



# Neue Richtervereinigung

Zusammenschluss von Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten e.V.

Bundesministerium des Innern  
z.Hd. Dr. Maaßen  
Alt-Moabit 101 D

10559 Berlin

Potsdam, den 31. Januar 2006

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Neue Richtervereinigung nimmt zu dem oben genannten Referentenentwurf wie folgt Stellung, wobei die Stellungnahme in Zusammenarbeit mit anderen Verbänden entstanden ist:

### **I. Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien**

Zunächst wird darauf eingegangen, inwieweit der Referentenentwurf die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte zutreffend umsetzt.

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. a) cc) 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.

#### **Mitglieder des Bundesvorstandes:**

##### **Wilfried Hamm, Sprecher des Vorstandes und Pressesprecher**

(VG Potsdam), Helmholtzstraße 6-7, 14467 Potsdam, Tel.: 0331/2332-442 (d.), 01708165960

##### **Miriam Gruß, Sprecherin des Vorstandes**

((LG Marburg), Universitätsstr. 48, 35037 Marburg, Tel.: 06421/290-152 (d.)

**Jens Heise** (SG Berlin), Invalidenstr. 52, 10557 Berlin, Tel.: 030/90165-127 (d.)

**Ingrid Schott** (VG Potsdam), Helmholtzstraße 6-7, 14467 Potsdam, Tel.: 0331/2332-582 (d.)

**Mario Cebulla** (LG Stralsund), Frankendamm 17, 18439 Stralsund, Tel.: 03831/2050 (d.)

**Thomas Schulte-Kellinghaus** (OLG Karlsruhe), Tel.: 0721/926-2074 (d.)

**Doris Walter** (AG Marburg), Tel.: 06421/290389 (d.)

#### **Sekretariat:**

##### **Mira Nagel**

Greifswalder Str. 4

10405 Berlin

Tel.: 030/420223-49

Fax: -50

sekretariat@nrv-net.de

[www.nrv-net.de](http://www.nrv-net.de)

Sparkasse zu Lübeck

BLZ 230 501 01

Konto-Nr. 9-912346

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. Problematisch erscheint aber 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. Es wird daher für § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG folgende Formulierung vorgeschlagen:

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

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. § 60 Abs. 7 Satz 4 AufenthG ist nach unserer Auffassung 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. Zwar wird lediglich bestehendes Recht 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).

Der Referentenentwurf, der 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. § 9 Abs. 2 AsylVfG sollte in der geltenden Fassung beibehalten werden, also nicht lediglich eine Informationspflicht mit der Formulierung „erforderliche Informationen“ (S.59), sondern dem Bundesamt sollte vorgeschrieben werden, dass „seine Entscheidungen und deren Begründungen“ (§ 9 Abs. 2 AsylVfG) dem UNHCR übermittelt werden.

5. § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG 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.

Zu ungenau 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 zwar 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 aber 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, so dass 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.

## **II. Gemeinschaftliche Vorschriften, die der Referentenentwurf nicht berücksichtigt**

Hinsichtlich folgender Punkte müsste aus hiesiger Sicht der Referentenentwurf ergänzt werden:

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. Sollte dies so gemeint sein, sollte der Gesetzestext 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.

2. § 57 Abs. 1 sowie § 58 Abs. 1 Satz 2 AsylVfG erscheinen nicht mit Art. 7 Abs. 5 der Aufnahmerichtlinie 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 dürften weder die Bußgeld- noch die Strafvorschriften gemäß § 85 Abs. 1 Nr. 2 und § 86 AsylVfG mit der Aufnahmerichtlinie vereinbar sein. Die Richtlinie enthält keine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Strafvorschriften bei Verletzung der Aufenthaltsvorschriften. Zwar können die Mitgliedstaaten nach Art. 4 der Aufnahmerichtlinie 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 Aufnahmerichtlinie keine Rechtsgrundlage.

### **III. Aufenthaltsrechtliche Themenkomplexe**

1. Die Änderung des § 27 AufenthG (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. Eine derartige gesetzgeberische Intention kann nicht akzeptiert werden. 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. Insoweit sollte es bei der bisherigen Fassung verbleiben.

2. Die Einführung eines Mindestalters für den Ehegattennachzug (S. 21, Nr. 19 § 30 Abs. 1 Nr.1 AufenthG) 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 AufenthG 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 AufenthG 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 Stamberechtigte einen Aufenthaltstitel mit mindestens einjähriger Gültigkeit und begründete Aussicht darauf hat, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen.

Demgegenüber fordert § 30 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG, dass die Ehe bereits bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an dem stamberechtigten 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 AufenthG 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. Des Weiteren muss der Ausschluss des Familiennachzugs für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG (vgl. § 29 Abs. 3 Satz 2 AufenthG) gestrichen werden. Dieser erscheint verfassungsrechtlich bedenklich und ist durch nichts gerechtfertigt.

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 ist 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. Eine der bisherigen Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG entsprechende Regelung sollte in die neue Fassung des § 9 mit aufgenommen werden.

7. Die Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG hat in der Praxis dazu geführt, dass dieser ausgehöhlt wird, obwohl dieser bewusst als verbesserte Konzeption gegenüber § 30 Abs. 4 AuslG 1990 angelegt war. Um der Intention des Gesetzgebers des Zuwanderungsgesetzes gerecht zu werden, schlagen wir folgende Änderung vor:

*„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.....“*

8. Die Forderung nach einer Altfallregelung bleibt selbstverständlich aufrecht erhalten. Eine solche Regelung ist dringend - vorrangig - geboten.

Abschließend bitten wir Sie, uns bei entsprechenden Gesetzesvorhaben zu beteiligen.

Mit freundlichen Grüßen

Wilfried Hamm