

### **Auf zum 3. Änderungsgesetz – Anmerkungen zur Umsetzung der EU-Richtlinien zum Flüchtlings- und Asylrecht durch das "Richtlinienanpassungsgesetz"**

Mit dem 2. Änderungsgesetz zum Zuwanderungsgesetz wurden insgesamt 11 EU-Richtlinien umgesetzt, die sich auf die Bereiche Unionsbürgerrechte, Asyl und Einwanderung beziehen. Mit Ausnahme der Asylverfahrensrichtlinie lagen im Bereich Asyl- und Flüchtlingsrecht alle EU – Rechtsvorschriften bereits vor, als im Jahr 2004 das Zuwanderungsgesetz gestaltet wurde. In welchen Bereichen musste das deutsche Flüchtlingsrecht also noch auf europarechtliche Vorschriften hin neu justiert werden?

Für Flüchtlingsschutz und humanitären Aufenthalt sind insbesondere von Bedeutung die Richtlinien zum Asylverfahren und Aufnahmebedingungen für Flüchtlinge, die Qualifikationsrichtlinie, die Richtlinie und die Familiennachzugsrichtlinie. Hingewiesen sei ausdrücklich darauf, dass alle Richtlinien nur Mindestbedingungen des Flüchtlingsschutzes enthalten und es den EU – Staaten – also auch Deutschland - freisteht, im jeweiligen nationalen Recht bessere Standards beizubehalten oder einzuführen. Ein entsprechender Artikel findet sich im Text jeder Richtlinie. Nur unterschritten werden dürfen die Mindeststandards, welche die Richtlinien festlegen, nicht mehr. Die einzelnen Formulierungen und Inhalte der Richtlinien sind das Ergebnis jahrelanger politischer Verhandlungen unter den Zwängen des im europäischen Rat damals noch geltenden Einstimmigkeitsprinzips. Sie stellen damit keineswegs einen inhaltlichen Konsens über den in der EU erforderlichen Menschenrechtsschutz dar. Eine politische Folge einmal beschlossener Richtlinientexte ist, dass sie aufgrund der gemeinsamen Erarbeitung und Verabschiedung für Änderungen nicht eben offen sind. Richtlinientexte haben daher „relativen Ewigkeitswert“.

Die mit Inkrafttreten des 2. Änderungsgesetzes eintretenden Neuerungen können z.Zt. noch Bedeutung für Asyl - Folgeanträge haben, da eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist. Die Drei-Monats-Frist beginnt ab Kenntnisnahme der rechtlichen Änderung (§ 71 Abs. 1 AsylVfG i. V. m. § 51 Abs. 3 S. 2 VwVfG), frühestens also ab 28. August 2007, dem Tag des Inkrafttretens, könnte aber durchaus bei plausibler Erklärung, dass man sie unmittelbar am Tag danach noch nicht zur Kenntnis nehmen konnte, auch noch etwas länger gelten. Dabei können vor allem die durch die Qualifikationsrichtlinie begründeten materiellen Änderungen von Interesse sein. Zwar ist die Richtlinie bereits seit 13. Oktober 2006 unmittelbar anwendbar, durch Übernahme ihrer Bestimmungen in die deutsche Gesetzgebung hat sich die Rechtslage aber erneut verändert.

#### **1.) Richtlinie „Aufnahmebedingungen“**

Sie stellt ein besonders deutliches Beispiel dar für verzögerte Umsetzung in deutsches Recht: Sie trat bereits am 6. Februar 2003 in Kraft, die Umsetzungsfrist lief am 6. Februar 2005 ab. Zwar wurde sie mit Blick auf die materiellen Aufnahmebedingungen der EU-Staaten in Ost- und Süd- Europa insbesondere geschrieben. Dennoch ist auch in Deutschland in einigen Bereichen weiter Anpassungsbedarf vorhanden. Einige Beispiele:

In den Art 17 - 20 sind für besonders hilfsbedürftige Minderjährige, insbesondere auch unbegleitete Minderjährige, Behinderte, ältere Menschen, Schwangere Alleinerziehende oder Opfer von Folter und Gewalt zahlreiche Einzelregelungen enthalten beispielsweise zu medizinischer Versorgung und psychotherapeutischen Behandlung von traumatisierten Personen, die deutlich günstiger sind, als die bisherigen deutschen Bestimmungen in den §§ 4 und 6 AsylBLG. Vor allem sind in der RL Ansprüche, und nicht nur Ermessensregeln festgeschrieben. Art. 20 legt z.B. bezüglich Opfern von Folter und Gewalt fest, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, im Bedarfsfall die Behandlung **erhalten**, die für Schäden, welche ihnen durch die genannten Behandlungen zugeführt wurden, erforderlich ist.

Im deutschen Recht wird dagegen bisher in derartigen Fällen auf § 6 AsylBIG zurückgegriffen und es werden sonstige Leistungen, z.B. Psychotherapie, als Ermessensleistungen allenfalls einmal in einem besonders gelagerten Einzelfall gewährt. Art. 20 geht damit deutlich über den bisherigen deutschen

Standard in diesem Bereich hinaus. Nicht völlig überraschender Weise findet sich in Text und Erläuterungen des Referentenentwurfs nichts: Räumt man hier den – europarechtlich gebotenen – Anspruch ein, kann dies für die Sozialverwaltungen der Kreise und Kommunen als Träger der Sozialhilfe teuer werden.

Solange die Richtlinie aber in diesem Punkt nicht in deutsches Recht umgesetzt sein wird, kann man sich nach dem oben Gesagten in der Praxis unmittelbar auf den Richtlinienentwurf berufen bei dem Versuch, entsprechende Ansprüche durchzusetzen.

Oder: Art. 15 verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass Asylbewerber die erforderliche medizinische Versorgung erhalten, die zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten umfasst. Ferner sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Asylbewerbern mit besonderen Bedürfnissen die erforderliche medizinische und sonstige Hilfe zu gewähren. Dabei wird nicht differenziert zwischen akuten und chronischen Erkrankungen. Auch werden keine Schmerzzustände vorausgesetzt wie etwa in §§ 4 oder 6 AsylBIG. Sofern bei ihnen besondere Bedürfnisse (z. B. chronischen Erkrankungen oder psychischen Störungen) vorliegen, können die Betroffenen die erforderliche medizinische Hilfe daher unmittelbar unter Berufung auf die RL beanspruchen, da das Gesetz keine Erweiterung der Rechte im AsylBLG vorsieht und insofern nicht „europarechtskonform“ umgesetzt wurde.

Art. 20 legt fest, dass Opfer von Folter, Vergewaltigung oder anderen schweren Gewalttaten die notwendige Behandlung für die durch diese Taten erlittenen Schäden erhalten, d.h. darauf unmittelbar ein Rechtsanspruch besteht. Demgegenüber kennt das AsylBLG für derartige Fälle nur das Instrument des § 6 Abs. 1 AsylBLG. Danach können die Kosten für die notwendigen Behandlungen nur nach Ermessen gewährt werden – eine unzureichende Umsetzung der europäischen Vorgabe.

Gemäß Art. 5 RL Aufnahmebedingungen unterrichten die Mitgliedstaaten Asylbewerber innerhalb einer angemessenen Frist von höchstens 15 Tagen nach der Antragstellung zumindest über die vorgesehenen Leistungen und die mit den Aufnahmebedingungen verbundenen Verpflichtungen. Ferner tragen die Mitgliedstaaten Sorge dafür, dass der Asylbewerber Informationen darüber erhält, welche Organisationen oder Personengruppen spezifischen Rechtsbeistand gewähren und welche Organisationen ihnen im Zusammenhang mit den Aufnahmebedingungen einschließlich medizinischer Versorgung behilflich sein oder sie informieren können. Solche Informationen müssen schriftlich und nach Möglichkeit in einer Sprache erteilt werden, bei der davon ausgegangen werden kann, dass der Asylbewerber sie versteht. Sie können allerdings auch mündlich erteilt werden. Einen solchen verbindlichen Anspruch sieht § 47 Abs. 4 AsylVerfG vor. ). Ferner wird für die Erteilung der Aufenthaltsgestattung eine Frist von drei Tagen nach Antragstellung festgelegt (Art. 6 Abs. 1 AufnRL, Umsetzung in § 63 AsylVfG).

Art. 10 regelt den Zugang zur Grundschulbildung und zur weiterführenden Bildung für Minderjährige. Die Mitgliedsstaaten gestatten minderjährigen Kindern von Asylbewerbern und minderjährigen Asylbewerbern den Zugang zum staatlichen Bildungssystem, solange keine Rückführungsmaßnahmen gegen sie selbst oder ihre Eltern vollstreckt werden. Kinder, die sich noch im Asylverfahren befinden, nicht zu beschulen – wie zeitweise in NRW üblich – widerspricht daher der RL eindeutig. Allerdings kann der Unterricht in Unterbringungszentren erfolgen, also etwa in einer zentralen Aufnahmeeinrichtung, wie in Bramsche. Ausdrücklich sieht Art. 10 Abs. 2 vor, dass der Zugang zum Bildungssystem nicht um mehr als drei Monate verzögert werden darf, nachdem der Minderjährige oder seine Eltern einen Asylantrag gestellt haben .

## **2.) Richtlinie: Familienzusammenführung**

Sie trat am 22.09.2003 in Kraft und hätte bis zum 3. Oktober 2005 umgesetzt werden müssen. Der Text der RL sieht sowohl Bestimmungen vor für die Familienzusammenführung von Personen, die sich rechtmäßig in den jeweiligen Mitgliedstaaten aufhalten, als auch für die Zusammenführung von Flüchtlingen und Personen, die subsidiären Schutz genießen. Für die Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte ist insbesondere vorteilhaft, dass in Art 12 bestimmte Vereinfachungen für den Familiennachzug in Abweichung von den Art 7 und 8 RL sowie bei der Dokumentation des familiären

Zusammenhang vorgesehen sind, d. h. anerkannte Flüchtlinge müssen z.B. nicht über Gentests oder Originalheiratsurkunden oder Geburtsurkunden nachweisen, dass ein familiärer Zusammenhang besteht, wenn Zusammenführung angestrebt wird.

### **3.) Asylverfahrensrichtlinie**

Hierbei handelt es sich um die umstrittenste Richtlinie im Rahmen des Europäischen Rechtssetzungsprozesses. Sie wurde erst am 01.12.2005 verabschiedet und trat am 02.01.2006 in Kraft als vorerst „letzter Baustein europäischer Asylmaßnahmen“. In nationales Recht umgesetzt werden muss sie bis zum 01.12.2007. UNHCR, das EU - Parlament und zahlreiche NGO's haben sich dahin geäußert, dass in der Richtlinie „dubiose Praktiken verschiedener EU-Staaten gesammelt und mit ihr nun legitimiert worden seien.“

Die Richtlinien in ihren einzelnen Bestimmungen darzustellen, würde den Rahmen dieses Textes sprengen. Wesentliche Teile dieser Richtlinie gelten im deutschen Recht. Man kann sogar ohne wesentliche Übertreibung sagen, dass der langwierige Prozess, die Richtlinie zu verabschieden, im Wesentlichen seine Ursache darin hatte, dass Deutschland darauf beharrte, bestehende gesetzliche Einschränkungen des deutschen Asylverfahrensrechts zum gesamteuropäischen Maßstab zu erheben. Dies gilt insbesondere für die Konzepte sichere Dritt- und sicherer Herkunftsstaaten.

Bis zuletzt blieb auf EU - Ebene wesentlicher Streitpunkt, ob alle Mitgliedstaaten sich auf gemeinsame Listen für sichere Herkunftsstaaten und sichere Drittstaaten verständigen können. Bisher ist das nicht der Fall und man wählte deswegen einen diplomatischen Umweg: Art. 31 Abs. 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten, Asylanträge von Staatsangehörigen aus sicheren Herkunftsstaaten außerhalb der EU als unbegründet abzulehnen. Art. 28 Abs. 2 i. V. m. Art. 23 Abs. 4 a) bis c) ermöglicht darüber hinaus, in einer Vielzahl von Konstellationen einen Antrag als offensichtlich unbegründet abzulehnen, z. B. nach einer Einreise aus einem sicheren Herkunftsstaat. So wird § 29 a Abs. 1 AsylVfG zum EU-Maßstab. Nur: die gemeinsamen Listen sicherer Herkunfts- oder sicherer Drittstaaten existiert bisher nicht. Solange dürfen die Mitgliedstaaten daher eventuell von ihnen schon genutzte Listen weiter beibehalten.

Am 8. März 2006 hat das EU – Parlament Klage gegen die Richtlinie insgesamt erhoben (EuGH Rechtssache C – 133/06) mit dem Ziel, deren Annullierung zu erreichen. Diese Klage richtet sich insbesondere gegen die Einführung der Konzepte „sicherer Drittstaat“ und „sicherer Herkunftsstaat“ auf EU – Ebene. Der zuständige Generalanwalt des EUGH hat diese Klage in seiner Stellungnahme im September 2007 für begründet erachtet. Ein Urteil des EUGH dazu steht noch aus.

Falls auf der Grundlage der Regelung „sichere“ Staaten gelistet werden, soll Asylbewerbern, die aus solchen „Listenstaaten“ kommen, kein Zugang zum Asylverfahren mehr eröffnet werden. Eine Einzelfallprüfung ist nicht mehr vorgesehen. Dasselbe Verfahren gilt gemäß Art. 29 für die künftige Erstellung einer gemeinsamen Minimalliste der als sicherer Herkunftsstaaten geltenden Drittstaaten. Nach Art. 36 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass keine umfassende Prüfung des Asylantrages erfolgt, wenn die zuständige Behörde anhand von Tatsachen festgestellt hat, dass der Antragsteller aus einem sicheren Drittstaat unrechtmäßig in einem Mitgliedstaat einzureisen versucht oder eingereist ist.

Ein Aufenthaltsrecht während des Asylverfahrens besteht gemäß Art. 7 Abs. 1 RL grundsätzlich nur solange, bis die Asylbehörde im erstinstanzlichen Verfahren über den Antrag entschieden hat. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Es wäre also zulässig, Antragsteller während eines noch laufenden Verfahrens in den Herkunftsstaat abzuschicken. Dies muss zwar nicht geschehen, ist aber nach dem Wortlaut der Richtlinie auch nicht ausgeschlossen – eine insbesondere von UNHCR kritisierte Unklarheit. Mit dem 2. Änderungsgesetz wurde nun eingeführt, dass Asylsuchende, die aufgrund der Dublin II-Verordnung in einen anderen EU-Staat abgeschoben werden sollen, grundsätzlich keinen Eilrechtsschutz mehr in Anspruch nehmen können, d. h. Rücküberstellungen in andere EU-Staaten sollen nicht mehr verhindert werden können (§§ 34 a, 27 a und 26 a AsylVfG). Das Verfahrensergebnis ist dann vom Ausland aus abzuwarten.

Zurückweisungen an den Grenzen können auf Verdacht bereits möglich sein. Es soll also einem Ausländer die Einreise verwehrt werden können, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig ist (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVerfG). Asylantragsteller, für die festgestellt wurde, dass Deutschland für die Verfahrensdurchführung unzuständig ist, sollen in Zurückweisungshaft genommen werden können (§ 15 Abs. 5 AufenthG). Sie sollen dazu künftig schon in Grenznähe abgefangen und inhaftiert werden können.

Ist die Unzuständigkeit Deutschlands nach den Regeln der Dublin II-Verordnung festgestellt, könnten die Betroffenen direkt aus der Haft zwangsweise in den anderen EU-Staat überstellt werden. Diese Zurückweisungshaft ist als Soll-Regelung vorgesehen, d. h. nur im Ausnahmefall darf sie unterbleiben. Sie gilt übrigens auch gemäß § 15 Abs. 6 für Ausländer, die auf dem Luftwege eingereist sind. Sie dürfen im Flughafentransit weiterhin auch dann festgehalten werden, wenn der Richter die Haft abgelehnt hat. Eine zeitliche Begrenzung ist nicht vorgesehen. Ist also beispielsweise eine unmittelbare Zurückschiebung nicht möglich, weil der Betreffende keinen Pass hat, soll die theoretische Möglichkeit, auszureisen, dazu führen, dass der Ausländer im Transitbereich bleibt. Richterliche Kontrolle erfolgt erst nach 30 Tagen.

#### **4. Qualifikationsrichtlinie**

Sie übernimmt den Ansatz der Genfer Konvention für den Flüchtlingsschutz, d. h. es geht um die **Schutzbedürftigkeit** wegen schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen, die an die Schutzgüter der GFK anknüpft und nicht – wie bisher in der deutschen Rechtsprechung – um die Frage, ob und mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad politisch motivierte Verfolgung vorliegt. Das AufenthG bleibt jedoch – wie insbesondere Pro Asyl zu Recht rügte – in den alten Strukturen. Flüchtlingsschutz findet sich weiterhin im Kapitel „Beendigung des Aufenthalts - Durchsetzung der Ausreisepflicht“. Die wesentlichen Bestimmungen stehen in § 60 AufenthG-E (Abschiebungsverbote). § 60 Abs.1 S.5 erklärt die Artikel 4 Abs.4 sowie 7 – 10 QualifikationsRL nur für „ergänzend“ anwendbar, obgleich wegen des europarechtlich anerkannten Grundsatzes eines „Anwendungsvorrangs“ des europäischen Rechts die Normen der QualifikationsRL auch dann gelten, wenn sie nicht wortwörtlich in das nationale, hier also das deutsche Recht umgesetzt wurden. Die Formulierung, die Normen müssten nur „ergänzend“ zum deutschen Recht beachtet werden, trifft daher spätestens seit dem 13. Oktober 2006, d.h. dem Tag, an dem die Umsetzungsfrist für die QualifikationsRL abgelaufen war, nicht mehr zu. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, warum die Formulierung gewählt wurde, obwohl es unstrittig ist, dass die durch die Richtlinie gesetzten Mindestnormen vollumfänglich in nationales Recht umzusetzen sind. Betroffene können sich gem. ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes direkt auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen, wenn diese für sie günstiger sind als Normen nationalen Rechts. Die RL nicht also nicht nur "ergänzend", sondern vorrangig anzuwenden.

Ein Beispiel für die Missachtung internationaler Schutzstandards im Flüchtlingsrecht durch die deutsche Rechtspraxis bietet Art. 10 Abs.1 b) RL: Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wurde nur das >>forum internum<<, d.h. die nicht-öffentliche Religionsausübung als „religiöses Minimum“ geschützt, nicht hingegen die öffentliche. Nach dem Standard der Genfer Flüchtlingskonvention müssen jedoch auch solche Personen als Flüchtlinge geschützt werden, die wegen eines öffentlichen Bekenntnisses zu ihrer Religion verfolgt werden. Entsprechend formuliert es Art 10 Abs.1 b) QualifikationsRL. Absehbar ist jedoch, dass wegen der Formulierung in §60 Abs 1 AufenthG, die Richtlinienbestimmung in Art 10 sei „ergänzend“ anzuwenden, langwierige Streitigkeiten darüber vor den deutschen Gerichten ausgetragen werden, wie „forum internum“ und „forum externum“ voneinander abzugrenzen sind, welche Art Glaubensritual oder -ausübung geschützt werden muß und welcher Schutzzumfang erforderlich ist. Festzuhalten ist insoweit immerhin, dass in der Entscheidungspraxis des BAMF vom 1.1. – 30.9.2007 insbesondere bei iranischen Staatsangehörigen, die zum Christentum konvertiert sind, unter Berücksichtigung von Art. 10 QualifikationsRL eine „Gesamtschutzquote“ von ca 25 % erreicht wurde, d.h. wesentlich häufiger als früher schon im Verfahren vor dem BAMF Anerkennungen von Abschiebungsverböten gem. § 60 Abs.1 AufenthG erfolgen.

Kalkmann weist in seinem Beitrag im Asylmagazin (Heft 9/2007, S 4 – 8) zutreffend darauf hin, dass durch den Verweis im neuen § 60 Abs. 1 S. 5 AufenthG neben Art. 4 Abs. 4 (vergleichbar dem "herabgestuften Wahrscheinlichkeitsmaßstab" bei Vorverfolgung) die Art. 7 bis 10 der Qualifikationsrichtlinie umgesetzt werden. Er führt weiter aus: Von besonderem Interesse sind hierbei die Definitionen von Verfolgungshandlungen (Art. 9 RL) und Verfolgungsgründen (Art. 10 RL).

- Offenes Konzept der geschützten Rechtsgüter (Art. 9 Abs. 1 a RL): In der Richtlinie wird ein Kernbereich von Menschenrechten erwähnt, deren Verletzung als Verfolgungshandlung zu werten ist. Indem diese Rechte "insbesondere" genannt werden, macht die Richtlinie zugleich deutlich, dass grundsätzlich auch die Verletzung weiterer grundlegender Menschenrechte als Verfolgungshandlung in Betracht zu ziehen ist. Dabei können im Unterschied zur früher in Deutschland überwiegender Sichtweise weniger schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen durch Wiederholung die Intensität erreichen, dass sie als Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 9 QuRL gewertet werden müssen.
- Kumulierung unterschiedlicher "Maßnahmen" (Art. 9 Abs. 1b RL): Verschiedene Maßnahmen – dabei muss es sich nicht um Menschenrechtsverletzungen handeln – können nach dem Ansatz der Richtlinie zusammengenommen das Niveau einer Verfolgungshandlung i. S. d. Art. 9 RL erreichen.
- Verfolgung wegen der Religion (Art. 10 Abs. 1b RL): Die Rechtsprechung der letzten Monate bietet ein noch uneinheitliches Bild hinsichtlich der Frage, ob durch die Qualifikationsrichtlinie das Konzept des "religiösen Existenzminimums" überholt sei, wonach nur die Verletzung eines Kernbereichs der Religionsausübung zur Zuerkennung des Flüchtlingsstatus führt. Bei einer sachgerechten Umsetzung der Richtlinie muss hier aber davon ausgegangen werden, dass schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen und Maßnahmen i. S. d. Art. 9 RL immer als Verfolgung zu werten sind, wenn sie an dem weitgefassten Religionsbegriff der Richtlinie anknüpfen.
- Offenes Konzept der "sozialen Gruppe" (Art. 10 Abs. 1d): Der Begriff der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe wird in der Qualifikationsrichtlinie konkretisiert. Demnach bestimmt sich die soziale Gruppe durch angeborene Merkmale, einen unveränderlichen Hintergrund oder durch für die Identität bedeutsame Merkmale oder Glaubensüberzeugungen, zu deren Aufgabe die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten. Als weiteres Kriterium tritt hinzu, dass die Gruppe in der Wahrnehmung der sie umgebenden Gesellschaft eine deutlich abgegrenzte Identität hat und daher als andersartig betrachtet wird. In der Gesetzesbegründung wird dieses zweite Kriterium als zwingende Voraussetzung beschrieben. Der Richtlinientext macht aber durch die Formulierung "Eine Gruppe gilt insbesondere als soziale Gruppe ..." deutlich, dass die genannten Kriterien nicht als abschließend zu betrachten sind. Der § 60 Abs. 1 AufenthG enthält darüber hinaus schon jetzt in dem unveränderten Satz 3 eine Norm, die über die Richtlinie hinausgeht, indem die geschlechtsspezifische Verfolgung grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Anerkennungsgrunds "Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe" einbezogen wird.

**Art. 2 e) QualifikationsRL definiert eine Person mit Anspruch auf subsidiären Schutz** als einen Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen, der die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling nicht erfüllt, der aber stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass er bei einer Rückkehr in sein Herkunftsland oder, bei einem Staatenlosen, in das Land seines vorherigen gewöhnlichen Aufenthaltes tatsächlich Gefahr laufe, einen ernsthaften Schaden im Sinne des Art 15 zu erleiden, und auf den Artikel 17 Abs. 1 und 2 keine Anwendung findet und der den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Gefahr nicht in Anspruch nehmen will.

In den Absätzen 2, 3 und 7 des § 60 AufenthG sollen die Regelungen des Art. 15 der Qualifikationsrichtlinie zum subsidiären Schutz umgesetzt werden. Dabei wird zunächst die Regelung zum Folterverbot in Abs. 2 um die Formulierung ergänzt, wonach auch die Gefahr der

unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung zum Abschiebungsverbot führt. Ebenfalls im Einklang mit der Qualifikationsrichtlinie wird das Verbot der Abschiebung aus Abs. 3 dahingehend erweitert, dass nicht nur allgemein die "Gefahr der Todesstrafe" erfasst wird, sondern die Gefahr der "Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe". Kalkmann ( a.a.O) weist darauf hin, dass diese Neuerung Auswirkungen auf die Praxis der "diplomatischen Zusicherungen" haben wird: In der Vergangenheit wurde in einigen Fällen die Abschiebung von Personen für zulässig erachtet, wenn das Herkunftsland zusagte, dass eine bereits verhängte oder drohende Todesstrafe nicht vollstreckt werden würde. Eine derartige Zusicherung wird zukünftig nicht ausreichen, um das Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 3 AufenthG zu umgehen.

Die umstrittenste Neuerung des 2. Änderungsgesetzes im Bereich des Flüchtlingsrechts ist die Umsetzung von Art. 15 Abs. c.: ein Grund für subsidiären Schutz kann "... eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt („indiscriminate power“) im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts." sein.

§ 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG nutzt die Formulierung, verzichtet aber auf das Merkmal "willkürliche Gewalt". Welche Folgen sich daraus ergeben, wird unterschiedlich beurteilt: Hailbronner vertritt die Auffassung, dass die Qualifizierung als "willkürliche Gewalt" sogar als Einschränkung anzusehen wäre, wenn sie als Gegensatz zum Begriff der gezielten Gewalt verstanden wird. Eine derartige Einschränkung ginge aber nicht konform mit der einschlägigen Rechtsprechung, die für jede Form der Gewalt einen Schutzanspruch vorsehe, solange eine ernsthafte individuelle Bedrohung vorliege.

Marx und Vertreter von NGO's interpretieren die Formulierung "willkürliche Gewalt" anders: konkrete, einer Einzelperson drohende Gewalt werde bereits von Art. 15 Bst. b QuRL (Gefahr der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung) erfasst. „Willkürliche Gewalt“ in Art 15c meine demgegenüber gerade Situationen, in denen die Gefahr für den Einzelnen wegen des ungezielten und unberechenbaren Charakters der Bedrohung nicht eindeutig vorhersehbar sei. Erforderlich sei deswegen, bei Anwendung des Art. 15 c einen herabgestuften Prognosemaßstab anzulegen.

Kalkmann (a.a.O) weist zurecht daraufhin, dass besondere Bedeutung die Nichterwähnung der "willkürlichen Gewalt" im Zusammenhang mit der sog. Sperrwirkung erhält, die in § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG aus dem früheren Recht übernommen wurde. Danach unterliegt der Anwendungsbereich des § 60 Abs. 7 S. 2/Art. 15c RL uneingeschränkt dem Vorbehalt, dass "allgemeine" Gefahren im Zuge von Abschiebungsstopp-Regelungen nach § 60 a Abs. 1 AufenthG zu berücksichtigen sind. In der Gesetzesbegründung wird für diese Regelung – die im Gesetzentwurf vom Januar 2006 noch nicht enthalten war – auf den Erwägungsgrund Nr. 26 der Qualifikationsrichtlinie Bezug genommen ("Gefahren, denen die Bevölkerung oder eine Bevölkerungsgruppe eines Landes allgemein ausgesetzt sind, stellen für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung dar, die als ernsthafter Schaden zu beurteilen wäre."). Damit wird der Begriff "allgemeine Gefahren" aus dem Erwägungsgrund mit dem Begriff "willkürliche Gewalt" aus Art. 15 c RL gleichgesetzt.

Diese Gleichsetzung ist falsch, wenn davon ausgegangen wird, dass die Richtlinie mit dem Begriff der willkürlichen Gewalt eine andere Qualität der Bedrohung beschreibt. Von UNHCR wird weiter eingewandt, dass die Sperrwirkung Art. 15c RL gegenstandslos mache, da er gerade Zugang zu individuellem Schutz in Situationen allgemeiner Gefahren eröffne. Ein Abschiebungsstopp nach § 60 a AufenthG würde demgegenüber nicht die Mindestrechte garantieren, die den subsidiär Schutzberechtigten laut Qualifikationsrichtlinie zustehen. Die Anwendung der Sperrwirkung auf die Gruppe der nach Art. 15 c RL subsidiär Schutzberechtigten ist daher gemeinschaftsrechtswidrig .

§ 60 Abs. 11 AufenthG stellt klar, dass einige Artikel der Qualifikationsrichtlinie bei der Prüfung der Abschiebungsverbote nach den Absätzen 2, 3 und 7 Satz 2 „gelten“. Das heißt insbesondere, dass auch Gefahren, die von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen, zur Zuerkennung von subsidiären Schutz führen können (Art. 6 und 7 RL). Ferner ist bei Personen, die bereits einen Schaden i. S. d. Absätze 2, 3 und 7 Satz 2 erlitten haben, davon auszugehen, dass ihnen weiterhin eine entsprechender Schaden droht, es sei denn, stichhaltige Gründe sprechen dagegen (Art. 4 Abs. 4 RL).

**Art. 26 Abs.3 RL** sieht für subsidiär Schutzberechtigte die Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen **Erwerbstätigkeit** grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften vor. Die Mitgliedsstaaten können allerdings aus arbeitsmarktpolitischen Gründen Unionsbürgern und Inländern vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt einräumen – eine „Aufweichung“ der zunächst im Entwurf vorgesehenen Vorschrift, welche eine solche „arbeitsmarktpolitische Rücksichtnahme“ nicht enthielt. Sie wurde von der deutschen Regierung durchgesetzt.

**Art. 27 Abs.2** regelt, dass beim **Zugang zum Bildungssystem**, zu Weiterbildung und Umschulung für Minderjährige Gleichbehandlung mit Inländern erfolgen und für Erwachsene der Zugang genauso wie für andere Drittstaatsangehörige bestehen muß (Art 27 Abs.2 ).

Bezüglich **Sozialleistungen** verpflichtet **Art 28 QualifikationsRL** die Mitgliedsstaaten, dafür zu sorgen, dass diejenigen, denen Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, und die nicht über ausreichende Mittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen, die erforderliche Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wie Staatsangehörige dieses Mitgliedsstaats erhalten. Allerdings ist eine Beschränkung auf „Kernleistungen“ gem. Art. 28 Abs.2 bezüglich subsidiär Schutzberechtigter zulässig – ebenfalls eine Regelung, der eine entsprechende deutsche Forderung zugrunde lag. Solche "Inländergleichbehandlung" ist grundsätzlich auch bei Gewährung medizinischer Versorgung vorgesehen (Art. 29). – aber hier bezüglich subsidiär Schutzberechtigter wieder – auf deutsche Veranlassung - mit der Beschränkungsmöglichkeit auf „Kernleistungen“( Art 29 Abs.2).

**"Wegfall-der-Umstände"-Klausel im § 73 Abs. 1 AsylVfG:** Im geänderten § 73 Abs. 1 AsylVfG wird in Übereinstimmung mit der Qualifikationsrichtlinie, die wiederum die entsprechende Formulierung aus Art. 1 C 5 GFK nahezu wortgleich übernommen hat, festgelegt, dass ein Widerruf der Asylberechtigung bzw. des Flüchtlingsstatus zu erfolgen hat, wenn "der Ausländer nach Wegfall der Umstände, die zur Anerkennung (...) geführt haben, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Staates in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt". Die Auswirkungen dieser Änderung auf die Widerrufspraxis des BAMF dürften gering sein, wenn die herrschende Rechtsprechung des BVerwG beibehalten wird. Demnach ist die entscheidende Voraussetzung für den Widerruf, dass die Verfolgungsgefahr entfallen ist, welche ursprünglich zur Anerkennung geführt hat. Dabei kommt es nach Auffassung des BVerwG – im Widerspruch zur internationalen Staatenpraxis und zur Position des UNHCR– nicht darauf an, ob sich die allgemeine Situation im Herkunftsland grundlegend und dauerhaft geändert hat und ob der Flüchtling im Herkunftsland effektiven Schutz vor möglichen Gefahren für seine grundlegenden Rechte in Anspruch nehmen kann.

Kalkmann führt zutreffend aus (a.a.O), mit dem VG Köln könne der Meinung des BVerwG entgegengehalten werden, dass durch die QuRL eine neue Situation eingetreten ist. Es sei nicht nur allgemein naheliegend, sondern in den Vorarbeiten der Europäischen Kommission auch nachweisbar, dass die Richtlinie auf die Staatenpraxis und auf die einschlägigen UNHCR-Richtlinien Bezug nehme. Daher könne die Rechtsprechung des BVerwG zur "Wegfall-der-Umstände"-Klausel im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung nicht aufrechterhalten werden.

**Nachfluchtatbestände (§ 28 AsylVfG)** § 28 Abs. 2 AsylVfG soll Regelungen des Art. 5 QuRL (Bedarf an internationalem Schutz), der aus Nachfluchtgründen entsteht, umsetzen. Dabei wird durch einen neu eingefügten Abs. 1 a zunächst klargestellt, dass Ereignisse, die nach dem Verlassen des Herkunftslandes eingetreten sind, eine Bedrohung i. S. d. § 60 Abs. 1 AufenthG darstellen können. Darunter fallen auch Aktivitäten eines Antragstellers, die Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsland bestehenden Überzeugung darstellen. In § 28 Abs. 2 AsylVfG wird anschließend der Ausschluss "selbst geschaffener" Nachfluchtgründe geregelt. Demnach kann in einem Folgeverfahren in der Regel keine Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgen, wenn der Antragsteller die von ihm geltend gemachte Verfolgungsgefahr durch erst nach Abschluss des vorangegangenen Verfahrens aufgenommene Aktivitäten selbst hervorgerufen hat. Diese Neuformulierung entspricht weitgehend dem Art. 5 Abs. 3 QuRL. Allerdings fehlt die im Richtlinienartikel enthaltene einleitende Klausel "unbeschadet der Genfer Flüchtlingskonvention". Für die GFK ist aber die wohl begründete Furcht vor

Verfolgung das entscheidende Kriterium einer Flüchtlingsanerkennung. Sie fragt nicht, welche Aktivitäten die Verfolgungsgefahr hervorgerufen haben. Selbst wenn die Handlungen bewusst unternommen wurden, um einen Anerkennungsgrund zu schaffen, stellt dies keinen Ausschlussgrund nach der GFK dar.

**Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten (§ 25 Abs. 3 AufenthG)** Laut Art. 24 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie ist subsidiär Schutzberechtigten ein Aufenthaltstitel zu erteilen, es sei denn, zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stehen dem entgegen. Demgegenüber bleibt es im § 25 Abs. 3 AufenthG bei einer Soll-Regelung für die Personen, für die ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG vorliegt. Im Rahmen einer „Soll-Regelung“ kann damit bei außergewöhnlichen Umständen von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden. Dies steht im Widerspruch zur zwingenden Vorschrift der Qualifikationsrichtlinie. Daher kann in Fällen, in denen ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, 3 oder 7 S. 2 AufenthG festgestellt wurde, nicht von der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass auch die unverändert gebliebene Vorschrift des § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG in ihren ersten beiden Alternativen gegen die Qualifikationsrichtlinie verstößt. Demnach wird subsidiär Schutzberechtigten die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist (1. Alt.) oder wenn der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt (2. Alt.). Die Qualifikationsrichtlinie kennt derartige Vorbehalte nicht, so dass sie in Fällen, in denen ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, 3 oder 7 S. 2 AufenthG festgestellt wurde, keine Anwendung finden können.

Mit dem **neu gestalteten § 3 AsylVfG** wird versucht, die Systematik der Qualifikationsrichtlinie für die Flüchtlingsanerkennung zu übernehmen. War bisher von "Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG" die Rede, heißt es nun "Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft". Inhaltlich verweist § 3 Abs. 1 AsylVfG aber weiterhin auf die Voraussetzungen des Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 1 AufenthG. Praktische Konsequenz dieser Änderung: Anerkennungsbescheide des Bundesamtes müssen dem Antragsteller ausdrücklich die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen. Entsprechend sind Verpflichtungsklagen gegen die Ablehnung der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft sowie Gerichtsentscheidungen zu formulieren.

### **III. Anpassung an die Dublin II-Verordnung**

Das Gesetz nimmt einige Anpassungen der deutschen Rechtslage an die Verordnung zur Bestimmung des Mitgliedstaates der EU, der für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist (sog. Dublin II-Verordnung) vor. Kalkmann weist zutreffend darauf hin (a.a.O) dass so „alte“ Streitfragen entschieden werden, die sich aus dem bislang mangelhaften Zusammenspiel von Dublin II-Verordnung und Asylverfahrensgesetz ergeben – zu Lasten der Asylsuchenden.

Nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG ist einem Ausländer die Einreise zu verweigern, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein anderer Staat aufgrund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist, und ein entsprechendes Aufnahmeverfahren eingeleitet wird. Aus dem gleichen Grund ist ein Ausländer zurückzuschicken, wenn er im grenznahen Raum im unmittelbaren Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise aufgegriffen wird (§ 18 Abs. 3 AsylVfG). Der Ausländer erhält eine Bescheinigung, dass der Asylantrag nicht inhaltlich geprüft wurde (§ 18 Abs. 5 S. 2 AsylVfG).

Die Prüfung der Einreiseverweigerung oder Zurückschiebung obliegt den Grenzbehörden, also der Bundespolizei. Es darf bezweifelt werden, ob die Mitarbeiter der Bundespolizei aufgrund ihrer Ausbildung und der Situation an der Grenze in der Lage sind, die komplizierte Prüfung anhand der Dublin-Kriterien zur Zuständigkeitsbestimmung durchzuführen. Es steht zu befürchten, dass sich die Feststellungen in der Regel auf den Fluchtweg beschränken werden, so dass die Regelungen der Dublin II-Verordnung, die den Interessen der Asylsuchenden dienen, häufig missachtet werden. Stellt ein Ausländer einen Asylantrag und ist Deutschland nicht für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, wird künftig der Asylantrag als unzulässig abgelehnt (§ 27 a AsylVfG). In der

Entscheidung muss dem Ausländer mitgeteilt werden, welcher Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist (§ 31 Abs. 6 AsylVfG). Die Abschiebung wird gem. § 34 a Abs. 1 AufenthG angeordnet. Er erhält eine Bescheinigung, dass sein Asylgesuch inhaltlich nicht geprüft worden ist.

Bisher war es unklar, ob in Dublin-Fällen die Abschiebung anzuordnen oder gem. § 34 AsylVfG anzudrohen ist. Durch die nun erfolgte Festlegung auf die Abschiebungsanordnung wird dem Ausländer die Möglichkeit genommen, freiwillig in den zuständigen Staat auszureisen. Eilrechtsschutz ist gem. § 34 a Abs. 2 AsylVfG ausgeschlossen. Damit hat der Ausländer keine effektive Rechtsschutzmöglichkeit, um etwa inlandsbezogene Abschiebungshindernisse oder Ansprüche aus der Dublin II-Verordnung durchzusetzen, was im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG zumindest verfassungsrechtlich zweifelhaft erscheint.

Ist dagegen Deutschland aufgrund der Dublin II-Verordnung für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, ist die Anwendung der Drittstaatenregelung ausgeschlossen (§ 26 a Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AsylVfG). Der Ausländer kann also auch dann als Asylberechtigter anerkannt werden, wenn er über einen sicheren Drittstaat nach Deutschland eingereist ist. Dies war bislang nur für völkerrechtliche Abkommen mit dem sicheren Drittstaat geregelt.

Eine weitere Änderung betrifft die Asylantragstellung während der Abschiebungshaft. Stellt ein Ausländer während der Haft einen Asylantrag, muss er spätestens nach vier Wochen nach Eingang des Antrags beim Bundesamt aus der Haft entlassen werden (§ 14 Abs. 3 S. 3 AsylVfG). Diese Regelung soll nicht gelten, wenn ein Auf- oder Wiederaufnahmeersuchen an einen anderen Staat gerichtet wird. In Dublin-Verfahren kann also die Abschiebungshaft über die Grenze von vier Wochen hinaus fortgesetzt werden.

#### **5. Abschließende Anmerkung**

Im Bereich des Flüchtlingsrechts wurden die Richtlinien – Vorgaben vom deutschen Gesetzgeber teils nicht, teils unvollständig und teils sehr undifferenziert umgesetzt. Das gilt insbesondere dort, wo es das Geld von Ländern und Kommunen, die für die Sozialleistungen zuständig sind, hätte kosten können. Man muss nicht Prophet sein, um zu prognostizieren, dass spätestens in der nächsten Legislaturperiode deswegen ein drittes Änderungsgesetz erforderlich werden wird. Bis es soweit kommen wird, sei empfohlen, sich auch gegenüber deutschen Behörden und Gerichten unmittelbar auf die Richtlinientexte und die aus ihnen folgenden Ansprüche – insbesondere im Bereich der Aufnahmebedingungen- zu berufen.