

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

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

Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz

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

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

**Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen
Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der
Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern
(Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD),
BT-Drs. 18/7537 v. 16.2.2016.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. Meine Anmerkungen betreffen eine Vorbemerkung sowie zwei Einzelpunkte:

I. Vorbemerkung

Das Ausweisungsrecht wurde im vergangenen Sommer neu gestaltet (Gesetz v. 27.7.2015, BGBl. 2015 I 1386). Mit der Neuregelung reagierte der Gesetzgeber auf die jahrlange Kritik an der früheren Abstufung von Ist-, Regel- und Ermessensausweisung, die den Behörden und Gerichten einen strikten Rechtsrahmen vorgab, der es vielfach nicht erlaubte, auch Einzelfallabwägungen gerecht zu werden. Bereits vor zehn Jahren hatte deshalb die Rechtsprechung eine Kehrtwende vollzogen, indem sie mit einer Reihe von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ein flexibles Regime entgegen dem Gesetzeswortlaut etablierte, mit Blick auf „eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles“ (BVerwGE 129, 367, Rn. 24). Dieser **menschenrechtlich indizierte Umbau des Ausweisungsrechts** bewirkte ganz konkret, dass ein Blick in das Gesetz bis vor Kurzem irreführend war, weil die Rechtsprechung längst einen anderen Weg eingeschlagen hatte. Hierauf reagierte der Gesetzentwurf mit einer Neuregelung, die von den Behörden eine einzelfallbezogene Güterabwägung einfordert, die mangels Ermessen von den Gerichten vollumfänglich überprüft werden kann (zum einhergehenden Systemwechsel VGH Mannheim, Urteil vom 13.01.2016, 11 S 889/15, Rn. 103 ff.; und *Bertold Huber*, Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, NVwZ 2015, 1178 (1180 f.)).

Für das Verständnis der Neuregelung ist zentral, dass man den Blick vorrangig auf § 53 Abs. 1 f. AufenthG richtet und sich bewusst macht, dass die in §§ 54 f. geregelten (besonders) schwerwiegenden Ausweisungs- bzw. Bleibeinteressen gesetzliche Typisierungen darstellen, die nichts daran ändern, dass **jede Ausweisung auf einer einzelfallbasierten Interessenabwägung** beruht, die im vollen Umfang gerichtlich überprüfbar ist und ggfls. durch eine eigenständige gerichtliche Beurteilung ersetzt werden kann (so bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 23. März 2015, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)269 G](#), S. 8 f.). Hieraus folgt zugleich, dass die typisierte Interessenabstufung in §§ 54 f. keine abschließende Regelung darstellt. Ob aufgrund der notwendigen „Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ (§ 53 Abs. 1) im Ergebnis eine Ausweisung zu unterbleiben hat, richtet sich nach dem Einzelfall.

Eine nicht abschließend geklärte Frage betrifft das Verhältnis von einzelfallbezogener Abwägung (§ 53 Abs. 1 f. AufenthG) sowie gesetzlicher Typisierung (§§ 54, 55 AufenthG). Dies

klingt akademisch, ist es jedoch nicht, weil eben diese Frage darüber entscheidet, **in welchem Umfang der Gesetzgeber überhaupt noch Einfluss auf den Ausgang einer Ausweisungsentscheidung nehmen kann**. Wenn man die Ausweisung gleichsam als umfänglichen Vollzug menschenrechtlicher Vorgaben verstünde, verbliebe für den Gesetzgeber kein Raum, weil die Gerichte insoweit höherrangige Vorgaben umsetzen. Dies ist insoweit richtig, als jede Ausweisung im Ergebnis mit Menschenrechten übereinstimmen muss. Insbesondere in **Fällen eines langjährigen Voraufenthalts** besitzt die menschenrechtliche Präjudizierung auch ein solches Gewicht, dass praktisch kein Raum für gesetzliche Wertungen bleibt. Dementsprechend betraf die erwähnte Judikatur vorrangig Personen, die seit Jahren im Bundesgebiet leben und insoweit dort „verwurzelt“ waren (vgl. BVerwG, ebd., Rn. 25; näher die damalige BVerwG-Präsidentin *Marion Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, 41-46; siehe auch *Thym*, Stellungnahme für die Anhörung am 23. März 2015, ebd., 7 f.). Dagegen besitzen die menschenrechtlichen Vorgaben bei **Personen, die sich kürzer in Deutschland aufhalten**, ein geringeres Gewicht, sodass der Gesetzgeber über größeren Spielraum verfügt. Eine strenge Trennlinie wird man insoweit nicht ziehen können, sondern im Sinne einer Je-desto-Wertung eine graduelle Zunahme der menschenrechtlichen Vorprägung mit zunehmender Verwurzelung annehmen müssen (vgl. *Eckertz-Höfer*, ebd., S. 46).

Aus dem Vorstehenden folgt, dass speziell bei Personen mit einer geringeren Bindung an die deutsche Gesellschaft der Gesetzgeber die von ihm vorgegebene Einzelfallabwägung (§ 53 Abs. 1 f. AufenthG) im Wege der gesetzlichen Vorgabe in eine bestimmte Richtung lenken kann, indem er **Ausweisungs- und Bleibeinteressen typisierend wertet** (§§ 54, 55 AufenthG). Diese gesetzliche Typisierung erreicht zwar nicht die quasi-mathematische Genauigkeit der früheren Abstufung zwischen Ist-, Regel- und Ermessensausweisung, führt aber dennoch dazu, dass die Behörden und Gerichte wegen der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) die **Typisierung im Rahmen der Einzelfallwürdigung** beachten müssen (sinngemäß VGH Mannheim, ebd., Rn. 103 f.). Etwas anderes folgt auch nicht aus der Methodik der Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil diese als relationaler Maßstab darauf gerichtet bleibt, widerstreitende Interessen abzuwägen (vgl. *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2011, Rn. 229 ff.), ohne dass hierbei aus dem Wesen der Verhältnismäßigkeitsprüfung folgte, mit welchem Gewicht einzelne Gesichtspunkte in die Abwägung einfließen. Eben dieses relative Gewicht der Aufenthalts- und Bleibeinteressen kann der Gesetzgeber beeinflussen, soweit die Grundrechte kein anderes Ergebnis vorgeben.

Aus diesem Grund **läuft die Neuregelung nicht Gefahr, von den Gerichten nicht angewandt zu werden**, wie dies in der vorletzten Legislaturperiode der Fall war, als der Gesetzgeber jugendliche Serientäter mit besonderem Ausweisungsschutz, die sich bereits länger in Deutschland aufhielten, unter leichteren Voraussetzungen ausweisen wollte, sodann von der damaligen Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts jedoch erklärt bekommen musste, dass diese Neuregelung im Lichte der Menschenrechte regelmäßig leerlaufen würde (vgl. *Eckertz-Höfer*, ebd., S. 94). Dieses Schicksal einer weitgehenden symbolischen Gesetzgebung ohne praktische Auswirkungen muss der vorliegende Gesetzentwurf nicht erleiden, soweit er auf Personen abzielt, die sich erst kurz in Deutschland aufhalten. Hier geben die Grundrechte, wie dargelegt, einen größeren Spielraum.

Dennoch darf die aufenthaltsrechtliche Bedeutung einer Ausweisung nicht überschätzt werden, weil – entgegen einem verbreiteten Missverständnis in der öffentlichen Debatte – eine **Ausweisung nicht automatisch in einer Abschiebung mündet**. Zwar vernichtet die Ausweisung bestehende Aufenthaltstitel (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG). Dies bedeutet jedoch nicht, dass automatisch eine Abschiebung zu erfolgen hat, weil Letztere eine gesonderte Anordnung erfordert (vgl. § 58 Abs. 1 AufenthG), bei der geprüft werden muss, ob Abschiebungshindernisse einem Vollzug der Ausreisepflicht entgegenstehen (vgl. § 60 AufenthG). Insoweit kann sich die Situation ergeben, dass zwar eine **Ausweisung erfolgt, die betroffene Person aber dennoch nicht abgeschoben werden darf**, etwa weil im Zielstaat eine erniedrigende Behandlung droht. In diesem Fall ist eine Duldung zu erteilen, die sodann mit weniger Statusrechten verbunden ist als der Aufenthaltstitel, der mit der Ausweisung vernichtet wurde. Konkret kann dies, je nach Umständen des Einzelfalls, negative Auswirkungen auf den Familiennachzug, Sozialleistungen und die Arbeitserlaubnis haben.

II. Im Einzelnen

1. Ausweisungsinteresse (zu Art. 1 Nr. 1, 2; § 53 f. AufenthG-E)

Wenn der Gesetzgeber die Vorgaben zur notwendigen Einzelfallabwägung ergänzt, dass immer auch zu berücksichtigen ist, „**ob sich der Ausländer rechtstreu verhalten hat**“ (§ 53 Abs. 2 AufenthG-E), erscheint dies als sinnvolle Ergänzung. Bereits der Wortlaut („insbesondere“) macht deutlich, dass die in § 53 Abs. 2 genannten Kriterien keine abschließende Liste darstellen, sondern abhängig vom Einzelfall eine Ausweitung erfahren können, die schon bisher häufig Fragen der Rechtstreue umfasste, ebenso wie die Kriterien der §§ 54, 55 AufenthG (Nachweise zur Rechtsprechung bei *K. Hailbronner*, AusIR-Kommentar (62. EL 2009), vor § 53 AufenthG Rn. ff.). Unabhängig von der nun erfolgten Klarstellung können auch künftig

über den Gesetzeswortlaut hinaus andere, bisher nicht ausdrücklich genannte Gesichtspunkte berücksichtigt werden, etwa Integrationsleistungen in Form von Sprachkenntnissen, die sich auch in der Rechtsprechung des EGMR finden (vgl. *Thym*, Stellungnahme für die Anhörung am 23. März 2015, ebd., 7 f.).

In der Sache prägt das Kriterium der Rechtstreue nicht nur in der bisherigen deutschen Rechtsprechung, sondern findet sich ganz ähnlich in der **Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**, die die Neujustierung des Ausweisungsrechts maßgeblich prägte (vgl. Vorbemerkung). In ständiger Rechtsprechung verweist die Große Kammer des EGMR auf zehn Kriterien, die die abschließende Güterabwägung im Rahmen der Menschenrechtskonvention prägen – und nennt hierbei gleich an erster Stelle „the nature and seriousness of the offence committed by the applicant“ (exemplarisch EGMR, Urt. v. 18.10.2006, [Nr. 46410/99](#), *Üner gegen die Niederlande*, Ziff. 57 f.). Welches Gewicht hier bei der Vermeidung von Straftaten zukommt, zeigen zwei Entscheidungen, in denen der EGMR entgegen vielfacher Forderungen kein absolutes Abschiebungsverbot für Personen etablierte, die im Inland geboren wurden (vgl. EGMR, Urt. v. 23.6.2008, [Nr. 1638/03](#), *Maslov gegen Österreich*, Ziff. 74 f.), und annahm, dass Familien nach Straftaten auch dauerhaft getrennt werden können (siehe EGMR, Urt. v. 2. 6. 2015, [Nr. 6009/10](#), *K.M. gegen die Schweiz*). Eine fortbestehende Unsicherheit betrifft die Frage, ob im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung und im Lichte des Unionsrechts auch **generalspräventive Erwägungen** berücksichtigt werden können. Dieser Streit besteht jedoch unabhängig vom vorliegenden Gesetzentwurf und wird letztlich von den Gerichten zu klären sein.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen begegnet die Einführung zweier neuer (besonders) schwerwiegender Ausweisungsinteressen in **§ 54 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 2a AufenthG-E** keinen Bedenken, weil insofern ein prinzipieller Gleichklang mit menschenrechtlichen Erwägungen besteht, die der Bekämpfung von Straftaten als Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung großes Gewicht beimessen. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob bei einem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall tatsächlich eine Ausweisung zu erfolgen hat, was sich letztlich nach den Umständen des Einzelfalls richtet (vgl. § 53 Abs. 1 f. AufenthG). Entscheidend ist hierbei nach Maßgabe der Vorbemerkung, dass die Grundrechte speziell in Situationen eines kurz- bis mittelfristigen Aufenthalts einen Spielraum belassen, die der Gesetzgeber durch typisierende Wertungen ausfüllen kann, die die Gerichte zu beachten haben. Es wurde in der Vorbemerkung bereits dargelegt, dass die gesetzliche Neuerung daher nicht gänzlich leerlaufen wird, auch wenn jede Ausweisungsentscheidung letztlich immer von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

2. Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung (zu Art. 1 Nr. 3; § 60 Abs. 8 AufenthG-E)

Die vorgesehene Neuregelung von § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG-E betrifft nicht die Ausweisung von anerkannten Flüchtlingen, sondern regelt den Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung (siehe § 3 Abs. 4 AsylG i.V.m. § 60 Abs. 8 AufenthG) sowie hieran anschließende Abschiebeverbote (dies ist der direkte Anwendungsfall von § 60 Abs. 1 i.V.m. Abs. 8 AufenthG). Dieser **Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung** wird weitgehend durch europa- und völkerrechtliche Vorgaben überlagert, die dem Gesetzgeber enge Grenzen setzen. Bereits dem Wortlaut nach verweist § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG auf Art. 33 Abs. 2 GFK, der wiederum in Art. 14 Abs. 4 f. Asyl-Qualifikations-RL 2011/95/EU europarechtlich konkretisiert wird. Aufgrund dieser Regelungskaskade richtet sich die Auslegung des AufenthG sowie der RL 2011/95/EU letztlich nach dem Flüchtlingsvölkerrecht (so zum heutigen § 60 Abs. 8 AufenthG BVerwGE 143, 138, Rn. 24; und allgemein zur Auslegung des EU-Asylrechts im Lichte der GFK EuGH, *Abdulla*, C-175/08 u.a., EU:C:2010:105, Rn. 52 f.). Maßgeblich ist somit, wie **Art. 33 Abs. 2 Genfer Flüchtlingskonvention** auszulegen ist.

Bereits dem Wortlaut nach fordert Art. 33 Abs. 2 GFK einen restriktiven Ansatz, wenn er fordert, dass jemand „aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen ist“ oder „eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Staates bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder einer besonders schweren Vergehens rechtskräftig beurteilt wurde.“ Es gehört zu den Eigenarten des Flüchtlingsvölkerrechts, dass diese tradierten Begriffe in den 65 Jahren ihres Bestehens **keiner stabilisierten Rechtsauslegung auf internationaler Ebene** zugeführt wurden, was auch daran liegt, dass es keine autoritative Auslegungsinstanz gibt; speziell die Stellungnahmen des UNHCR sind ein Hinweis, nicht jedoch für sich genommen rechtsverbindlich (näher *K. Hailbronner/D. Thym*, Legal Framework for EU Asylum Policy, in: dies. (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law. Commentary, 2. Aufl. (C.H. Beck, 2016), Kap. III.1 Rn. 14-23). Soweit das Völkerrecht keine klaren Vorgaben tätigt, haben die Vertragsstaaten im Zweifel ein inhaltlichen Spielraum.

Mit Blick konkret auf Art. 33 Abs. 2 GFK steht fest, dass man die deutsche Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen (vgl. § 12 StGB) nicht auf die GFK übertragen kann, weil diese eigenständig auszulegen ist. Im Übrigen dürfte unbestritten sein, dass die Schwelle des Art. 33 Abs. 2 GFK nur in Sonderfällen überschritten ist, gerade auch weil die Norm eine Ausnahme vom fundamentalen Grundsatz der nicht Zurückweisung darstellt; **bloße Bagatelldelikte reichen nicht aus** (für Einzelheiten zum völkerrechtlichen Diskurs siehe *I. Kraft*, Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, in: Hailbronner/Thym, ebd., Article 14 Rn. 14-23; zur Entstehungsgeschichte *A. Zimmermann/P. Wennholz*, Article 33, para. 2, in: ders. (Hrsg.): The

1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary (OUP, 2011), Rn. 11-37; und zur Staatenpraxis *G. Goodwin-Gill/J. McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. (OUP, 2007), S. 234-244).

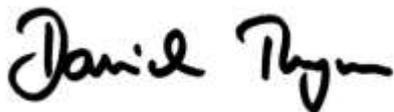
Wenn man auf dieser Grundlage den vorgeschlagenen § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG-E betrachtet, so fällt auch, dass die dort postulierte Konkretisierung des Begriffs der „Gefahr für die Allgemeinheit“ eine überaus **großzügige Definition der völkerrechtlichen Ausnahmeklausel** darstellt. Sprich: Auch wenn man annimmt, dass die Vertragsstaaten, wie ausgeführt, über einen gewissen Spielraum verfügen, rechtfertigt nicht jede der in dem Gesetzgebungsvorschlag genannten Straftaten einen Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass in den Gesellschaften Westeuropas die sexuelle Selbstbestimmung sowie allgemein der Einsatz von Gewalt heute ganz allgemein grundlegende Wertentscheidungen berührt (so sinngemäß die Neujustierung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit mit Blick auf den sexuellen Missbrauch, hier von Kindern, bei EuGH, *I.*, C-348/09, EU:C:2012:300, Rn. 22, 28). Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Norm völkerrechtswidrig wäre, weil § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG-E überhaupt nicht davon ausgeht, dass in den genannten Fällen gleichsam automatisch ein Flüchtlingsstatus ausscheidet. Vielmehr müssen nach der Normstruktur die **Gerichte in jedem Einzelfall prüfen, ob die Schwelle zur „Gefahr für die Allgemeinheit“ überschritten ist**. Soweit dies nicht der Fall ist, darf der Flüchtlingsstatus wegen der genannten Straftaten nicht verweigert werden.

In Übereinstimmung mit dem letzten Absatz der Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung nicht bedeutet, dass die betroffene Person automatisch abgeschoben würde. Im Gegenteil: Aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt sich eindeutig, dass der **Entzug eines Aufenthaltstitels bei Flüchtlingen weniger strengen Vorgaben folgt als der Ausschluss vom Flüchtlingsstatus** (zu Art. 24 RL 2011/95/EU, der § 53 Abs. 3 AufenthG anleitet, siehe EuGH, *T.*, C-373/13, EU:C:2015:413, Rn. 47-55 und Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, *Vorgaben des EU-Rechts zu Voraussetzungen und Grenzen von Aufenthaltsbeendigungen international Schutzberechtigter infolge von Straffälligkeit*, PE 6 - 3000 – 4/16 v. 9.2.2016, S. 14-17). Sprich: Eine Ausweisung von Flüchtlingen nach § 53 Abs. 3 AufenthG, die zugleich den Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 1 AufenthG beseitigt, kommt auch dann in Betracht, wenn der Ausschluss vom Flüchtlingsstatus nach § 60 Abs. 8 AufenthG scheitert. Gemäß der Vorbemerkung hat dies greifbare Auswirkungen etwa auf den Familiennachzug, Sozialleistungen oder die Arbeitserlaubnis. Hierauf hat der Gesetz-

gebungsvorschlag jedoch allenfalls mittelbare Auswirkungen, insofern als er die Ausweisungsinteressen nach §§ 54, 55 AufenthG neu gewichtet. Die Schwelle für die Ausweisung von Flüchtlingen nach § 53 Abs. 3 AufenthG wird nicht geändert.

Eigenständig ist auch die Frage zu beurteilen, ob ein Flüchtling nach einer Straftat abgeschoben werden darf. Dies ist selbst dann nicht automatisch der Fall, wenn der Aufenthaltstitel entzogen wurde und die Flüchtlingsanerkennung scheiterte. Vielmehr **gelten für eine Abschiebung gesonderte Maßstäbe**, zumal die Europäische Menschenrechtskonvention strengere Vorgaben tätigt als die Genfer Flüchtlingskonvention, weil speziell Art. 3 EMRK nach der ständigen Rechtsprechung ein absolutes Abschiebeverbot etabliert (bekräftigt von der Großen Kammer in EGMR, Urt. v. 28. 02. 2008, [Nr. 37201/06](#), *Saadi gegen Italien*, Rn. 124-127; grundlegend EGMR, Urt. v. 15.11.1996, [Nr. 22414/93](#), *Chahal gegen das Vereinigte Königreich*, Ziff. 80). Der vorliegende Gesetzentwurf hat also nicht zur Folge, dass Flüchtlinge nach einer Straftat nach § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG-E automatisch abgeschoben würden; ob dies möglich ist, ist in jedem Einzelfall zu prüfen.

Konstanz, den 19. Februar 2016

Handwritten signature of Daniel Thym in black ink.