gebiet beschränkt werden. Damit dürfte § 56 Abs.1 Satz 1 AsylVfG in Übereinstimmung stehen.

Allerdings erscheinen mir § 57 Abs. 1 sowie § 58 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG nicht mit Art. 7 Abs. 5 der Aufnahme richtlinie in Übereinstimmung zu stehen, jedenfalls sofern die Sondergenehmigung von zwingenden Gründen abhängig gemacht wird. Für eine derart restriktive Genehmigungspraxis enthält Art. 7 Abs. 5 keine Rechtsgrundlage. Darüber hinaus erscheinen mir weder die Bußgeld- noch die Strafvorschriften gemäß § 85 Abs. 1 Nr. 2 und § 86 AsylVfG mit der Aufnahme richtlinie vereinbar. Die Richtlinie enthält keine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Strafvorschriften bei Verletzung der Aufenthaltsvorschriften. Zwar können die Mitgliedstaaten nach Art. 4 der Aufnahme richtlinie günstigere Bestimmungen für die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in Kraft setzen, nicht jedoch ungünstigere. Eine Strafvorschrift ist mit Sicherheit eine ungünstigere Bestimmung und findet daher in der Aufnahme richtlinie keine Rechtsgrundlage.

Es ist an der Zeit, bei der Umsetzung der Richtlinien der Gemeinschaft nun endlich auch einmal umfassend das seit 1978 eingeführte restriktive Aufenthaltssystem für Asylsuchende einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Insbesondere die Wohlfahrtsverbände sollten hierauf drängen.

III. Weitergehende Forderungen

Bereits nach wenigen Monaten, erst recht aber nach einem Jahr Praxis mit dem Aufenthaltsgesetz kann festgestellt werden, dass § 25 Abs. 5 AufenthG ein Torso ist. Insbesondere die hessische Erlasspraxis entzieht dem § 25 Abs. 5 AufenthG, der ja bewusst als verbesserte Konzeption gegenüber § 30 Abs. 4 AuslG 1990 angelegt ist, jegliche Lebensluft. Zwei kleine Wörter würden die hessische Erlasspraxis und entsprechende Rechtsprechung unmöglich machen und der Intention des Gesetzgebers des Zuwanderungsgesetzes gerecht werden:

*„Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann abweichend von § 11 Abs. 1 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich **oder unzumutbar** ist.....“*

Selbstverständlich bleibt die Forderung nach einer Altfallregelung aufrecht erhalten.

IV. Aufenthaltsrechtliche Themenkomplexe

E (S.19 Nr. 16) ist nicht akzeptabel, da der Familiennachzug hiermit unter generellen Missbrauchsverdacht gestellt wird. Bei der jetzigen Formulierung hegt der Gesetzgeber den Verdacht, dass zunächst stets davon auszugehen ist, dass Ausländer „Scheinehen“ schließen und sich von diesem Verdacht reinwaschen müssen.

Die Wohlfahrtsverbände können eine derartige gesetzgeberische Intention nicht akzeptieren. Hinzu kommt, dass dadurch verfahrensrechtlich die Beweislast bei Zweifeln auf den nachziehenden Ehegatten verschoben wird. Dies war bisher nach der Rechtsprechung genau umgekehrt. Die Behörde muss ernsthafte Anhaltspunkte für ihren Verdacht darlegen können, dass eine „Scheinehe“ vorliegt.

2. Die Einführung eines Mindestalters für den Ehegattennachzug (S. 21, Nr. 19 § 30 Abs. 1 Nr.1 AufenthG E) ist inakzeptabel. Der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes hatte in Kenntnis von Art. 4 Abs. 5 der Familienzusammenführungsrichtlinie, die die Einführung eines Mindestalters für den nachziehenden Ehegatten erlaubt, von dieser Befugnis bewusst keinen Gebrauch gemacht. Es ist nicht ersichtlich, dass innerhalb eines Jahres die soziokulturelle Landschaft sich derart verändert hat, dass nunmehr die Einführung eines Mindestalters zur Abwehr von so genannten Zwangsehen geboten wäre. Zumindest für diejenigen, die im Zeitpunkt der Eheschließung erst achtzehn Jahre alt sind, führt die vorgeschlagene Regelung zu verfassungswidrigen Ergebnissen, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes die Einführung einer Wartefrist von drei Jahren auf jeden Fall verfassungswidrig ist (vgl. BVerfGE 76, 1).

3. § 10 Abs. 3 Satz 3 AsylVfG ist mit der Familienzusammenführungsrichtlinie unvereinbar. Diese Vorschrift befreit vom Versagungsgrund des offensichtlich unbegründeten Asylantrages nach § 30 Abs. 3 AsylVfG nur bei Rechtsansprüchen. Ein derartiger Versagungsgrund kann Art. 7 der Familienzusammenführungsrichtlinie auch in Bezug auf Ermessenstatbestände nicht entnommen werden. Insoweit muss § 10 Abs. 3 Satz 3 gemeinschaftskonform neu gestaltet werden.

4. Nach Art. 3 der Familienzusammenführungsrichtlinie findet die Richtlinie Anwendung, wenn der Stamberechtigte im Besitz eines von einem Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels mit mindestens einjähriger Gültigkeit ist. Die Mitgliedstaaten können danach

die Familienzusammenführung davon abhängig machen, dass der Stammberechtigte einen Aufenthaltstitel mit mindestens einjähriger Gültigkeit und begründete Aussicht darauf hat, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen.

Demgegenüber fordert § 30 Abs. 1 Nr. 4, dass die Ehe bereits bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an dem stammberechtigten Ehegatten bestanden haben muss. Eine derartige Einschränkung lässt Art. 3 Abs. 1 der Familienzusammenführungsrichtlinien nicht zu. Die Vorschrift ist deshalb gemeinschaftswidrig. § 30 Abs. 1 Nr. 4 ist daher wie folgt zu fassen:

„eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und die Dauer seines Aufenthaltes voraussichtlich über ein Jahr betragen wird“.

§ 30 Abs. 2 AufenthG ist überflüssig und kann gestrichen werden.

5. Die Beibehaltung des Ausschlusses des Familiennachzugs für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 2 AufenthG) erscheint verfassungsrechtlich bedenklich und sollte von den Wohlfahrtsverbänden als Skandal denunziert werden.

6. Durch die Neustrukturierung von § 9 AufenthG sind Verbesserungen, die im geltendem Recht für körperlich und geistig behinderte Personen vorgesehen sind, teilweise gestrichen worden. Nach geltendem Recht wird bei Behinderten von der Altersvorsorge abgesehen (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG). Eine derartige Privilegierung kann ich dem vorgeschlagenen Text von § 9 (S. 10 ff.) nicht mehr entnehmen. Vielmehr wird nur von der Sicherung des Lebensunterhaltes befreit und bezieht sich die Befreiung von der Altersvorsorge nicht mehr auf kranke Personen, sondern nur noch auf Bildungsinländer. Dies sollte gerügt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. M a r x

Rechtsanwalt