

Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen

Christopher Thiessen

Christopher Thiessen

Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 29

Christopher Thiessen

**Abschiebung Verfolgter
aus Sicherheitsgründen**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Christopher Thiessen

„Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 29

Verlag readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2018

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0180-7

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-69109722563

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2018 Christopher Thiessen

Alle Rechte vorbehalten

Satz:

Christopher Thiessen

Umschlag:

ULB Münster



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juli 2017 berücksichtigt werden.

Ich danke allen voran Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck für die Betreuung des Promotionsunterfangens und seine stets konstruktive Kritik, die in diese Arbeit einfließen konnte. Herrn Prof. Dr. Hans-Michael Wolffgang gebührt Dank für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich danke zudem Stefanie für ihre liebevolle Unterstützung und ihre fortwährende Motivation, die ganz maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Zuletzt möchte ich meinen lieben Eltern danken, die immer für mich da sind und Studium sowie Promotion erst ermöglicht haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Münster, im März 2018

Christopher Thiessen

INHALT

Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXV
§ 1: Einleitung.....	1
§ 2: Grundlagen des Verfolgenschutzes in Deutschland.....	7
§ 3: Das Instrument der Abschiebung.....	81
§ 4: Die Ausweisung Verfolgter im neuen Ausweisungsrecht.....	135
§ 5: Abschiebungen in den Verfolgerstaat.....	243
§ 6: Fazit und Thesen	399

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXV
§ 1: Einleitung.....	1
A. Fragestellung.....	2
B. Methodisches Vorgehen	4
§ 2: Grundlagen des Verfolgenschutzes in Deutschland.....	7
A. Begriffsbestimmung des „Verfolgten“	7
B. Internationale Vorgaben als richtungsweisendes Leitbild des Verfolgenschutzes in Deutschland	8
I. Völkerrecht.....	8
1. Die Aufnahme von Ausländern als Ausformung des Territorialitätsprinzips.....	8
2. Die Genfer Flüchtlingskonvention als wichtigstes Dokument des Flüchtlingsschutzes	9
a) Entstehungsgeschichte	9
b) Inhaltliche Bestimmungen mit Blick auf die Abschiebung, insbesondere das Prinzip des <i>non-refoulement</i>	11
aa) Allgemeine Bestimmungen	11
bb) Art. 31-33 GFK als speziell die Abschiebung betreffende Bestimmungen	12
(i) Das Refoulement-Verbot des Art. 33 GFK als „Herzstück“ der Konvention	13
(1) Von Art. 33 Abs. 1 GFK erfasste Maßnahmen.....	13
(2) Ausnahmeregelung des Art. 33 Abs. 2 GFK	17

(3) Räumlicher Geltungsbereich	17
(4) Das Refoulement-Verbot als Völkergewohnheitsrecht	18
(ii) Die Art. 31 und 32 GFK als unterstützende Faktoren und das Verhältnis der Bestimmungen zueinander	19
(1) Flüchtlinge, die sich nicht rechtmäßig im Aufnahmeland aufhalten (Art. 31 GFK)	19
(2) Ausweisung (Art. 32 GFK)	21
(3) Das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen	22
cc) Der persönliche Anwendungsbereich	23
dd) Recht auf Asyl aus der Genfer Konvention?	24
(i) Asyl als das Refoulement-Verbot noch übersteigender Verfolgenschutz	24
(ii) Kein Asylanspruch aus der Konvention	26
c) Möglichkeiten der Durchsetzung der Konventionsbestimmungen	27
aa) Die sich aus der Vertragsbindung ergebende Pflicht zur Implementierung eines Asylverfahrens	27
bb) Die Regelung von Streitfällen vor dem IGH	29
cc) Die Rolle des UNHCR	31
(i) Die Verpflichtung zur Zusammenarbeit im Allgemeinen	32
(ii) Die Überwachungsfunktion im Besonderen	33
d) Zusammenfassung	39
3. Weitergehender Schutz aus sonstigem Völkerrecht?	40
a) Universelles Völkerrecht	40
b) Regionale Menschenrechtsabkommen, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention	41
4. Zusammenfassung	45

II.	Unionsrecht	45
1.	Primärrechtliche Vorgaben	46
a)	Die Entwicklung der unionalen Kompetenzen zu einer einheitlichen Asylpolitik.....	47
b)	Schutzgehalt des „Asylrechts“ nach Art. 18 GRCh	49
2.	Die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Asylsystems durch Maßnahmen des sekundären Unionsrechts.....	52
a)	Überblick.....	52
b)	Die Qualifikationsrichtlinie	54
3.	Das auf Unionsbürger anwendbare Recht	57
4.	Zusammenfassung und Bewertung	59
C.	Verfolgenschutz im deutschen Recht.....	61
I.	Die Umsetzung internationalen Rechts in die deutsche Rechtsordnung.....	61
1.	Völkerrecht.....	61
2.	Unionsrecht	63
II.	Das Grundrecht auf Asyl aus Art. 16a GG	65
1.	Genese und Hintergrund	65
2.	Die Folgen des Art. 16a GG für die Abschiebung Verfolgter.....	67
3.	Vergleiche mit dem Flüchtlingsstatus nach der Genfer Konvention.....	69
III.	Der einfachgesetzliche Verfolgenschutz in Deutschland	71
1.	Entwicklung	71
2.	Heutige Ausgestaltung	74
a)	Umfassender Abschiebungsschutz nach materiellem Recht	74
b)	Beteiligte Behörden	77
D.	Zusammenfassung und Fazit	78

§ 3: Das Instrument der Abschiebung	81
A. Rechtsnatur und rechtlicher Hintergrund.....	81
I. Die Abschiebung als Vollstreckungsmaßnahme sicherheitsrechtlicher Prägung.....	82
II. Der Sonderfall der Zurückschiebung.....	84
III. Europäische Vorgaben durch die Rückführungsrichtlinie	84
1. Rückkehrentscheidung bei faktisch entstehender Ausreisepflicht.....	87
2. Rückkehrentscheidung bei auf behördlicher Entscheidung beruhender Ausreisepflicht.....	88
3. Anforderungen der Rückführungsrichtlinie an die Abschiebung	91
IV. Zusammenfassung	91
B. Voraussetzungen der Abschiebung.....	92
I. Vollziehbare Ausreisepflicht	92
II. Abschiebungsandrohung und Ausreisefrist.....	94
1. Funktionen und Rechtsnatur der Abschiebungsandrohung.....	94
2. Voraussetzungen für den Erlass der Abschiebungsandrohung	95
3. Fristsetzung und -dauer	98
a) Erwägungen zur gewöhnlichen Ausreisefrist.....	98
b) (Keine) Möglichkeit des Absehens von Fristsetzung und Abschiebungsandrohung	100
c) Keine Ankündigung des Termins der Abschiebung	103
4. Der Umgang der Abschiebungsandrohung mit Abschiebungsverboten	104
a) Erlass der Abschiebungsandrohung trotz entgegenstehender Hindernisse	104

b)	Benennung des Zielstaates.....	105
III.	Abschiebungsgrund.....	106
IV.	Keine Abschiebungsverbote oder -hindernisse.....	108
V.	Zusammenfassung.....	109
C.	Umsetzung der rechtlichen Vorgaben: Die Durchführung der Abschiebung.....	110
I.	Abschiebungsverfahren.....	112
1.	Zuständige Behörden	112
2.	Tatsächlicher Ablauf.....	114
II.	Kooperation mit den Ziel- und Transitstaaten	117
1.	Abschiebungen in den Heimatstaat.....	117
2.	Abschiebungen in Drittstaaten.....	120
3.	Kooperation mit Transitstaaten.....	122
III.	Zusammenfassung.....	123
D.	Rechtsfolgen der Abschiebung.....	124
I.	Einreise- und Aufenthaltsverbot	124
1.	Wirkungen des Einreise- und Aufenthaltsverbots	124
2.	Die Befristungsentscheidung	126
3.	Fristdauer.....	129
II.	Kostentragungspflicht	131
E.	Zusammenfassung.....	132

§ 4: Die Ausweisung Verfolgter im neuen Ausweisungsrecht	135
A. Einleitung.....	135
B. Die Struktur des neuen Ausweisungsrechts	136
I. Gründe für die Gesetzesreform.....	136
II. Voraussetzungen einer Ausweisung nach der Reform.....	140
1. Keine Ermessensentscheidung	141
2. Im Grundsatz zweistufige Prüfung.....	143
3. Erster Prüfungspunkt: Gefahr für die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG.....	145
a) Eingrenzung der Schutzgüter	145
aa) Einbeziehung der in § 54 AufenthG vertypen Gefährdungslagen.....	146
bb) Verhältnis zu den Generalklauseln des § 53 Abs. 1 AufenthG	149
cc) Zwischenfazit	152
b) Bestehen einer Gefahr	153
aa) Erfordernis einer individuellen Gefahrenprognose.....	153
bb) Kriterien für die Erstellung der Gefahrenprognose.....	157
cc) Ausweisung aufgrund Gefahrenverdachts und Verhältnis zu strafrechtlichen Maßnahmen	160
c) Zulässigkeit generalpräventiver Ausweisungen?	164
4. Zweiter Prüfungspunkt: Abwägung zwischen öffentlichen Ausreiseinteressen und individuellen Bleibeinteressen	166
a) Verwirklichung einer ergebnisoffenen Abwägung	166
b) Keine abschließende Aufzählung durch das Gesetz	169
III. Zusammenfassung und Bewertung des neuen Ausweisungsregimes	172

IV. Prüfungsschema	174
C. Ausweisungen Verfolgter nach neuer Rechtslage.....	175
I. Vereinbarkeit mit vorrangig zu beachtendem Recht	175
1. Verfassungsrecht.....	175
2. Völkerrecht.....	178
3. Unionsrecht	179
4. Zwischenergebnis.....	179
II. Ausweisung trotz Bestehen eines Abschiebungsverbotes?	180
1. Berücksichtigung des Abschiebungsverbotes bei der Entscheidung über die Ausweisung	181
2. Vereinbarkeit der nationalen Rechtsfolgen mit der Qualifikationsrichtlinie?	184
III. Ausweisungen von Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingen	186
1. Verbot der Generalprävention.....	187
2. Anforderungen durch die Qualifikationsrichtlinie.....	188
a) Bei der Ausweisung zu beachtende Normen	188
aa) Problemaufriss	188
bb) Streit in der Rechtsprechung und Vorlage zum Europäischen Gerichtshof.....	190
cc) Niedrigere Gefahrenschwelle in Art. 24 Abs. 1 QRL	191
dd) Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 1 QRL	194
ee) Ergebnis	196
b) Inhaltliche Konsequenzen.....	197
aa) Zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung	197
(i) Öffentliche/nationale Sicherheit	199
(ii) Öffentliche Ordnung.....	201

(iii) Zwingende Gründe	202
bb) Anwendung auf terroristische Gefahren	204
(i) Terrorismusdefinition.....	206
(ii) Voraussetzungen der Terrorismusunterstützung.....	208
c) Zusammenfassung	213
3. Umsetzung in Deutschland.....	215
a) Gegenwärtige und schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.....	216
aa) Eingrenzung der Schutzgüter	216
(i) Ausweisungsanlass aus § 54 AufenthG	216
(ii) Rückgriff auf die Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F.....	218
bb) Gefahrenprognose	220
(i) Der Ausdruck der gegenwärtigen Gefahr als besondere Betonung einer individuellen Gefahrenprognose	220
(ii) Differenzierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab auch bei besonderem Ausweisungsschutz.....	222
(iii) Keine Bindung an Aussetzungsentscheidungen	224
b) Unerlässlichkeit der Ausweisung für die Wahrung des gesellschaftlichen Grundinteresses	226
c) Vergleich der vertypten Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG den mit unionsrechtlichen Anforderungen.....	228
aa) Besonders schwerwiegende Ausweisungsinteressen	229
bb) Schwerwiegende Ausweisungsinteressen	233
4. Zusammenfassung	236
IV. Subsidiär Schutzberechtigte	238
V. Asylbewerber.....	239

D. Zusammenfassung und Fazit	240
§ 5: Abschiebungen in den Verfolgerstaat	243
A. Grundlegendes zu den Ausschlussklauseln	243
B. Vorstellung der einzelnen Ausschlussgründe	246
I. Abschiebung in allen Fällen nur als <i>ultima ratio</i>	246
II. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG	247
1. Maßgebliche Auslegung für Konventionsflüchtlinge.....	247
a) § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG.....	247
aa) Absenkung des Beweismaßstabs	248
(i) Deutsche Fassung: Ausreichen „schwerwiegender Gründe“	248
(ii) Kein weiteres Absenken durch die QRL	250
bb) Gefährdung der Sicherheit des Aufnahmestaates.....	250
b) § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG.....	254
aa) Rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens	255
(i) Erfordernis der abstrakten Schwere.....	256
(ii) Kriterien für die abstrakte Schwere eines Delikts	259
(iii) „Verbrechen oder besonders schweres Vergehen“	264
(iv) Rechtskräftige Verurteilung zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe.....	265
(v) Besondere Schwere im Einzelfall.....	266
bb) Gefahr für die Allgemeinheit.....	268
2. Anwendung der Ausschlussklauseln auf Asylberechtigte	272
a) Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts	272
b) Kritik durch die Literatur	274
3. Zusammenfassung.....	278

III. § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG	279
1. Maßgebliche Auslegung für Konventionsflüchtlinge	281
a) Beweismaß: Rechtfertigung der Annahme aus schwerwiegenden Gründen	281
b) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG: Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit	282
c) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG: Schwere nichtpolitische Straftat.....	285
aa) Eingrenzung von Tatort und -zeit.....	286
bb) Schwere Straftat	287
cc) Nichtpolitisch	289
(i) Keine strikte Bindung an das Auslieferungsrecht.....	289
(ii) Prüfung der inneren Motivation	290
(iii) Relevanz konventionsrechtlicher Verfolgung?	292
d) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG: Zuwiderhandlung gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen.....	294
aa) Hervorhebung der Rolle des Sicherheitsrates	295
bb) Auswirkungen auf das Problemfeld Terrorismus	297
(i) Erfordernis einer internationalen Dimension.....	298
(ii) Verhältnis Art. 1 F lit. b) und 33 Abs. 2 GFK	300
(iii) Ausschluss bei nicht strafbaren Handlungen	303
cc) Sonstiger Anwendungsbereich.....	305
dd) Zusammenfassung.....	306
e) Persönliche Verantwortung	307
aa) § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG: Ausreichen von Anstiftung und sonstiger Beteiligung.....	308
bb) Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen.....	310
cc) Beweislastumkehr	312
f) Gegenwärtige Gefahr erforderlich?.....	314
2. Anwendung der Ausschlussklauseln auf Asylberechtigte	317

a)	Der sog. Terrorismusvorbehalt und seine jüngste Erweiterung durch das Bundesverwaltungsgericht	317
b)	Anwendungsvorrang des Unionsrechts	320
c)	Sperrwirkung des Art. 18 GG?	323
d)	Verbleibende Bedeutung des Asylgrundrechts?	324
3.	Zusammenfassung.....	326
IV.	Verhältnismäßigkeitserwägungen.....	328
1.	Abwägung mit der Verfolgungsgefahr?	328
2.	Berücksichtigung des „Sicherheitsnetzes“ des komplementären Abschiebungsschutzes	331
V.	§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG	333
1.	Auslegung	334
a)	Erfasste Straftaten	335
aa)	Abstrakte Einordnung entscheidend	335
bb)	Straftaten gegen das Leben und gegen die körperliche Unversehrtheit.....	335
cc)	Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.....	336
dd)	Straftaten gegen das Eigentum	339
ee)	Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte	341
b)	Versuchte Einschränkung der Ausnahmeklausel durch Benennung konkreter Tatmodalitäten.....	343
aa)	Anwendung von Gewalt, Drohung oder List oder Straftat nach § 177 StGB	343
bb)	Kaum einschränkende Wirkung	346
c)	Rechtskräftige Verurteilung zu mindestens einjähriger Freiheits- oder Jugendstrafe wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten	348
d)	Gefahr für die Allgemeinheit.....	349
e)	Ermessen	349

2.	Kritische Würdigung	350
a)	Vereinbarkeit mit internationalen Vorgaben: Vorliegen einer besonders schweren Straftat	350
aa)	Abstrakte Schwere der Straftat.....	350
bb)	Konkrete Schwere der Straftat	355
cc)	Rechtsfolgen.....	357
b)	Ausreichen von Gesamtstrafen.....	358
c)	Bewährungsstrafen reichen	359
d)	Einbeziehung von Jugendstrafen.....	360
e)	Fehlende Abgrenzung zur Ausweisung.....	361
f)	Wertungswidersprüche innerhalb des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG	363
g)	Zweckdienlichkeit der Neuregelung	364
3.	Zusammenfassung und Bewertung	366
VI.	Ungeschriebene Ausnahmen vom Refoulementverbot in Zeiten des Massenzustroms?	368
C.	Auswirkungen der Ausschlussgründe	369
I.	Auswirkungen auf anerkannte Flüchtlinge und Asylberechtigte	369
1.	Abschiebung in den Verfolgerstaat bei bestehender Ausreisepflicht.....	369
2.	Widerruf und Rücknahme des Aufenthaltstitels	371
a)	Anwendung auch bei Erfüllen der Ausschlussklauseln	371
b)	Gesetzliche Systematik und Voraussetzungen.....	372
aa)	Widerruf	373
bb)	Rücknahme.....	375
c)	Geeignetheit von Widerruf und Rücknahme zur Gefahrenabwehr?.....	376
d)	Problematische Vermischung der Ausschlussgründe	377

aa)	Verwirklichung des Art. 1 F GFK	377
bb)	Verwirklichung des Art. 33 Abs. 2 GFK.....	378
(i)	Abschiebung in den Verfolgerstaat	379
(ii)	Geduldeter Verbleib in der Bundesrepublik.....	379
(iii)	Abschiebung in sicheren Drittstaat.....	382
(iv)	Fazit	383
II.	Auswirkungen auf Asylbewerber.....	383
1.	Die Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet gem. § 30 Abs. 4 AsylG.....	383
a)	Folgen der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet.....	384
b)	Vereinbarkeit der Ablehnung „gefährlicher“ Asylbewerber mit höherrangigem Recht.....	386
2.	Abschiebung nach § 60 Abs. 9 AufenthG	387
3.	„Inclusion before exclusion“?.....	389
	D. Zusammenfassung und Fazit.....	394
	§ 6: Fazit und Thesen	399

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ARB 1/80	Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19.9.1980 über die Entwicklung der Assoziation
Art.	Artikel
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
Bay. VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKA	Bundeskriminalamt

BMI	Bundesministerium des Innern
BPolG	Bundespolizeigesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
Cornell ILJ	Cornell International Law Journal
DAV	Deutscher Anwaltsverein
Daueraufenthalts-RL	Daueraufenthaltsrichtlinie
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR Kongo	Demokratische Republik Kongo
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebda.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft/Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union

ExCom	Exekutivkomitee für das Programm des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen
FDLR	Forces Démocratiques de Libération du Rwanda (Demokratische Kräfte zur Befreiung Ruandas)
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GATT	General Agreement on Tarrifs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-AsylG	Gemeinschaftskommentar Asylgesetz
GK-AufenthG	Gemeinschaftskommentar Aufenthaltsgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GYIL	German Yearbook of International Law
Hess. VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
I.C.J. Rep.	International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJRL	International Journal of Refugee Law
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
IPbpR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte
i.R.d.	im Rahmen des/der

i.R.e.	im Rahmen einer/eines
IRO	International Refugee Organization
i.S.d.	im Sinne des/der
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
lit.	littera (Buchstabe)
mglw.	möglicherweise
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nichtannahmebeschl.	Nichtannahmebeschluss
NJW	Neue Juristische Woche
No	Numero
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG BB	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
OVG HH	Oberverwaltungsgericht Hamburg
OVG Nds	Oberverwaltungsgericht Niedersachsen
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen
OVG SH	Oberverwaltungsgericht Schleswig-Holstein
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
PKK	Arbeiterpartei Kurdistans (kurdisch: <i>Partiya Karkerên Kurdistanê</i>)
PolG NRW	Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen
QRL	Qualifikationsrichtlinie

REAG/GARP	Reintegration and Emigration Programme for Asylum-Seekers in Germany/Government Assisted Repatriation Programme
Res.	Resolution
RFRL	Rückführungsrichtlinie
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
s.	siehe
SIS II	Schengener Informationssystem der zweiten Generation
sog.	sogenannte/sogeannter
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger International Gerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
suppl.	Special Supplementary Issue
UA	unité africaine
UBRL	Unionsbürgerrichtlinie
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCh	Charta der Vereinten Nationen
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen)
u.a.	unter anderem/und andere
U. v.	Urteil vom
v.	von/vom

v.a.	vor allem
Verf.	Verfasser
VG	Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwKostG	Verwaltungskostengesetz
VwV	Verwaltungsvorschrift
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

- Ambos, Kai*: Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, in: ZIS 2010, S. 649-668
- Armbruster, Wolfgang/Hoppe, Michael*: Neue Rechtsprechung zur Befristung der Wirkungen der Ausweisung, in: ZAR 2013, S. 309-318
- v. *Arnauld, Andreas*: Konventionsrechtliche Grenzen der EU-Asylpolitik – Neujustierungen durch das Urteil des EGMR im Fall M.S.S. ./ Belgien und Griechenland, in: EuGRZ 2011, S. 238-242
- v. *Arnauld, Andreas*: Völkerrecht, 3. Aufl. 2016
- Basse, Sebastian/Burbaum, Ann-Marie/Richard, Corinna*: Das „zweite Richtlinienumsetzungsgesetz“ im Überblick, in: ZAR 2011, S. 361-368
- Bast, Jürgen*: Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011
- Bast, Jürgen*: Zehn Jahre Aufenthaltsgesetz – Zwischenbilanz und Trends in der Reform der Migrationssteuerung –, in: DÖV 2013, S. 214-221
- Bauer, Ina/Beichel-Benedetti, Stephan*: Das neue Ausweisungsrecht, in: NVwZ 2016, S. 416-420
- Bell, Roland*: Ist die EuGH-Rechtsprechung zum Ausschluss vom Flüchtlingschutz effektiv?, in: InfAuslR 2011, S. 214-215
- Bergmann, Jan*: Abschied vom deutschen Ausländerrecht? – Europarechtliche Provokationen, in: ZAR 2013, S. 318-325
- Bergmann, Jan*: Das immanent beschränkte Asylgrundrecht, in: ZAR 2005, S. 137-143
- Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus (Hrsg.): Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016
- Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus (Hrsg.): Ausländerrecht, Nachtrag zur 11. Aufl. 2016
- Bergmann, Marcus/Hörich, Carsten*: Besonders schwerwiegende Ausweisungsrechtsfehler – Kritische Anmerkungen zur jüngsten Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2016, S. 296-303
- Berlit, Uwe*: Ausländerrecht im Wandel – neuere Rechtsprechung zum Ausländerrecht, in: ZAR 2014, S. 261-278

- Berlit, Uwe*: Flüchtlingsrecht im Umbruch. Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Flüchtlings- und Asylrecht, in: NVwZ 2012, S. 193-200
- Bliss, Michael*: „Serious Reasons for Considering“: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Art. 1F Exclusion Clauses, in: IJRL Vol. 12 (2000), suppl. 1, S. 92-132
- Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*: Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe Januar 2017
- Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*: Das Bundesamt in Zahlen 2015. Asyl, Migration und Integration
- Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*: Schlüsselzahlen Asyl 2016
- Bundeskriminalamt*: Kriminalität im Kontext von Zuwanderung, Stand 8.2.2016
- Bundesministerium des Innern*: Migrationsbericht 2015
- Bundesministerium des Innern*: Migration und Integration, 2014
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016
- Castrén, Erik*: Die gegenseitigen Pflichten der Staaten in bezug auf den Aufenthalt und die Aufnahme ihrer Staatsangehörigen und der Staatenlosen, in: ZaöRV 11 (1942-43), S. 325-417
- Czerner, Frank*: Das völkerrechtliche Anschlussystem der Art. 59 II 1, 25 und 24 I GG und deren Inkorporierungsfunktion zugunsten der innerstaatlichen EMRK-Geltung, in: EuR 42 (2007), S. 537-563
- Davy, Ulrike*: Integration of Immigrants in Germany: A Slowly Evolving Concept, in: European Journal of Migration and Law 7 (2005), S. 123-144
- Davy, Ulrike*: Terrorismusbekämpfung und staatliche Schutzgewährung, in: ZAR 2003, S. 43-52
- Deutscher Anwaltsverein (DAV)*: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 19.2.2016
- Dörig, Harald*: Europarecht und deutsches Aufenthaltsrecht. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: NVwZ 2010, S. 921-926

- Dörig, Harald/Langefeld, Christine*: Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa. Massenzustrom erfordert EU-Zuständigkeit für Asylverfahren, in: NJW 2016, S. 1-5
- Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.): Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012
- Dreier, Horst (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 3 Bände; Bd. I: 3. Aufl. 2013; Bd. II: 3. Aufl. 2015; Bd. III: 2. Aufl. 2008
- Eisenberg, Ulrich (Hrsg.): Jugendgerichtsgesetz, 18. Aufl. 2016
- Ellermann, Antje*: Street-level Democracy? How Immigration Bureaucrats Manage Public Opposition, in: West European Politics 29 (2006), S. 293-309
- Engelhardt, Hanns/Schlatmann, Arne (Hrsg.): VwVG/VwZG, Kommentar, 10. Aufl. 2014
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 32. Edition 2017
- European Council on Refugees and Exiles*: The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection, 2008
- Fassbender, Bardo*: Menschenrechteerklärung, 2009
- Fiala, Charlotte/Mantel, Johanna*: Tagungsbericht: 14. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz. Vor neuen Herausforderungen oder mitten in der Krise? Flüchtlingsschutz in Deutschland und Europa – 30.6. bis 1.7.2014, in: ZAR 2015, S. 22-31
- Fischer-Lescano, Andreas/Horst, Johann*: Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen, in: ZAR 2011, S. 81-90
- Fleuß, Martin*: Einreise und Aufenthaltsverbote gemäß § 11 AufenthG im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: ZAR 2017, S. 49-60
- Fontana, Sina*: Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, in: NVwZ 2016, S. 735-742
- Franßen, Everhardt*: Der neue Art. 16a GG als „Grundrechtsverhinderungsvorschrift“, in: DVBl. 1993, S. 300-303
- Franßen-de la Cerda, Boris*: Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, in: ZAR 2008, S. 377-385

- Friauf, Karl-Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 4 Bände (Stand: 51. Ergänzungslieferung, August 2016)
- Fricke, Anne-Kathrin*: Bilanz der Integrationspolitik nach fünf Jahren Zuwanderungsgesetz – Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seit dem Richtlinienumsetzungsgesetz, in: InfAuslR 2009, S. 422-431
- v. *Frisch, Hans*: Das Fremdenrecht, 1910
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, 7 Bände (Stand: 87. Ergänzungslieferung, Januar 2017)
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz, 4 Bände (Stand: 110. Ergänzungslieferung, November 2016)
- Fritzsch, Frank*: Zur Bindungswirkung der EU-Terrorliste im Rahmen ausländerrechtlicher Maßnahmen, in: ZAR 2010, S. 333-341
- Fröhlich, Daniel*: Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts. Eine Untersuchung der Beeinflussung, Wandlung und Überformung des deutschen Asylgrundrechts im Prozess der europäischen Integration, 2011
- Fuerst, Anna-Miria*: Rechtsschutz gegen offensichtlich unbegründete Asylanträge, in: NVwZ 2012, S. 213-216
- Funke, Andreas*: Die Normstruktur im neuen Ausweisungsrecht, in: ZAR 2016, S. 209-217
- Gieß, Peter*: Die „Straftat von erheblicher Bedeutung“ als Eingriffsvoraussetzung. Versuch einer Inhaltsbestimmung, in: GA 151 (2004), S. 623-642
- Gilbert, Geoff*: Current issues in the application of the exclusion clauses, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law. UNHCR's global consultations on international protection, Cambridge 2003, S. 425-478
- Göbel-Zimmermann, Ralph/Skrzypczak, Josephine*: Die Untätigkeitsklage im asylgerichtlichen Verfahren, in: ZAR 2016, S. 358-366
- Goodwin-Gill, Guy S.*: International Law of Refugee Protection, in: Elena Fiddian-Qasmiyeh u.a. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, Oxford 2014, S. 36-48
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 3 Bände (Stand: 60. Ergänzungslieferung, Oktober 2016)

- Grahl-Madsen, Atle*: Asylum, Territorial (1985), in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of public international law, Volume One, Amsterdam/London/New York/Tokyo 1992, S. 283-287
- Grahl-Madsen, Atle*: Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37, 1963. Published by the Department of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Genf 1997
- Grimm, Simone*: Die Rückführung von Flüchtlingen in Deutschland, 2007
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 4 Bände, 7. Aufl. 2015
- Grote, Janne*: Abschiebungshaft und Alternativen zur Abschiebungshaft (BAMF Working Paper 59), 2014
- Grote, Janne*: Irreguläre Migration und freiwillige Rückkehr – Ansätze und Herausforderungen der Informationsvermittlung (BAMF Working Paper 65), 2015
- Gutmann, Rolf*: Die Befristung der Rückkehrentscheidung, in: InfAuslR 2008, S. 208-211
- Hailbronner, Kay*: Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017
- Hailbronner, Kay (Hrsg.): Ausländerrecht, Kommentar, 5 Bände (Stand: 99. Ergänzungslieferung, Dezember 2016)
- Hailbronner, Kay*: Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, in: ZAR 2009, S. 369-376
- Hailbronner, Kay*: Die Relevanz des Völkerrechts für das allgemeine Ausländerrecht, in: ders. (Hrsg.), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, S. 1-10
- Hailbronner, Kay*: Rückübernahme eigener und fremder Staatsangehöriger. Völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten, 1996
- Hailbronner, Kay*: Ziele und Schranken einer europäischen Asylrechtskoordination, in: NVwZ 1989, S. 303-311
- Hailbronner, Kay/Thiery, Claus*: Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, in: EuR 33 (1998), S. 583-615

- Hailbronner, Kay/Thym, Daniel (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law. A Commentary, 2. Aufl. 2016
- Hammich, Rolf (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Aufl. 2013
- Hathaway, James C.*: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge 2005
- Hathaway, James C./Foster, Michelle*: The Law of Refugee Status, 2. Aufl., Cambridge 2014
- Hathaway, James C./Harvey, Colin J.*: Framing Refugee Protection in the New World Disorder, in: Cornell ILJ 34 (2001), S. 257-320
- Haverkamp, Rita*: Die Prognose von terroristischen Anschlägen: Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnisse und der Versuch zur Entwicklung eines Präventionsmodells, in: ZStW 123 (2011), S. 92-109
- Hegenbarth, Rainer*: Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze, in: ZRP 1981, S. 201-204
- Heldmann, Hans Heinz*: Ausländerrecht. Disziplinarordnung für die Minderheit, 1974
- Herdegen, Matthias*: Europarecht, 18. Aufl. 2016
- Hesselbarth, Thorsten*: Die Extremismus- und Terrorismusbekämpfung mit den Mitteln des deutschen Ausländerrechts, 2011
- Higgins, Rosalyn*: The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country, in: International Affairs Vol. 49 No. 3 (1973), S. 341-357
- Hilpold, Peter*: Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: EuR 51 (2016), S. 373-405
- Hobe, Stephan*: Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014
- Hobe, Stephan*: Europarecht, 8. Aufl. 2014
- Höfler, Rosemarie*: Die Unionsbürgerfreiheit. Ansprüche der Unionsbürger auf allgemeine Freizügigkeit und Gleichheit unter besonderer Berücksichtigung sozialer Rechte, 2009

- Hörich, Carsten*: Abschiebungen nach europäischen Vorgaben. Die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie auf das deutsche Aufenthaltsrecht, 2015
- Hörich, Carsten*: Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, in: ZAR 2011, S. 281-286
- Hörich, Carsten/Bergmann, Marcus*: Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts?, in: NJW 2012, S. 3339-3344
- Hörich, Carsten/Tewocht, Hannah*: Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, in: NVwZ 2017, S. 1153-1160
- Hofmann, Rainer M. (Hrsg.): Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016
- Hofmann, Rainer/Schmidt, Adela*: Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, in: NVwZ-Extra 11/2016, S. 1-9
- Hopfauf, Axel*: Zur Frage der Abschiebung anerkannter Asylberechtigter, in: NVwZ 1994, S. 566-568
- Huber, Bertold (Hrsg.): Aufenthaltsgesetz mit Freizügigkeitsgesetz/EU, ARB 1/80 und §§ 2-4 AsylG, 2. Aufl. 2016
- Huber, Bertold*: Das zweite Richtlinienumsetzungsgesetz und weitere Änderungen im Ausländerrecht, in: NVwZ 2012, S. 385-392
- Huber, Bertold*: Umsetzung ausländer- und flüchtlingsrechtlicher Richtlinien der EU und die neue Dublin III-VO, in: NVwZ 2014, S. 548-554
- Huber, Bertold/Göbel-Zimmermann, Ralph*: Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl. 2008
- Isensee, Josef*: Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Paul Kirchhof/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band V. Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 115 (S. 353-485)
- Jarass, Hans D.* (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016
- Kälin, Walter*: Das Prinzip des Non-Refoulement, Bern/Frankfurt am Main/Lang 1982

- Kälin, Walter*: Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, S. 614-666
- Kälin, Walter/Künzli, Jörg*: Art. 1 F (b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crimes, in: *IJRL Vol. 12 (2000), suppl. 1*, S. 46-78
- Kapferer, Sibylle*: Exclusion Clauses in Europa – A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom, in: *IJRL Vol. 12 (2000), suppl. 1*, S. 195-221
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hrsg.): *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2015
- Keber, Tobias O.*: *Der Begriff des Terrorismus im Völkerrecht. Entwicklungslinien im Vertrags- und Gewohnheitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Arbeiten zu einem „Umfassenden Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus“*, 2009
- Keßler, Stefan*: Der Einzelfall zählt. Die Rückführungsrichtlinie und das deutsche Ausländerrecht, in: *Asylmagazin 2012*, S. 142 -147
- Kießling, Andrea*: Das Recht auf Freizügigkeit und seine Schranken nach zehn Jahren Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat, in: *EuR 50 (2015)*, S. 641-662
- Kießling, Andrea*: *Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung*, 2012
- Kießling, Andrea*: Die Verschärfung des Ausweisungsrechts als symbolpolitisches Mittel gegen extremistische Bestrebungen – dargestellt am Beispiel der Salafisten, in: *ZAR 2013*, S. 45-52
- Kießling, Andrea*: Fremdenpolizeirecht im Rechtsstaat (?) – Zu Herkunft und Zukunft des Ausweisungsrechts, in: *ZAR 2016*, S. 45-53
- Kimminich, Otto*: *Grundprobleme des Asylrechts*, 1983
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Ullrich (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2013
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*: *Grundrechte Staatsrecht II*, 32. Aufl. 2016

- Klos, Christian*: Aufenthaltsrecht vor dem Infarkt. Ein rechtspolitisches Menetekel, in: Georg Jochum/Wolfgang Fritzemeyer/Marcel Kau (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner, 2013, S. 123-136
- Klos, Christian*: Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZAR 2000, S. 202-210
- Klug, Anja*: Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?, in: German Yearbook of International Law 2004, S. 594-628
- Kluth, Winfried*: Aktuelle Fragen der Durchführung der Abschiebungshaft, in: ZAR 2015, S. 285-294
- Kluth, Winfried*: Begrenzung der Schutzgewährung versus alternative Formen der Migrationssteuerung, in: ZAR 2016, S. 1-8
- Kluth, Winfried*: Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit, in: ZAR 2016, S. 121-131
- Kluth, Winfried*: Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: ZAR 2015, S. 337-343
- Kluth, Winfried*: Grundlagen und Strukturen eines Migrationsfolgenrechts, in: DVBl. 2016, S. 1081-1088
- Kluth, Winfried*: Reichweite und Folgen der Europäisierung des Ausländer- und Asylrechts – Zwischenbilanz eines strukturellen Wandels und seiner Auswirkungen auf das Ausländer- und Asylrecht und seine Methode, in: ZAR 2006, S. 1-8
- Kluth, Winfried/Heusch, Andreas* (Hrsg.): Beck'scher Online Kommentar Ausländerrecht, 14. Edition 2017
- Kochheim, Dieter*: Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015
- Kohls, Martin*: Wirksamkeit von Wiedereinreisesperren und Rückübernahmeabkommen (BAMF Working Paper 58), 2014
- Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 22. Aufl. 2016

- Kosar, David*: Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say, in: *IJRL* Vol. 25 (2013), S. 87-119
- Kraft, Ingo*: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausweisung im Ausländerrecht, in: *DVBl.* 2013, S. 1219-1228
- Kraft, Ingo*: Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausländer- und Asylrecht, in: *ZAR* 2009, S. 41-50.
- Kreienbrink, Axel*: Freiwillige und zwangsweise Rückkehr von Drittstaatsangehörigen aus Deutschland, in: BAMF (Hrsg.), *Rückkehr aus Deutschland. Forschungsstudie 2006 im Rahmen des Europäischen Migrationsnetzwerks*, 2006, S. 25-208
- Kühn, Julia E. M.*: Abschiebungsanordnung und Abschiebungshaft. Eine Untersuchung zu § 58a und § 62 des Aufenthaltsgesetzes in verfassungsrechtlicher Hinsicht, 2008
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl. 2014
- Lauterpacht, Elihu/Bethlehem, Daniel*: The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge 2003, S. 87-177
- Legomsky, Stephen H.*: Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection, in: UNHCR (Hrsg.), *Legal and Protection Policy Research Series*, Genf 2003
- Lenz, Markus*: Die Befristung der Wirkung der Ausweisung. Die neue Rechtsprechung des BVerwG und ihre Konsequenzen, in: *NVwZ* 2013, S. 624-628
- Lessing, Hans*: Das Recht der Staatsangehörigkeit und die Aberkennung der Staatsangehörigkeit zu Straf- und Sicherungszwecken, Niederlande 1937
- Löhr, Tillmann*: Die Qualifikationsrichtlinie: Rückschritt hinter internationale Standards?, in: Rainer Hofmann/ders. (Hrsg.), *Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht*, 2008, S. 47-97
- Maaßen, Hans-Georg*: Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht: Überlegungen zu den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen einer europäischen Asylrechtsharmonisierung, 1997

- Mananashvili, Sergo*: Möglichkeiten und Grenzen zur völker- und europarechtlichen Durchsetzung der Genfer Flüchtlingskonvention, 2009
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 3 Bände, 6. Aufl. 2010
- Markard, Nora/Heuser, Helene*: „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen: Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, in: ZAR 2016, S. 165-172
- Marx, Reinhard*: Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 5. Aufl. 2015
- Marx, Reinhard*: Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 6. Aufl. 2017
- Marx, Reinhard*: Die Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) – Abschied von asylrechtlichen deutschen Gewissheiten, in: Rainer Hofmann/Tillmann Löhr (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht, 2008, S. 115-147
- Marx, Reinhard*: Die Verdeutschung der EU-Richtlinien zum Aufenthalts- und Asylrecht, in: InfAuslR 2007, S. 413-425
- Marx, Reinhard*: Handbuch zum Flüchtlingsschutz. Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie, 2. Aufl. 2012
- Marx, Reinhard (Hrsg.): Kommentar zum Asylgesetz, 9. Aufl. 2017
- Marx, Reinhard*: Reform des Dubliner Systems – Kritische Auseinandersetzung mit den Plänen der Europäischen Kommission, in: ZAR 2016, S. 366-375
- Marx, Reinhard*: Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: ZAR 2002, S. 127-135
- Marx, Reinhard*: Zur Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2015, S. 245-253
- Marx, Reinhard*: § 11 AufenthG im Lichte der Rückführungsrichtlinie, in: ZAR 2014, S. 278-287
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 7 Bände (Stand: 78. Ergänzungslieferung, September 2016)
- Mayer, Karl-Georg*: Systemwechsel im Ausweisungsrecht – der Schutz „faktischer Inländer“ mit und ohne familiäre Bindungen nach dem Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Verwaltungsvorschiv 101 (2010), S. 482-538

- McAdam, Jane*: The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime, in: IJRL Vol. 17 (2005), S. 461-516
- Meseke, Stephan*: Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 2004
- Meyer, Jürgen (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014
- Meyer, Stephan*: Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze. Die Normenwahrheit – ein neuer Verfassungsbegriff und dessen Folgen für ein altes Problem, in: Der Staat 48 (2009), S. 278-303
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/v. Raumer, Stefan (Hrsg.): EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017
- Middel, Stefan*: Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007
- Mörsdorf, Oliver*: Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, in: EuR 44 (2009), S. 219-240
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz, 2 Bände, 6. Aufl. 2012
- Neundorff, Kathleen/Brings, Tobias*: Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, in: ZRP 2015, S. 145-148
- Newig, Jens*: Symbolische Umweltgesetzgebung. Rechtssoziologische Untersuchungen am Beispiel des Ozongesetzes, des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes sowie der Großfeuerungsanlageverordnung, 2003
- Noll, Gregor*: Rejected asylum seekers: the problem of return (UNHCR Working Paper No. 4), Lund 1999
- Nußberger, Angelika*: Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen, in: NVwZ 2016, S. 815-822
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin*: Europarecht, 7. Aufl. 2016
- Papier, Hans-Jürgen*: Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, in: NJW 2016, S. 2391-2396
- Papier, Hans-Jürgen*: Perspektiven des Themas. Vortrag auf dem Symposium am 26. Oktober 2012, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Beiheft 2014: Schutz der Freiheit und Gewährleistung von Teilhabe im Sozialstaat, S. 59-67

- Papier, Hans-Jürgen*: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Änderung des Asylgrundrechts, in: *Der Staat* 27 (1988), S. 33-55
- Pelzer, Marei*: Widerruf der Flüchtlingseigenschaft und Terrorismusvorbehalt im Lichte des Gemeinschaftsrechts – Erlöschens- und Ausschlussbestimmungen der Anerkennungsrichtlinie und ihre innerstaatliche Umsetzung, in: Rainer Hofmann/Tillmann Lühr (Hrsg.): *Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht*, 2008, S. 149-169
- Pfaff, Victor/Otto-Hanschmann, Wiebke*: Ausländerrechtliche Konsequenzen und Folgen des Strafverfahrens, in: Gunter Wildmaier/Eckhart Müller/Reinhold Schlothauer (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2. Aufl. 2014, § 34 (S. 1430-1451)
- Pieroth, Bodo u.a.*: *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. 2016
- Plender, Richard*: The Exodus of Asians from East and Central Africa. Some Comparative and International Law Aspects, in: *American Journal of Comparative Law* 19 (1971), S. 287-324
- v. *Pollern, Hans-Ingo*: *Das moderne Asylrecht*, 1980
- Proelß, Alexander*: Raum und Umwelt im Völkerrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, S. 361-455
- Proelß, Alexander*: Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG – Anmerkung zum Honeywell-Beschluss des BVerfG vom 6. Juli 2010, in: *EuR* 46 (2011), S. 241-262
- Quaritsch, Helmut*: *Recht auf Asyl*, 1985
- Randelzhofer, Albrecht*: Die völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Asylrechts, in: Klaus Stern (Hrsg.): *Zeitgemäßes Zuwanderungs- und Asylrecht – ein Problem der Industriestaaten*, 2003, S. 19-31
- Rengeling, Hans-Werner/Szczekalla, Peter*: *Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze*, 2004
- Rengier, Rudolf*: *Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte*, 18. Aufl. 2016
- Rengier, Rudolf*: *Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 17. Aufl. 2016
- Renner, Günter (Hrsg.): *Ausländerrecht*, 9. Aufl. 2011

- Renner, Günter*: Terrorismusbekämpfung und Schutzsuchende, in: ZAR 2003, S. 52-59
- Renner, Günter/Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus (Hrsg.): Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013
- Riebau, Anne Meike*: Rückübernahmeabkommen und partnerschaftliche Steuerungsinstrumente: Menschenrechte als wirtschaftliche Tauschware auf dem politischen Tableau, in: ZAR 2015, S. 61-64
- Riecken, Philipp-Asmus*: Die Duldung als Verfassungsproblem. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 2006
- Ruffert, Matthias*: Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, in: EuGRZ 2007, S. 245-255
- Sachs, Michael*: Das Auslieferungsverbot und das Asylrecht, in: Klaus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band IV/1, 2006, § 103 (S. 795-868)
- Sachs, Michael*: Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen, in: K. Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, § 81 (S. 494-602)
- Sadler, Gerhard (Hrsg.): VwVG – VwZG. Kommentar anhand der Rechtsprechung, 9. Aufl. 2014
- Schäuble, Wolfgang*: Europäische Migrationspolitik – Versuch einer Standortbestimmung, in: ZAR 2006, S. 221-226
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Gefahrenverdacht und polizeirechtliche Verantwortlichkeit, in: Rudolf Wendt (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 455-505
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016
- Schmahl, Stefanie (Hrsg.): Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, 2013
- Schmalenbach, Kirsten*: Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, in: JZ 2010, S. 745-752
- Schmehl, Arndt*: Symbolische Gesetzgebung, in: ZRP 1991, S. 251

- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.): GG Grundgesetz Kommentar, 13. Aufl. 2014
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 2 Bände (Stand: 31. Ergänzungslieferung, Juni 2016)
- Schönenbroicher, Klaus*: Rechtsstaat auf Abwegen? – Die neue „Härtefallklausel“ des Ausländerrechts, in: ZAR 2004, S. 351-358
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014
- Schulte, Dominik*: Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten. Internationale, europäische und nationale Menschenrechtsstandards im Spannungsverhältnis zwischen effektiver Terrorismusbekämpfung und notwendigem Individualrechtsschutz, 2010
- Schünemann, Wolfgang B.*: Generalklausel und Regelbeispiele, in: JZ 60 (2005), S. 271-279
- Schwarz, Tobias*: „Gefährliche“ und „lästige Ausländer“ – zum Exklusionscharakter von Ausweisungen, in: Daniela Klimke (Hrsg.), Exklusion in der Marktgesellschaft, 2008, S. 203-213
- Selk, Michael*: Asylrecht und Verfassung. Erforderlichkeit bzw. Möglichkeiten einer Änderung des Art. 16 II 2 GG, Frankfurt a.M./Bern/New York/Paris 1990
- Shaw, Malcolm N.*: International Law, 6th edition, Cambridge 2008
- Simma, Bruno*: Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972
- Simma, Bruno u.a. (Hrsg.): The Charter of the United Nations. A Commentary, 2 Bände, 3. Aufl., Oxford 2012
- ter Steeg, Marcus*: Das Einwanderungskonzept der EU. Zwischen politischem Anspruch, faktischen Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages, 2006
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian/Kotzur, Markus*: Völkerrecht, 14. Aufl. 2017
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsvorfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014
- Stern, Klaus/Becker, Florian (Hrsg.): Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016
- Storr, Christian u.a. (Hrsg.): Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008

- Strate, Gerhard*: Urteilsanmerkung zu OVG Nds., B. v. 8.11.1989 – 22 M 393/89, in: InfAuslR 1990, S. 57-60
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.): Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006
- Thym, Daniel*: Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung – Zugleich ein Beitrag zur Vielfalt europäischer Grundrechtsordnungen, in: DVBl. 2008, S. 1346-1355
- Thym, Daniel*: Die Auswirkungen des Asylpakets II, in: NVwZ 2016, S. 409-415
- Thym, Daniel*: Einwanderungspolitik: Grundlagen, Gegenstand und Grenzen, in: Rainer Hofmann/Tillmann Löhr (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht, 2008, S. 183-204
- Thym, Daniel*: Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des „Integrationsgesetzes“ des Bundes, in: ZAR 2016, S. 241-251
- Thym, Daniel*: Migrationsverwaltungsrecht, 2010
- Thym, Daniel*: 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, BT-Ausschuss-Drs. 18(4)512 B, 2016
- Tiedemann, Paul*: Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland – Ein Nachruf, in: ZAR 2009, S. 161-168
- Titze, Annegret*: Die deutsche Asylrechtsprechung und das internationale Flüchtlingsrecht. Kontinuität oder Neuanfang?, 2008
- Türk, Volker*: UNHCR's supervisory responsibility, in: Department of International Protection (Hrsg.), New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 67, Genf 2002 (abrufbar unter <http://www.unhcr.org/3dae74b74.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017])
- UNHCR*: Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Genf 2007
- UNHCR*: Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive, 2007

- UNHCR*: Auslegung von Art. 33 Abs. 2 und Art. 1 F der Genfer Flüchtlingskonvention, 1999
- UNHCR*: Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, Genf 2003
- UNHCR*: Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“ und seine Auswirkungen auf den Umgang mit Massenfluchtbewegungen und auf den Flüchtlingsschutz, Genf 2001
- UNHCR*: Erste Anregungen von UNHCR zur Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen für die Zuerkennung von Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz, 2004
- UNHCR*: Global Trends. Forced Displacement in 2015, Genf 2016
- UNHCR*: Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 3. Aufl., Genf 2011
- UNHCR*: Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, Genf 2005
- UNHCR*: Mid-Year Trends 2014
- UNHCR*: Richtlinien zum Internationalen Schutz: Anwendung der Ausschlussklauseln: Artikel 1 F des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2003
- UNHCR*: Stellungnahme des UNHCR zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, 2006
- UNHCR (Hrsg.): The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, 1990
- UNHCR*: Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2004

UNHCR: Übersichten zu den gesetzlichen Neuerungen ab 1.12.2013, Beihefter zum Asylmagazin 12/2013 (abrufbar unter http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/redaktion/Dokumente/Arbeitshilfen/Einhefter_AM2013-12web.pdf)

UNHCR ExCom: Beschluss Nr. 65: Allgemeine Beschlüsse zum internationalen Rechtsschutz, 1991

UNHCR ExCom: Beschluss Nr. 99: Beschluss zum internationalen Rechtsschutz, 2004

UNHCR ExCom: Beschluss Nr. 111: Beschluss über die amtliche Registrierung, 2013

Verdross, Alfred/Simma, Bruno: Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Aufl. 1984

Viellechner, Lars: Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel. Zu den innerstaatlichen Wirkungen von völkerrechtlichen Verträgen und Entscheidungen internationaler Gerichte, insbesondere bei der Auslegung und Anwendung von Grundrechten, in: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 109-159

Vofßkuhle, Andreas: „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiß – Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG, in: DÖV 1994, S. 53-66

Vofßkuhle, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, in: JuS 2007, S. 908-909

Vofßkuhle, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte, in: Jus 2011, S. 411-413

Wahl, Rainer: Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, in: Der Staat 38 (1999), S. 495-518

Weinzierl, Ruth: Deutsche und europäische Grundrechte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Das Asylrecht als Testfall für den kooperativen Grundrechtsschutz in Europa, in: ZAR 2010, S. 260-270

Welte, Hans-Peter: Die Ausweisung in der Form einer Rückkehrentscheidung, in: ZAR 2012, S. 424-430

Wennholz, Philipp: Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht, 2013

- Westdickenberg, Gerd/Fixson, Oliver*: Das Verbrechen der Aggression im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Jochen A. Frowein u.a. (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden. Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel*, 2003, S. 483-525
- Westphal, Volker/Stoppa, Edgar*: *Ausländerrecht für die Polizei*, 3. Aufl. 2007
- Winkelmann, Holger*: Die Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, 2013, Beitrag aus: www.migrationsrecht.net (abrufbar unter <http://www.migrationsrecht.net/zur-nationalen-umsetzung-der-rueckfuehrungsrichtlinie/dokument-details.html?catid=86> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017])
- Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*: Der „Islamische Staat“ und die mit ihm verbundenen Gruppierungen weltweit, WD 2 – 3000 – 005/16, vom 19.1.2016
- Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*: Völker- und menschenrechtliche Vorgaben für Abschiebung von straffällig gewordenen Flüchtlingen, WD 2 – 3000 – 002/16, vom 18.1.2016
- Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Vorgaben des EU-Rechts zu Voraussetzungen und Grenzen von Aufenthaltsbeendigungen international Schutzberechtigter infolge von Straffälligkeit, PE 6 – 3000 – 4/16, vom 9.2.2016
- Wittkopp, Silke*: Die Entscheidung des EuGH zum Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft, in: ZAR 2010, S. 170-175
- Wollenschläger, Michael*: Asylrecht, in: F. Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 16 (S. 509-532)
- Wollenschläger, Michael*: Das Asyl- und Einwanderungsrecht der EU, in: EuGRZ 2001, S. 354-364
- Wollenschläger, Michael*: Geschichte und Formen des Asylrechts, in: Wolfgang B. Beitz/ders. (Hrsg.), *Handbuch des Asylrechts*, Bd. 1, 1980, S. 53-68
- Wollenschläger, Michael*: Immanente Schranken des Asylrechts (Art. 16 II S. 2 GG) – zugleich ein Beitrag zur Lehre der Einschränkung von Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt –, Diss. Würzburg 1971

Wollenschläger, Michael: Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung, in: F. Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 17 (S. 533-557)

Wouters, Kees: International Legal Standards for the Protection from Refoulement, Antwerpen/Oxford/Portland 2009

Zimmermann, Andreas: Bedeutung und Wirkung der Ausschlussstatbestände der Artikel 1 F und 33, Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention für das deutsche Ausländerrecht, in: DVBl. 2006, S. 1478-1486

Zimmermann, Andreas: Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994

Zimmermann, Andreas: Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, in: NVwZ 1998, S. 450-456

Zimmermann, Andreas (Hrsg.): The 1951 Convention relating to the Status of Refugees – A Commentary, New York 2011

§ 1: Einleitung

Die durch Verfolgung ausgelöste Migration hat in den vergangenen zwei Jahren aufgrund zahlreicher bewaffneter Konflikte und Krisen weltweit ein neues Ausmaß angenommen¹ und in Deutschland zu einer beispiellosen Zahl von „Asyl“-Anträgen geführt. Allein im Jahr 2016 waren es 745.545². Im gleichen Zeitraum ereigneten sich in Deutschland und im europäischen Ausland aber auch zahlreiche Gewaltverbrechen mit teilweise islamistischen Motiven, die mit Asylsuchenden in Verbindung gebracht wurden³. Zu nennen sind hier nur die Terroranschläge in Paris am 13. November 2015, deren Täter jedenfalls teilweise als Flüchtlinge getarnt nach Europa eingereist waren⁴, die (sexuellen) Übergriffe vorwiegend auf Frauen in der Silvesternacht 2015/2016⁵ sowie der Terroranschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt an der Gedächtniskirche am 19. Dezember 2016 durch den abgelehnten tunesischen Asylbewerber Anis Amri⁶. Die

¹ Zu den Ursachen vgl. *UNHCR*, Global Trends. Forced Displacement in 2015, Genf 2016, S. 6 ff.

² *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF)*, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe Januar 2017, S. 3. Demgegenüber wurden im Jahr 2015 476.649 Asylanträge gestellt, was ebenfalls einen neuen Höchstwert darstellte (vgl. *BAMF*, Das Bundesamt in Zahlen 2015, S. 10). Die Antragszahlen täuschen jedoch über die tatsächlichen Wanderungsbewegungen hinweg: Nach Angaben des Bundesinnenministers Thomas de Maizière reisten im Jahr 2015 etwa 890.000 Schutzsuchende nach Deutschland ein (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/fluechtlinge-2015-kamen-890-000-schutzsuchende-nach-deutschland-a-1114739.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]), wohingegen sich die Zahl im Jahr 2016 auf etwa 280.000 reduzierte (*BAMF*, Schlüsselzahlen Asyl 2016, S. 1). Der Grund für die erhöhten Antragszahlen im Jahr 2016 liegt an dem im Vorjahr entstandenen „Rückstau“ (vgl. *BAMF*, Das Bundesamt in Zahlen 2015, S. 5). Momentan gehen die Zahlen weiter zurück; im Januar 2017 stellten 17.964 Menschen einen Asylantrag (*BAMF*, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe Januar 2017, S. 5).

³ Vgl. insofern *A. Nußberger*, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, in: *NVwZ* 2016, S. 815 (822): „Nun gibt es neben dem, was allgemein als ‚Migrationskrise‘ tituliert wird, auf Grund der Terroranschläge in Paris und Brüssel noch eine zweite Krise in Europa“.

⁴ S. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-11/paris-ueberblick-anschlaege> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article159451941/IS-schult-Kaempfer-damit-sie-Asyl-beantragen-koennen.html> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

⁵ Vgl. *DER SPIEGEL*, Heft 2/2016, S. 10 ff.

⁶ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-12/berlin-breitscheidplatz-gedaechtnis-kirche-weihnachtsmarkt> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017). Aufmerksamkeit erregten auch der Angriff auf eine Pariser Polizeistation durch einen in Recklinghausen untergebrachten Asylsuchenden am 7.1.2016 (vgl. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/recklinghausen-pariser-attentaeter-wohnte-in-deutscher-asylunterkunft-a-1071287.html> [zuletzt abgerufen

Verbindung von Asylgesuch auf der einen mit der Begehung von Straftaten auf der anderen Seite rief dabei stets eine besonders emotionale Reaktion hervor. Nach dem Anschlag vom 19. Dezember 2016 sprach auch Bundeskanzlerin Angela Merkel davon, dass es „besonders schwer zu ertragen wäre, wenn sich bestätigen würde, dass ein Mensch diese Tat begangen hat, der in Deutschland um Schutz und Asyl gebeten hat“⁷.

Die rechtlichen Fragestellungen, die der „Spagat“ zwischen Schutzgewährung auf der einen und Gefahrenabwehr auf der anderen Seite mit sich bringt, sind Inhalt dieser Arbeit.

A. Fragestellung

Zentrale Fragestellung dieser Arbeit ist es, welche Anforderungen materiell-rechtlich an die Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen bestehen und ob in dieser Hinsicht die nationalen Regelungen im Einklang mit den internationalen Vorgaben stehen. Mit den „Verfolgten“ sind dabei Ausländer gemeint, die die Voraussetzungen der Asylberechtigung im Sinne des Art. 16a Abs. 1 GG oder der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK⁸) erfüllen⁹. Asylbewerber, deren Asylantrag bereits mangels Verfolgungsgefahr abgelehnt wird – wie es bei dem Täter des Berliner Anschlags Anis Amri der Fall war –, bilden hingegen keinen Gegenstand dieser Arbeit¹⁰.

Bei Asylberechtigten und Flüchtlingen handelt sich um eine Personengruppe, der in ihrer Heimat der ihr zustehende Schutz versagt wird, weshalb aus sozialen wie

am 27.6.2017]); die Axtattdacke eines Asylsuchenden in einem Regionalzug bei Würzburg am 18.7.2016 (vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-07/attacke-zug-wuerzburg-axt-faq> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]) sowie der Selbstmordanschlag eines Asylsuchenden in Ansbach am 24.7.2016 (vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/bayern-explosion-in-ansbacher-innenstadt-ein-toter-a-1104496.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]).

⁷ <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/12/2016-12-20-erklaerung-merkel-breitscheidplatz.html> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

⁸ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. 1953 II S. 559.

⁹ Im Jahr 2016 wurden 36,8% der Asylantragsteller als Flüchtlinge anerkannt, 22,1% als subsidiär Schutzberechtigte und bei 3,5% wurde ein nationales Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5, 7 AufenthG festgestellt; s. *BAMF*, Schlüsselzahlen Asyl 2016, S. 2.

¹⁰ Abgelehnte Asylbewerber sind mangels Aufenthaltstitels ausreisepflichtig und es wird ihnen gem. § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG (Asylgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 2.9.2008, BGBl. I S. 1798) die Abschiebung angedroht. Die Probleme einer Aufenthaltsbeendigung liegen hier eher im tatsächlichen als im rechtlichen Bereich.

aus humanitären Erwägungen heraus andere Staaten aufgefordert sind, sie aufzunehmen und vor dem Zugriff des Verfolgerstaates zu bewahren. Der den Verfolgten zu gewährende Schutz reicht aber nicht grenzenlos weit, sondern der Staat ist berechtigt, seine Sicherheitsinteressen zu verteidigen. Das Ausländer- und Flüchtlingsrecht enthält daher zahlreiche Maßnahmen, die es dem Aufenthaltsstaat erlauben, von Ausländern ausgehende Gefahren abzuwehren, indem sie wieder außer Landes gebracht werden. Die Abschiebung stellt dabei jeweils den letzten Teil dieser Bemühungen dar. Als Maßnahme des Vollstreckungsrecht setzt sie gem. § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG¹¹ eine vollziehbare Ausreisepflicht voraus. „Zentralinstitut“¹² für deren Begründung ist in sicherheitsrelevanten Fällen die Ausweisung (§§ 53 ff. AufenthG), deren Voraussetzungen und Beziehung zu den Vorschriften der Abschiebung für die Zwecke dieser Arbeit daher eine große Rolle spielen. Bei der sich gegebenenfalls an die Ausweisung anschließenden Abschiebung kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen der Abschiebung in Drittstaaten und der Abschiebung in den Verfolgerstaat selbst. Bereits an dieser Stelle muss klar sein, dass für letztere hohe Hürden bestehen, wird dadurch der Verfolgtenschutz doch gänzlich negiert. In den letzten Jahren ist dennoch eine extensivere Anwendung und Auslegung derjenigen Normen zu verzeichnen, die für die Abschiebung erfüllt sein müssen. Die Ausweitung richtet sich dabei vielfach gegen (potentielle) Unterstützer terroristischer Vereinigungen¹³, der deutsche Gesetzgeber hat aber mit der Einfügung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG im März 2016 klargestellt, dass er auch gegen einfache Kriminelle mit den Mitteln des Flüchtlingsrechts vorgehen möchte.

¹¹ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.2.2008, BGBl. I S. 162.

¹² J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 76: „Zentralinstitut der Gefahrenabwehr-Perspektive auf das Migrationsgeschehen“.

¹³ Dass gegen einen international agierenden Terrorismus auch mit den Mitteln des Flüchtlingsrechts vorzugehen ist, hat der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen in seiner Resolution 1373 (2001) klargestellt und seitdem vielfach betont. In Ziff. 2 lit. c) der Resolution beschließt der Sicherheitsrat, dass alle Staaten denjenigen, die terroristische Handlungen finanzieren, planen, unterstützen oder begehen oder die den Tätern Unterschlupf gewähren, einen sicheren Zufluchtsort verweigern werden (vgl. außerdem Ziff. 3 lit. f und g der Resolution).

Die für diese Arbeit relevanten Vorschriften werden weitgehend durch völker- und europarechtliche Vorgaben determiniert, wie auch allgemein das Völkerrecht einen großen Einfluss auf das Flüchtlingsrecht hat¹⁴. Das Zusammenspiel der verschiedenen Vorgaben gilt es zu untersuchen¹⁵. Daneben spielt – neben anderen Menschenrechten¹⁶ – trotz seiner mittlerweile bestehenden praktischen Irrelevanz¹⁷ das Asylgrundrecht des Art. 16a GG weiterhin eine Rolle in der rechtlichen Bewertung der Aufenthaltsbeendigung.

B. Methodisches Vorgehen

Es werden im Folgenden in einem ersten Schritt die Grundlagen des Verfolgten-schutzes vorgestellt, denn gerade dieser Schutz muss überwunden werden, damit eine Abschiebung des Verfolgten in Betracht kommt¹⁸. Dabei wird zwischen völker-, unions- und grundrechtlichen Vorgaben differenziert und dargelegt, wie sich diese jeweils im einfachen Recht niederschlagen. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob der Verfolgte nur vor der Abschiebung in den Verfolgerstaat oder vor jeglicher Aufenthaltsbeendigung geschützt ist.

Im nächsten Teil wird ein allgemeiner Blick auf das Instrument der Abschiebung geworfen, um so den Boden für eine tiefere Durchleuchtung der materiellen Anforderungen an eine Abschiebung aus Sicherheitsgründen zu bereiten¹⁹. Dabei wird auch dargelegt, unter welchen Voraussetzungen andere Staaten zur Übernahme des in Deutschland ausreisepflichtigen Ausländers verpflichtet sind und

¹⁴ Vgl. *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 109. Die Bedeutung des Völkerrechts ergibt sich bereits daraus, dass Ausländer „sozusagen klassischer Gegenstand des Völkerrechts“ sind (*K. Hailbronner*, Die Relevanz des Völkerrechts für das allgemeine Ausländerrecht, in: ders. [Hrsg.], Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, S. 1 [3]). Die Internationalisierung des nationalen Flüchtlingsrechts fügt sich auch ganz allgemein in die „zweite Phase des Öffentlichen Rechts“ in Deutschland ein (begriffsprägend insofern *R. Wahl*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, in: *Der Staat* 38 [1999], S. 495 ff. [zur „ersten Phase“ S. 496 ff.]; vgl. auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, ebda., S. 206 ff.).

¹⁵ Nach *H.-J. Papier*, Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, in: *NJW* 2016, S. 2391 (2392) ist das nationale Flüchtlingsrecht auch aufgrund des Zusammenwirkens verschiedener Rechtsordnungen „äußerst kompliziert, unüberschaubar, verworren und nicht widerspruchsfrei“.

¹⁶ Auf die vordergründige Rolle der Menschenrechte bei der Aufenthaltsbeendigung weist *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 12), S. 214 hin.

¹⁷ Im Jahr 2016 wurden bspw. nur 0,3% der Asylbewerber als Asylberechtigte anerkannt (*BAMF*, Schlüsselzahlen Asyl 2016, S. 2).

¹⁸ § 2: Grundlagen des Verfolgten-schutzes in Deutschland.

¹⁹ § 3: Das Instrument der Abschiebung.

welche tatsächlichen Probleme sich den Behörden bei der Durchführung der Abschiebung stellen.

Der folgende Teil setzt sich ausführlich mit den seit dem 1. Januar 2016 bestehenden, neuen Strukturen des Ausweisungsrechts auseinander²⁰. Die gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme der Ausweisung enthält ein Ausreisegebot sowie ein Einreiseverbot und begründet gem. §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG eine Ausreisepflicht, die für die anschließende Vollstreckungsmaßnahme der Abschiebung notwendig ist. Auf Grundlage der Ausweisung kann der Verfolgte bereits in Drittstaaten abgeschoben werden; zudem erlaubt die Ausweisung gem. § 56 AufenthG die Überwachung ausgewiesener Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf jedes Ausweisungsinteresse im Sinne des § 54 AufenthG einzeln einzugehen. Stattdessen wird die Systematik des neuen Ausweisungsrechts erörtert und dabei – unter Einbeziehung des Unionsrechts – speziell auf die Anforderungen an die Ausweisung Verfolger eingegangen.

Anschließend wird geprüft, in welchen Fällen Verfolgte sogar in den Verfolgerstaat abgeschoben werden können²¹. Da damit der Verfolgenschutz gänzlich aufgehoben wird, kann eine solche Maßnahme nur das letzte Mittel (*ultima ratio*) sein. Maßgebend sind die Ausschlussklauseln aus Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK, die in § 60 Abs. 8 AufenthG umgesetzt sind. Auslegung sowie Auswirkungen dieser Ausschlussklauseln werden besprochen. Ein Schwerpunkt wird dabei auf die Begutachtung des erst im März 2016 neu eingefügten § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG gelegt.

Die Arbeit schließt mit einem Fazit²².

²⁰ § 4: Die Ausweisung Verfolgter im neuen Ausweisungsrecht.

²¹ § 5: Abschiebungen in den Verfolgerstaat.

²² § 6: Fazit.

§ 2: Grundlagen des Verfolgten schutzes in Deutschland

Verfolgte sind in Deutschland dem Schutz des Rechts unterstellt. Dies wirkt sich unmittelbar auf die Möglichkeit einer Abschiebung aus, sind es doch gerade diese Schutzinstrumente, die für die Möglichkeit einer Abschiebung außer Kraft gesetzt werden müssen. Auf welchen Rechtsgrundlagen die Schutzgewährung beruht und wie sie im Einzelnen ausgestaltet ist, soll daher im Folgenden aufgezeigt werden. Dabei offenbart sich, dass sich die maßgeblichen Vorgaben zum Flüchtlingsschutz lange Zeit lediglich durch das allgemeine Völkerrecht ergaben, die Bundesrepublik indes einen „Sonderweg“ beschritt. Fortschritte im materiellen Recht des Abschiebungsschutzes, verbunden mit einer (Wieder-)Belebung der rechtswissenschaftlichen Debatte, traten mit der Europäisierung dieses Rechtsgebietes ein, wobei jedoch die Proklamation eines „gemeinsamen europäischen Asylsystems“ angesichts der aktuellen Zustände beinahe zynisch anmutet.

A. Begriffsbestimmung des „Verfolgten“

Bei einer Arbeit über die Abschiebung „Verfolgter“ ist zunächst eine Begriffsbestimmung dieser Personengruppe nötig. Gemeint sind damit in diesem Werk Asylberechtigte im Sinne des Art. 16a GG sowie Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention¹. Wann im Einzelnen die Voraussetzungen vorliegen, die zur Anerkennung als Asylberechtigter oder als Flüchtling führen, wird hier indes nicht besprochen. Stattdessen wird bei der Analyse der Abschiebung Verfolger das Bestehen einer solchen Verfolgungslage bereits vorausgesetzt.

An Bedeutung gewonnen hat neben der Gruppe der Verfolgten im engeren Sinne seit geraumer Zeit die Rolle des sog. subsidiären Schutzes (§ 4 AsylG)². Dadurch

¹ Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden s.u., § 2-C.-II.-3.

² Zu unterscheiden ist beim subsidiären Schutz zwischen dem internationalen subsidiären Schutz nach § 4 AsylG und den nationalen subsidiären Abschiebungsverboten des § 60 Abs. 5, 7 AufenthG. Im Jahr 2016 wurde 153.700 Personen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt, was einer Quote von 22,1% entspricht (*BAMF*, Schlüsselzahlen 2016, S. 2). Aktuell herrscht in der obergerichtlichen Rechtsprechung Streit über die Frage, ob syrischen Asylbewerbern stets der Flüchtlingsstatus oder ggf. nur der subsidiäre Schutzstatus zu gewähren ist. Dies hat erhebliche Auswirkungen, da derzeit subsidiär Schutzberechtigte keinen Anspruch auf Familiennachzug haben (§ 104 Abs. 13 AufenthG). Vgl. einerseits OVG NRW, U. v. 4.5.2017 – 14 A 2023/16.A – Rn. 30 ff., andererseits Hess. VGH,

werden allerdings nicht primär flüchtlings-, sondern eher menschenrechtliche Vorgaben, insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK³), umgesetzt⁴. Subsidiär Schutzberechtigte zählen daher nicht zu den „Verfolgten“ im Sinne dieser Arbeit, von einer näheren Behandlung ihrer Abschiebung wird abgesehen. Ohnehin sind – anders als bei Verfolgten – die komplementären, menschenrechtlichen Abschiebungsverbote, die dem subsidiären Schutzstatus zugrunde liegen⁵, absolut ausgestaltet (vgl. § 60 Abs. 2 AufenthG). Abschiebungen zumindest in den Staat, in dem der „ernsthafte Schaden“ (§ 4 Abs. 1 S. 1 AsylG) droht, sind damit in jedem Falle unzulässig.

B. Internationale Vorgaben als richtungsweisendes Leitbild des Verfolgten schutzes in Deutschland

Die einfachrechtliche Ausgestaltung der Schutzgewährung für Verfolgte wird heute vor allem durch internationale Vorgaben bestimmt. Dabei kann man zwischen völker- und unionsrechtlichen Bestimmungen unterscheiden.

I. Völkerrecht

1. Die Aufnahme von Ausländern als Ausformung des Territorialitätsprinzips

Jeder Verfolgten schutz wirft im Ausgangspunkt die Frage auf, ob ein Staat nach Völkerrecht zur Aufnahme von Ausländern gegen den Willen des Heimatstaates überhaupt berechtigt ist. Während aus der Personalhoheit das Recht folgt, Hoheitsakte gegen die eigenen Staatsangehörigen zu erlassen und durchzusetzen, leitet sich aus dem Grundprinzip der Gebietshoheit die Befugnis eines Staates ab, Hoheitsakte auf seinem Hoheitsgebiet anzuordnen; davon erfasst ist auch deren Geltung gegenüber sich auf diesem Territorium aufhaltenden Ausländern (Territorialitätsprinzip)⁶.

U. v. 6.6.2017 – 3 A 3040/16.A sowie VG Münster, U. v. 20.1.2017 – 8a K 3496/16.A – Rn. 40 ff. mit zahlreichen Nachweisen zur aktuellen Rechtsprechung.

³ Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. 1952 II S. 685.

⁴ Vgl. Erwägungsgrund (34) der Richtlinie 2011/95/EU; *W. Treiber*, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum AufenthG*, § 60 (2011) Rn. 1.

⁵ Vgl. *P. Wennholz*, *Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht*, 2013, S. 71 f.

⁶ *A. v. Arnould*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2016, Rn. 342, 347.

Im Ausgangspunkt des Flüchtlingsschutzes kollidieren demnach Gebietshoheit des aufnehmenden und Personalhoheit des verfolgenden Staates. Diese Kollision wird jedoch nach allgemeiner Ansicht zugunsten der Gebietshoheit aufgelöst, denn diese gibt einem Staat *ausschließliche* Rechte auf seinem Territorium, die auch durch die Personalhoheit eines anderen Staates nicht beschränkt werden können. Letzterer wird deshalb durch die Schutzgewährung auch nicht in seinen Rechten verletzt⁷.

Damit ist im Grundsatz geklärt, dass die Aufnahme von Ausländern – auch gegen den Willen des Heimatstaates – vom Völkerrecht gedeckt ist. Wichtiger für den verfolgten Ausländer ist hingegen die Frage, ob sich dem Völkerrecht auch eine Pflicht zur Aufnahme und/oder sonstiger Schutzgewährung entnehmen lässt.

2. Die Genfer Flüchtlingskonvention als wichtigstes Dokument des Flüchtlingsschutzes

Der völkerrechtliche Vertrag, der bereits aufgrund der Anzahl seiner Vertragsstaaten⁸ die heute mit Abstand größte Bedeutung für das Flüchtlingsrecht weltweit einnimmt, ist die Genfer Flüchtlingskonvention⁹.

a) Entstehungsgeschichte

Mit der Entstehungsgeschichte der Konvention (und des Asylrechts im Allgemeinen) soll sich hier nicht ausführlich beschäftigt werden, da sich daraus kaum

⁷ IGH, Asylum Case (Columbia v. Peru), U. v. 20.11.1950, I.C.J. Rep. 1950, 266 (274); BVerfGE 74, 51 (59); A. Proelß, Raum und Umwelt im Völkerrecht, in: W. Graf Vitzthum/ders (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 15; H.-G. Maaßen, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, S. 17; v. Arnould, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 342; M. N. Shaw, International Law, 6th edition, Cambridge 2008, S. 487 („[...] exercise *exclusive* power over its territory [...]“); A. Grahl-Madsen, Asylum, Territorial (1985), in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of public international law, Volume One, Amsterdam u.a. 1992, S. 283 (286): „It may be stated as a general rule of customary international law that a State may grant asylum in its territory to any person at its own discretion“.

⁸ Am 23. Oktober 2014 hatten 149 Staaten die GFK und/oder das New Yorker Protokoll vom 31. Januar 1967 unterzeichnet.

⁹ Daher wird die GFK teilweise auch als „magna charta“ des Flüchtlingsrechts bezeichnet; so u.a. A. Fischer-Lescano/J. Horst, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, in: ZAR 2011, S. 81 (82); A. Zimmermann (Hrsg.), The 1951 Convention relating to the Status of Refugees, New York 2011, Preface; v. Arnould, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 782.

Schlüsse auf die heutige Rechtslage der Abschiebung ziehen lassen¹⁰. Nur so viel sei gesagt: Während erste Formen des Asyls schon in der Antike bekannt waren, wurden Versuche zu einer weltweiten Lösung des Flüchtlingsproblems erst nach dem Ende des Ersten Weltkrieges unternommen, als die Flüchtlingszahlen neue Dimensionen erreichten¹¹. Der 1920 gegründete Völkerbund errichtete ein Hochkommissariat für Flüchtlinge, das einige Übereinkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge auf den Weg brachte¹² (auf die in Art. 1 A Abs. 1 GFK Bezug genommen wird), die jedoch aufgrund des jeweils limitierten personellen Anwendungsbereichs¹³ sowie der Zurückhaltung der Staaten größtenteils erfolglos blieben¹⁴. Ein wirkliches Umdenken geschah erst nach dem Ende des zweiten Weltkrieges: Angesichts der erneuten Flüchtlingsströme erkannte die Staatengemeinschaft die Notwendigkeit einer allgemeinen, d.h. nicht nur für bestimmte Situationen geltenden, Vereinbarung über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, die insbesondere auch eine verbindliche Definition beinhalten sollte, wer als Flüchtling zu gelten hatte¹⁵. Dieses Ziel wurde am 28. Juli 1951 auf einer Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen durch die Verabschiedung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK), welches am 21. April 1954 in Kraft trat, erreicht. Die zeitliche Restriktion durch Art. 1 A Abs. 2 GFK auf die Flüchtlingslage nach dem zweiten Weltkrieg („Ereignisse[n], die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind“), wurde durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967¹⁶ aufgehoben. So konnte die Genfer Flüchtlingskonvention zum

¹⁰ Einen guten Überblick über die Entwicklung des Asylrechts verschaffen *M. Wollenschläger*, Geschichte und Formen des Asylrechts, in: W. G. Beitz/ders. (Hrsg.), Handbuch des Asylrechts, Bd. 1, 1980, S. 53 (55 ff.); *H.-I. v. Pollern*, Das moderne Asylrecht, 1980, S. 33 ff.; *W. Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement, 1982, S. 29 ff.; *F. Wittreck*, in: H. Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 1 ff.

¹¹ *UNHCR*, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 3. Aufl., Genf 2011, Ziff. 1 ff.; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 22.

¹² Im Einzelnen *C. Skran*, Historical Development of International Refugee Law, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9).

¹³ Vgl. *T. Einarsen*, Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Rn. 9.

¹⁴ *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 39 ff.; speziell zum Versagen des Völkerbundes, deutschen Flüchtlingen nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten Schutz zu bieten, *Einarsen* (Fn. 13), Rn. 11.

¹⁵ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 11), Ziff. 5.

¹⁶ BGBl. 1969 II S. 1294.

heute zentralen Instrument des Flüchtlingsrechts weltweit werden¹⁷. Die Bundesrepublik Deutschland erklärte ihren Beitritt 1954.

b) Inhaltliche Bestimmungen mit Blick auf die Abschiebung, insbesondere das Prinzip des *non-refoulement*

Inhaltlich regelt die Genfer Konvention zunächst in Art. 1, wer sich erfolgreich auf die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des Abkommens berufen kann. Dabei geht es nach Art. 1 A Abs. 2 insbesondere um eine Person, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will“. Was unter diesen Kriterien im Einzelnen zu verstehen ist, wie diese also zu definieren sind, wird in dieser Arbeit – wie bereits erwähnt – nicht näher bearbeitet, da vom Vorliegen einer Verfolgungslage im Sinne des Art. 1 A Abs. 2 zwingend ausgegangen wird.

Über die Flüchtlingsdefinition hinaus geht es in der Genfer Konvention vor allem, wie der offizielle Name verrät (Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge), im weiteren Sinne um die Rechtsstellung eines Flüchtlings¹⁸. Vorgestellt werden sollen im Folgenden diejenigen Bestimmungen mit Auswirkung auf die Abschiebungen eines Flüchtlings.

aa) Allgemeine Bestimmungen

Befasst man sich mit der Abschiebung aus Sicherheitsgründen im Besonderen, fällt zunächst der mit „Allgemeine Verpflichtungen“ betitelte Artikel 2 ins Auge, wonach jeder Flüchtling „gegenüber dem Land, in dem er sich befindet, Pflichten [hat], zu denen insbesondere die Verpflichtung gehört, die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften sowie die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung getroffenen Maßnahmen zu beachten“. Damit ist jedenfalls klar, dass fernab von sonstigen Privilegierungen, die Flüchtlingen eventuell gewährt werden, sie doch

¹⁷ U.a. M. Wollenschläger, Asylrecht, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 16 Rn. 22; Wittreck (Fn. 10), Art. 16a Rn. 23; K. Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 1277.

¹⁸ Die GFK selbst spricht von der „Rechtsstellung“ nur im gleichnamigen Kapitel II (Art. 12-16).

wie jeder andere den Gesetzen im Aufnahmestaat unterworfen sind und sich an diese halten müssen. Aus der Stellung dieser Regelung gleich nach der Flüchtlingsdefinition lässt sich außerdem schließen, dass sich bereits den Verfassern der GFK eine aus der Flüchtlingsaufnahme etwaig resultierende Integrationsproblematik erschloss und ihnen eine Betonung dieser „allgemeinen Verpflichtung“ wichtig war. Abgesehen von diesem allgemeinen Befund knüpfen sich an Art. 2 GFK indes keine weiteren Rechtsfolgen; es handelt sich gewissermaßen um einen an die Verfolgten gerichteten moralischen Appel rein deklaratorischer Natur¹⁹. Nicht jeder Gesetzesverstoß hat daher – unbenommen der sich aus nationalem Recht ergebenden Konsequenzen – auch Auswirkungen im internationalen Recht, und keinesfalls folgt aus einem Verstoß gegen Art. 2 GFK umstandslos der Verlust der Flüchtlingseigenschaft²⁰.

Art. 7 GFK behandelt das rechtliche Verhältnis von Flüchtlingen zu sonstigen Ausländern und das Prinzip der Gegenseitigkeit. Da aber die Genfer Konvention selbst durch die Art. 32, 33 im Bezug auf die Abschiebung „günstigere Bestimmungen“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GFK trifft²¹ und die von der Abschiebung betroffenen Menschenrechte nicht von Reziprozität²² abhängig sind²³, ergeben sich auch daraus für das hier behandelte Thema keine eigenen Regeln.

bb) Art. 31-33 GFK als speziell die Abschiebung betreffende Bestimmungen

Die Ausreise und im Speziellen Abschiebung von Flüchtlingen aus dem Aufnahmestaat regeln die Art. 31-33 GFK.

¹⁹ *H. Lambert*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Art. 2, Rn. 2, 29: „moral rule of a general nature, not punitive in character, that is to say ‚an imperfect obligation“.

²⁰ *J. C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005, S. 104 ff.; *Lambert*, ebda. Rn. 18.

²¹ *A. Skordas*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Art. 7, Rn. 55, 58, 96.

²² Zum Prinzip der Reziprozität bzw. Gegenseitigkeit vgl. *T. Stein/C. v. Buttlar/M. Kotzur*, *Völkerrecht*, 14. Aufl. 2017, Rn. 13 sowie *S. Hobe*, *Einführung in das Völkerrecht*, 10. Aufl. 2014, S. 300 f.

²³ Vgl. *Shaw*, *International Law* (Fn. 7), S. 826: „It is noticeable, for example, that the relevant instruments [of international human rights law, Anm. des Verf.] do not refer to nationals and aliens specifically, but to all individuals within the territory and subject to the jurisdiction of the state without discrimination“; *S. Mananashvili*, *Möglichkeiten und Grenzen zur völker- und europarechtlichen Durchsetzung der Genfer Flüchtlingskonvention*, 2009, S. 66 f. m.w.N.

(i) Das Refoulement-Verbot des Art. 33 GFK als „Herzstück“ der Konvention

Im Kern steht dabei das Prinzip des „non-refoulement“ aus Art. 33 Abs. 1 GFK²⁴. Danach wird „[k]einer der vertragsschließenden Staaten [...] einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde“. Es handelt sich bei dieser Norm nach einhelliger Meinung um die wichtigste Bestimmung der Genfer Konvention und des Flüchtlingsrechts überhaupt²⁵. Die Bedeutung des Art. 33 Abs. 1 GFK verdeutlicht die Konvention selbst durch das Vorbehaltsverbot in Art. 42 Abs. 1²⁶.

(1) Von Art. 33 Abs. 1 GFK erfasste Maßnahmen

Wendet man den Blick auf die Maßnahmen, die inhaltlich durch Art. 33 Abs. 1 GFK untersagt werden, so kann deren Bedeutung nicht allein durch einen Vergleich mit den Begrifflichkeiten des deutschen Rechts bestimmt werden. Dies ergibt sich schon aus dem Charakter der Genfer Konvention als internationaler Vertrag, deren Normen daher in allen Vertragsstaaten inhaltsgleich auszulegen sein sollen²⁷. Stattdessen wird ein Blick auf die französische und englische Ausgabe erforderlich, sind diese Fassungen gleichermaßen nach Art. 46 GFK doch die einzig „authentischen“, also verbindlichen²⁸. Für das Verbot der Ausweisung oder Zurückweisung auf irgendeine Weise nach der deutschen Fassung heißt es

²⁴ Der Begriff *refoulement* kommt vom französischen „refouler“, was sich in etwa mit „zurückdrängen“ übersetzen lässt.

²⁵ Statt aller *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 86; *UNHCR ExCom*, Beschluss Nr. 65 (1991), c); *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 44; *K. Wouters*, International Legal Standards for the Protection from Refoulement, Antwerpen/Oxford/Portland 2009, S. 33; *W. Kälin/M. Caroni/L. Heim*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Art. 33, para. 1 Rn. 1; *G. Goodwin-Gill*, International Law of Refugee Protection, in: E. Fiddian-Qasmiyeh u.a. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, Oxford 2014, S. 36 (39 f.).

²⁶ Vgl. *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 119; *UNHCR*, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Genf 2007, Ziff. 12; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 21.

²⁷ Vgl. *U. Davy*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Art. 32 Rn. 65.

²⁸ *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 87.

im Englischen „[n]o contracting State shall expel or return (,refouler‘) in any manner whatsoever“, im Französischen „[a]ucun des États Contractants n’expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit“.

Unter einer „expulsion“ oder „Ausweisung“ ist im Ausländerrecht allgemein die Anordnung an einen Ausländer zu verstehen, das Staatsgebiet des Aufenthaltsstaats zu verlassen, verbunden mit der Androhung, diese Anordnung nötigenfalls zwangsweise durchzusetzen und mit dem Verbot, das Staatsgebiet für eine gewisse Periode wieder zu betreten²⁹. Unterschieden werden kann also zwischen dem (behördlichen oder gerichtlichen) Gebot der Ausreise und der faktischen (zwangsweisen) Durchführung desselben. Nicht nur der Begriff der „expulsion“ bleibt bezüglich dieser Differenzierung vage, sondern in die gleiche Richtung zielen im Englischen auch noch die Begriffe „deportation, transfer, extradition“ oder „removal“³⁰, was eine Ermittlung des Wortsinns schwierig macht. Ob nun allerdings rechtlich bereits die Ausreiseanordnung verboten ist oder erst das tatsächliche Verbringen des Ausländers aus dem Land, ergibt für diesen einen Unterschied: Wäre lediglich letzteres untersagt, so könnten die Staaten weiterhin die (wenn auch nicht vollziehbare) Ausreiseanordnung aussprechen, was den Aufenthalt des Flüchtlings unrechtmäßig machen und ihm damit eine Reihe von in der Genfer Konvention garantierten Rechten entziehen würde. Was genau in der Genfer Konvention gemeint ist, wenn von der „Ausweisung“ gesprochen wird, bedarf daher der genaueren Interpretation. Der Begriff wird sowohl in Art. 32 Abs. 1 als auch in Art. 33 Abs. 1 GFK benutzt.

Nach Art. 32 Abs. 1 GFK werden die vertragsschließenden Staaten „einen Flüchtling, der sich rechtmäßig in ihrem Gebiet befindet, nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausweisen“. Dass in dieser Norm mit der „Ausweisung“ bereits die *Ausreiseanordnung* und nicht etwa die faktische Durchsetzung derselben gemeint ist, ergibt sich hier deutlich aus der Garantie des Art. 32 Abs. 3 S. 1 GFK: Danach wird dem Flüchtling nach der Ausweisung eine angemessene Frist gewährt, um einen anderen aufnahmebereiten Staat zu suchen (und zu finden). Wenn aber der Flüchtling auch nach der Ausweisung noch im Staatsgebiet verbleiben darf, kann in Art. 32 GFK mit der „Ausweisung“ nicht die zwangsweise Entfernung des Flüchtlings gemeint sein³¹.

²⁹ Kälin, non-refoulement (Fn. 10), S. 99; Davy (Fn. 27), Art. 32 Rn. 65.

³⁰ Vgl. Wouters, Standards (Fn. 25), S. 133 sowie Davy (Fn. 27), Art. 32 Rn. 6, 63 ff.

³¹ Davy (Fn. 27), Art. 32, Rn. 66.

Die Verwendung desselben Begriffs in Art. 33 Abs. 1 GFK könnte bedeuten, dass auch dort bereits die Ausreiseanordnung gemeint ist, mit der Folge, dass eine solche gegen einen Flüchtling nicht ausgesprochen werden kann, wenn klar ist, dass sich ein aufnahmebereiter Drittstaat nicht finden lässt und als Zielstaat nur der Verfolgungsstaat selbst in Betracht kommt. Außer Acht gelassen werden darf aber nicht, dass nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 1 GFK die Ausweisung „über die Grenzen von Gebieten“, in denen eine Verfolgungslage im Sinne der Konvention existiert, verboten wird. Dies spricht eher für eine Auslegung als Ausreisedurchsetzung denn als Verbot einer bloßen Ausreiseanordnung. Die Systematik der Genfer Konvention unterstreicht diesen Befund: Das Gebot der Ausweisung ist nach Art. 32 Abs. 1 GFK grundsätzlich untersagt. Liegt aber die Ausnahmesituation vor und es greifen die „Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“, so ist die Ausweisung auch möglich, wenn sich kein aufnahmebereiter Drittstaat findet – der Staat ist lediglich dazu verpflichtet, die Bedingungen der Absätze 2 und 3 einzuhalten³². Es ist nicht im Sinne der Konvention, dieses Ergebnis durch Art. 33 Abs. 1 GFK wieder zu unterlaufen. Stattdessen soll die Frage, ob eine Anordnung zur Ausreise überhaupt ergehen darf, allein von Art. 32 GFK geregelt werden³³. Art. 33 Abs. 1 GFK befasst sich nur mit der Verbringung des Flüchtlings in den Verfolgerstaat selbst und betrifft dementsprechend lediglich den Vollzug einer solchen Anordnung. Dies entspricht auch der einhelligen Ansicht in der Literatur³⁴.

³² BVerwG, B. v. 14.9.1970 – I B 54.70 – DÖV 1972, 96 zur Ausweisung von Staatenlosen (Art. 31 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 [BGBl. 1976 II S. 474] ist wortgleich mit Art. 32 GFK); *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 102; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 25. An diesen Befund schließt sich allerdings die schwierige und von der GFK nicht geregelte Frage an, welche Rechtsstellung Ausländer erhalten, die zwar ausgewiesen sind, deren Ausweisung jedoch mangels aufnahmebereiten Staats nicht vollzogen werden kann. Vgl. dazu *Kälin*, non-refoulement, (Fn. 10), S. 102, 144 f. sowie *Davy* (Fn. 27), Art. 32, Rn. 77 f. Das UNHCR ExCom hat sich mit diesem Problem in seinem Beschluss Nr. 7 (1977) befasst und empfiehlt darin den Staaten, bei Unvollziehbarkeit gänzlich von einer Ausweisung abzusehen (c-e)). Aus der Tatsache, dass auch das UNHCR ExCom hier lediglich eine *Empfehlung* ausspricht, ist abzuleiten, dass auch nach seiner Ansicht dazu keine *Pflicht* besteht.

³³ So auch *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 25; *R. Marx*, Handbuch zum Flüchtlingsschutz, 2. Aufl. 2012, § 52 Rn. 1. Vgl. auch BVerwG, B. v. 9.9.1992 – 1 B 71/92 – Rn. 4 f., wonach die deutsche Ausweisung gem. §§ 53 ff. AufenthG nicht den Anforderungen des Art. 33 GFK unterliegt.

³⁴ Wobei die Begrifflichkeiten sich auch hier unterscheiden: *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 103 spricht davon, dass eine Ausweisung angeordnet werden kann, solange garantiert ist, dass sie nicht *vollzogen* wird; *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 53 sieht in der „Ausweisung“ i.S.d. Art. 33 GFK die *vollziehbare* behördliche Ausreiseverfügung;

Was genau unter der „Zurückweisung“ („return [,refouler‘]“ bzw. „refouler“) im Sinne des Art. 33 Abs. 1 GFK zu verstehen ist, ist noch unklarer³⁵. Es kann letztlich aber dahinstehen, da im Ergebnis, dies macht der Art. 33 Abs. 1 GFK selbst durch den Zusatz „auf irgendeine Weise“ („in any manner whatsoever“ bzw. „de quelque manière que ce soit“) deutlich, jegliche Maßnahme erfasst sein soll, die den Flüchtling in das Gebiet seiner Verfolger verbringt³⁶. Welche Form diese Maßnahme annehmen kann, hängt vom nationalen Recht ab.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass Art. 33 Abs. 1 GFK alle Tätigkeiten erfasst, die einen Flüchtling im Sinne des Art. 1 GFK *faktisch* dem Zugriff seiner Verfolger preisgibt. Dabei beschränkt sich das Refoulement-Verbot nicht auf den Heimatstaat des Flüchtlings, sondern richtet sich an alle Staaten, in denen eine Verfolgung im Sinne der Vorschrift droht. Dies macht auch den Wert dieser Bestimmung aus: Sie garantiert, dass der Flüchtling in Sicherheit vor den sich unmittelbar aus der Verfolgung ergebenden Gefahren ist. Die Verbringung des Flüchtlings in Drittstaaten verbietet der Art. 33 Abs. 1 GFK allerdings nicht. Eine Ausnahme besteht hier lediglich, wenn der Drittstaat seinerseits den Flüchtling dem Zugriff der Verfolger aussetzen, also seinerseits das Refoulement-Verbot verletzen würde (sog. Kettenabschiebung oder Ketten-Refoulement). In diesem Fall verstößt auch der zuerst aus- oder zurückweisende Staat gegen Art. 33 Abs. 1 GFK, da dann eben auch er „auf irgendeine Weise“ zur Verbringung in den Verfolgerstaat beiträgt³⁷.

Davy (Fn. 27), Art. 32, Rn. 37 versteht darunter die faktische Entfernung („*removal*“), ebenso *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 52 Rn. 1 („*Abschiebung*“). *Goodwin-Gill*, Refugee protection (Fn. 25), S. 39 spricht relativ weit schlicht von „*return*“. Nach *Wouters*, Standards (Fn. 25), S. 133 verbietet Art. 33 Abs. 1 GFK alles, „whereby the refugee is forcibly removed from or forced to leave the territory of a host State“ – auch dies zielt jedoch auf die Vollziehbarkeit ab, denn eine nicht vollziehbare Ausreiseverfügung *zwingt* den Ausländer nicht, das Land zu verlassen.

³⁵ Nach *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 104 ist damit jede Maßnahme mit Ausnahme eben der Ausweisung gemeint, wobei später (S. 105) nicht ganz verständlich eingeschränkt wird, dass die Zurückweisung sich nur auf illegal aufhältige Flüchtlinge beziehen könne; ebenso *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 95. *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 53 zufolge bezieht sich – ohne Begründung – die Zurückweisung auf die zwangsweise Entfernung („die Abschiebung“).

³⁶ Vgl. *UNHCR*, Extraterritorial Application (Fn. 26), Ziff. 7.

³⁷ BVerfGE 94, 49 (92 f.); *A. Zimmermann*, Das neue Grundrecht auf Asyl, 1994, S. 171; *UNHCR*, Die Anwendung des Konzepts „sicheres Drittland“ und seine Auswirkungen auf den Umgang mit Massenfluchtbewegungen und auf den Flüchtlingsschutz, Genf 2001, S. 2; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 148 ff.; *Hailbronner*, Ausländerrecht (Fn. 17), Rn. 152.

(2) Ausnahmeregelung des Art. 33 Abs. 2 GFK

Ursprünglich verhandelten die Vertragsstaaten über ein absolutes Refoulement-Verbot für Flüchtlinge. Dagegen wandten sich jedoch die Vertreter einiger Staaten, sodass in der Bevollmächtigten-Konferenz schließlich der eine Ausnahmeregelung enthaltende Art. 33 Abs. 2 GFK hinzugefügt wurde³⁸. Er lautet: „Auf die Vergünstigung dieser Vorschrift kann sich jedoch ein Flüchtling nicht berufen, der aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen ist, in dem er sich befindet, oder der eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Staates bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurde.“ Der Verfolgtenschutz durch das Refoulement-Verbot ist also – neben der Möglichkeit der Verbringung in Drittstaaten – in doppelter Hinsicht nur relativ. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme sind jedoch sehr hoch und dürfen auch nur restriktiv ausgelegt werden. Sie betreffen den Hauptteil dieser Arbeit und werden weiter unten genauer bearbeitet³⁹.

(3) Räumlicher Geltungsbereich

Dass die Vertragsstaaten das Refoulement-Verbot innerhalb ihres Territoriums zu achten haben, steht außer Frage. Unter zwei anderen Gesichtspunkten wird der räumliche Geltungsbereich hingegen kontroverser diskutiert, namentlich was die Geltung an der Grenze sowie die extraterritoriale Wirkung des non-refoulement-Prinzips angeht.

Richtigerweise wird man sagen müssen, dass an dieser Stelle sowohl Ziel und Zweck der Konvention⁴⁰ als auch der Text des Art. 33 Abs. 1 GFK – der ja die Ausweisung oder Zurückweisung „auf irgendeine Weise“ verbietet – für eine weite Auslegung sprechen. Deshalb ist der Refoulementschutz auch dort zwingend, wo eine Einreiseverweigerung dazu führen würde, dass der Flüchtling im Verfolgerstaat bleiben oder in ihn zurückkehren muss⁴¹; gleiches gilt für das Aufgreifen und

³⁸ Vgl. die Darstellung bei *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 14-18 m.w.N.
³⁹ § 5-B.

⁴⁰ Vgl. die Präambel, wonach die Konvention „in möglichst großem Umfange die Ausübung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten“ von Flüchtlingen sichern soll.

⁴¹ A.A. noch *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 55-79. Wie hier die heute überwiegende Meinung: u.a. wiederholt der UNHCR (vgl. nur UNHCR *ExCom*, Beschluss Nr. 99 [2004], (1)); *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 86, 105-109, 136; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 52 Rn. 2-7 m.w.N. auch zu früher vertretenen Ansichten.

Abweisen von Flüchtlingen außerhalb der eigenen Staatsgrenzen⁴². Eine andere Auslegung hätte auch das seltsam anmutende Ergebnis zur Folge, dass der illegal einreisende besser stehen würde als der sich ordnungsgemäß an der Grenze meldende Flüchtling⁴³.

Da die Abschiebung die Durchsetzung einer Ausreisepflicht bedeutet und somit voraussetzt, dass der Flüchtling sich bereits im Staatsgebiet befindet⁴⁴, soll auf diese Themenkreise aber nicht weiter eingegangen werden.

(4) Das Refoulement-Verbot als Völkergewohnheitsrecht

Völkerrechtliche Vorgaben können sich nicht nur aus Verträgen ergeben, sondern auch aus Völkergewohnheitsrecht. Solches entsteht objektiv aus einer Übung von einiger Dauer (*consuetudo*) und subjektiv aus einer damit übereinstimmenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*), vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut⁴⁵. Die Folge der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung einer Norm ist vor allem, dass sie auch alle Staaten bindet, die einem entsprechenden Vertragswerk nicht beigetreten sind – jedenfalls, wenn es sich um universelles und nicht nur um regionales Völkergewohnheitsrecht handelt⁴⁶.

⁴² A.A. U.S. Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993); wie hier zu Art. 3 EMRK der EGMR Nr. 27765/09 v. 23.2.2012 – *Hirsi Jamaa u.a./Italien*; UNHCR, Extraterritorial Application (Fn. 26), Ziff. 24 ff.; *Wouters*, Standards (Fn. 25), S. 56; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 87 ff.; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 52 Rn. 8 ff.

⁴³ *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 107. Nach EuGH, U. v. 7.3.2017, C-638/16 – *X und X/Belgien* sind die Mitgliedstaaten aber nach Unionsrecht nicht verpflichtet, in ihren Auslandsbotschaften humanitäre Visa für Flüchtlinge auszustellen, damit diese nach Einreise einen Asylantrag stellen können.

⁴⁴ Näher zu den Voraussetzungen der Abschiebung unten, § 3-B. Vgl. aber schon § 18a Abs. 2, 3 AsylG: Danach wird bei Ablehnung des Asylantrags im Flughafenverfahren die Einreise *verweigert* (Abs. 3 S. 1), für den Fall der Einreise wird die *Abschiebung* vorsorglich angedroht. Bereits daraus lässt sich entnehmen, dass eine Abschiebung nur nach Einreise erfolgen kann.

⁴⁵ Statt aller v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 250. Wann aus einer vertraglich festgelegten Bestimmung Völkergewohnheitsrecht hervorgeht, hat der Internationale Gerichtshof im Festlandssockel-Fall entschieden: Erstens muss es sich um eine fundamentale Bestimmung mit normbildender Charakter handeln, zweitens muss die Beteiligung am Vertragswerk breit und repräsentativ sein und v.a. die Staaten umfassen, deren Interessen besonders betroffen sind, und drittens muss die Bestimmung eine nahezu einheitliche Staatenpraxis zur Folge haben: IGH, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands), U. v. 20.2.1969, I.C.J. Rep. 1969, 3 (42 ff.).

⁴⁶ Vgl. v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 253.

Die universelle völkergewohnheitsrechtliche Geltung des Refoulement-Verbots aus Art. 33 Abs. 1 GFK wird heute überwiegend bejaht⁴⁷. Dafür spricht insbesondere, dass viele der die weltweit meisten Flüchtlinge aufnehmenden Staaten weder der Genfer Konvention noch dem Protokoll von 1967 beigetreten sind, so der Libanon, Pakistan oder Jordanien⁴⁸. Für den UNHCR ist das non-refoulement-Prinzip sogar Bestandteil des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*)⁴⁹, was zur Folge hat, dass entgegenstehende Verträge nichtig sind und es ausschließlich durch ebenfalls zwingendes Völkerrecht abgelöst werden kann (vgl. Art. 53, 64 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [Wiener Vertragsrechtskonvention, WVK]⁵⁰). Für Deutschland als Vertragsstaat der Genfer Konvention, das damit ohnehin an Art. 33 Abs. 1 GFK gebunden ist, spielen diese Aspekte aber nur eine untergeordnete Rolle.

(ii) Die Art. 31 und 32 GFK als unterstützende Faktoren und das Verhältnis der Bestimmungen zueinander

Die für den Flüchtlingsschutz zentrale Bestimmung des Art. 33 Abs. 1 GFK wird flankiert durch die Art. 31 und 32 GFK. Ob sich aus diesen Bestimmungen weitergehende Aufenthaltsrechte ergeben, die einer Abschiebung entgegenstehen, wird im folgenden Abschnitt untersucht.

(1) Flüchtlinge, die sich nicht rechtmäßig im Aufnahmeland aufhalten (Art. 31 GFK)

Nach Art. 31 Abs. 1 GFK werden „[d]ie vertragsschließenden Staaten wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht waren und die ohne Erlaubnis in das Gebiet

⁴⁷ *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 26 ff. m.w.N.; ohne nähere Begründung *Goodwin-Gill*, Refugee protection (Fn. 25), S. 40; a.A. noch *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 61 ff. (was aber daran liegt, dass zu dieser Zeit viele Staaten des ehemaligen Ostblocks und Asiens der GFK noch nicht beigetreten waren) sowie *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 94 ff. und *Hathaway*, Rights (Fn. 20), S. 363 ff. Eher ablehnend auch noch BVerwG, U. v. 22.3.1994 – 9 C 443/93 – Rn. 15: wenn überhaupt, dann sei Gewohnheitsrecht erst im Entstehen begriffen.

⁴⁸ Statistik aus *UNHCR*, Mid-Year Trends 2014, S. 5.

⁴⁹ Vgl. nur *UNHCR*, Extraterritorial Application (Fn. 26), Ziff. 12 („non-derogable“).

⁵⁰ BGBl. 1985 II S. 927.

der vertragsschließenden Staaten einreisen oder sich dort aufhalten, vorausgesetzt, dass sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre unrechtmäßige Einreise oder ihren unrechtmäßigen Aufenthalt rechtfertigen“. Das Refoulement-Verbot des Art. 33 Abs. 1 GFK wird dadurch insofern unterstützt, als dass das Pönalisierungsverbot Flüchtlingen erst den effektiven Zugang zu einem sicheren Staat ermöglicht – werden sie doch auf der Flucht oftmals die formalen Einreisekriterien nicht erfüllen können⁵¹. Staaten ist es so verwehrt, durch Strafmaßnahmen Verfolgte von der (auch illegalen) Einreise abzuschrecken. Wann Einreise und Aufenthalt illegal sind, gibt die Genfer Konvention nicht vor, wird also von den Vertragsstaaten selbst geregelt⁵². Abschiebungen werden durch das Pönalisierungsverbot des Art. 31 Abs. 1 GFK indes nicht erfasst, bei ihnen handelt es sich nicht um eine „Strafe“ im Sinne der Norm⁵³. Dies ergibt sich mittelbar bereits aus der Systematik, denn Art. 31 Abs. 2 GFK regelt auch die Modalitäten der Ausreise von Flüchtlingen⁵⁴. Damit ist für die Abschiebung auch irrelevant, ob der Verfolgte „unmittelbar“ aus dem Verfolgungsgebiet kommt oder nicht⁵⁵ – Art. 31 Abs. 1 GFK verbietet Abschiebungen nicht, macht sie aber auch für mittelbar eingereiste Verfolgte nicht einfacher⁵⁶.

⁵¹ *UNHCR*, Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2004, S. 1; *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 81 sprechen aus diesem Grund davon, dass Art. 31 Abs. 1 zusammen mit dem Refoulement-Verbot den „Kern des internationalen Flüchtlingsrechts“ ausmacht. Vgl. auch *G. Noll*, in: Zimmermann, *Convention* (Fn. 9), Art. 31 Rn. 25.

⁵² Vgl. *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 101 zu Art. 32 GFK; *Noll* (Fn. 51), Art. 31 Rn. 52.

⁵³ Darüber war man sich bereits auf der Bevollmächtigtenkonferenz einig, vgl. UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, UN Doc. A/CONF.2/Sr.13 (1951), Statement of Chance (Canada); *Zimmermann*, *Grundrecht* (Fn. 37), S. 168; *Noll* (Fn. 51), Art. 31 Rn. 75.

⁵⁴ *Zimmermann*, *Grundrecht* (Fn. 37), S. 168 f.

⁵⁵ Dazu *UNHCR*, Art. 31 (Fn. 51), S. 3 f.; *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 88 f.; BVerfG, Nichtannahmebeschl. vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 31.

⁵⁶ *Noll* (Fn. 51), Art. 31 Rn. 40; Flüchtlinge sind dementsprechend durch die Genfer Konvention nicht gehalten, ihren Antrag auf Flüchtlingsschutz in einem bestimmten Land zu stellen. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob die GFK die Möglichkeit der „Weiterwanderung“ nach einmal erlangtem Schutz enthält. Dazu grundlegend BVerwGE 122, 376 (386 ff.), wonach der Flüchtlingsschutz durch die GFK vom „Grundsatz der Subsidiarität [...] auch im Verhältnis zum einmal erlangten Schutz in einem anderen (Dritt-)Staat geprägt“ ist. Näher *D. Fröhlich*, *Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts*, 2011, S. 109 ff. m.w.N.

Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK erlaubt Beschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen, allerdings nur solange, „bis die Rechtsstellung dieser Flüchtlinge im Aufnahmeland geregelt oder es ihnen gelungen ist, in einem anderen Land Aufnahme zu erhalten“. Insbesondere geht es dabei um Beschränkungen der Freizügigkeit illegal aufhältiger Flüchtlinge im Anerkennungsverfahren⁵⁷. Art. 31 Abs. 2 S. 2 GFK behandelt die Ausreisemodalitäten bestimmter Flüchtlinge und sieht vor, dass „[d]ie vertragsschließenden Staaten [...] diesen Flüchtlingen eine angemessene Frist sowie alle notwendigen Erleichterungen zur Aufnahme in einem anderen Land gewähren“. Wenn von „diesen Flüchtlingen“ die Rede ist, so muss es um Personen gehen, die zwar einerseits die Flüchtlingseigenschaft des Art. 1 GFK erfüllen, andererseits aber nicht im Aufnahmestaat bleiben dürfen, was ihren Aufenthalt wiederum „illegal“ macht⁵⁸. Bei legalem Aufenthalt wäre eine Staatenverpflichtung, bei der Aufnahme in einen Drittstaat (das Refoulement-Verbot gilt nach wie vor) behilflich zu sein bzw. eine dazu angemessene Frist zu gewähren, unsinnig. Zur Frage, wann ein Aufenthalt legal und wann illegal ist, nimmt Art. 31 Abs. 2 S. 2 GFK allerdings nicht Stellung. Die diesbezügliche Regelungsbefugnis bleibt dementsprechend bei den Vertragsstaaten.

(2) Ausweisung (Art. 32 GFK)

Speziell der Ausreise aus Sicherheitsgründen wendet sich der schon angesprochene Art. 32 GFK zu. Seine Verwandtschaft mit dem Prinzip des non-refoulement ist noch offensichtlicher, verwendet er in Abs. 1 doch ebenso wie Art. 33 Abs. 1 GFK den Begriff der „Ausweisung“: „Die vertragsschließenden Staaten werden einen Flüchtling, der sich rechtmäßig in ihrem Gebiet befindet, nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausweisen“. Oben wurde bereits festgestellt, dass hier mit der Ausweisung die *Ausreiseanordnung* gemeint ist – im Gegensatz zu Art. 33 Abs. 1 GFK, der die faktische Durchsetzung einer solchen betrifft. Ein weiterer gewichtiger Unterschied zum Refoulement-Verbot ist, dass Verfolgte im Anwendungsbereich des Art. 32 Abs. 1 GFK *überhaupt nicht*, d.h. auch nicht in (sichere) Drittstaaten, ausgewiesen werden können,

⁵⁷ Vgl. BVerwGE 130, 148 (152); Noll (Fn. 51), Art. 31 Rn. 94 f. m.w.N.; demgegenüber regelt Art. 26 GFK die Freizügigkeit von Flüchtlingen, die sich rechtmäßig im Aufenthaltsstaat befinden.

⁵⁸ Noll (Fn. 51), Art. 31 Rn. 120 f.

wenn nicht Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung vorliegen⁵⁹. Und auch wenn eine Ausweisung erfolgt, so werden dem Flüchtling in Art. 32 Abs. 2 und 3 GFK verfahrenstechnische Absicherungen zugestanden. Damit können sich solche Flüchtlinge grundsätzlich auf ein Bleiberecht im Aufenthaltsstaat verlassen⁶⁰. Art. 32 GFK schützt damit nicht nur vor Verfolgung, sondern zusätzlich den Aufenthalt an sich. Grund für die Einschränkung der völkerrechtlich grundsätzlich gewährten Ausweisungsfreiheit und damit verbundene Privilegierung von Flüchtlingen im Verhältnis zu sonstigen Ausländern ist die Tatsache, dass Flüchtlinge – anders als „normale“ Ausländer – keinen Heimatstaat haben, in den sie zurückkehren könnten⁶¹.

Zwar ist einschränkend darauf hinzuweisen, dass Art. 32 GFK sich eben nur auf „rechtmäßig“ aufhältige Flüchtlinge bezieht und den Vertragsstaaten damit weiterhin ein erheblicher Gestaltungsspielraum bleibt⁶². Dennoch weitet Art. 32 Abs. 1 GFK den durch Art. 33 Abs. 1 GFK gewährten Verfolgenschutz noch aus und ist für die aufenthaltsrechtliche Stellung von Flüchtlingen von großer Bedeutung. Dieser Bedeutung wird die Beachtung in der Praxis jedoch bisher leider kaum gerecht; Lehre und Rechtsprechung gehen auf die Bestimmung wenig ein⁶³.

(3) Das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen

Die Art. 31 bis 34 GFK vollziehen letztlich den gewöhnlichen Fluchtablauf eines Verfolgten nach⁶⁴: Zunächst wird dieser illegal die Grenze eines Staates überqueren, in dem ihm keine Verfolgung droht (Art. 31 GFK). Wird der Aufenthalt

⁵⁹ Vgl. *J. Hathaway/M. Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. 2014, Cambridge, S. 33 f.

⁶⁰ Hintergedanke einer solchen Regelung ist es auch, dass eine solche Rechtssicherheit zur Integration von Ausländern beitragen kann, vgl. *Davy* (Fn. 27), Art. 32 Rn. 2, 44. So wird in Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) das bedingungslose Recht auf Daueraufenthalt als „wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats“ gesehen.

⁶¹ Vgl. die gute Argumentation in UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, UN Doc. E/AC.32/SR.40 (1950), Statements of Weis (IRO) and Robinson (Israel); *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 100 f.

⁶² BVerwGE 88, 254 (267); *I. Bauer*, in: J. Bergmann/K. Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht Kommentar*, 11. Aufl. 2016, Vorbemerkung §§ 53-56 AufenthG Rn. 119.

⁶³ *Davy* (Fn. 27), Art. 32 Rn. 103 f., die aus diesem Grund von einem „forgotten article“ spricht. Ein Grund für die geringe Beachtung des Artikels könnte ihrer Meinung nach in der zu restriktiven Handhabung des „Rechtmäßigkeits-Erfordernis“ liegen.

⁶⁴ *Davy* (Fn. 27), Art. 32 Rn. 35 f.

daraufhin reguliert, befindet sich der Flüchtling also „rechtmäßig“ im Gebiet des Aufnahmestaats, so kann er sich auf diesen Aufenthalt grundsätzlich auch verlassen und braucht eine Ausweisung nicht zu fürchten (Art. 32 Abs. 1 GFK). Ob ein Flüchtling sich legal oder illegal im Aufnahmestaat aufhält, hängt dabei von der nationalen Gesetzgebung ab. Nach einer gewissen Aufenthaltsdauer wird der Flüchtling dann idealerweise eingebürgert (Art. 34 GFK). Über allem schwebt das Refoulement-Verbot des Art. 33 Abs. 1 GFK, das Schutz vor Verfolgung unabhängig davon garantiert, ob der Flüchtling sich rechtmäßig im Land befindet oder nicht.

Nicht geregelt ist in der Genfer Konvention der Aufenthaltsstatus eines ausreisepflichtigen, jedoch unter den Schutz des Refoulement-Verbots fallenden Flüchtlings, für den sich kein aufnahmebereiter Drittstaat finden lässt⁶⁵.

cc) Der persönliche Anwendungsbereich

Abgesehen von der Unterscheidung zwischen legal und illegal aufhältigen Flüchtlingen steht für den persönlichen Anwendungsbereich die Frage im Mittelpunkt, ob die Bestimmungen der Genfer Konvention auch schon für Asylantragsteller Geltung entfalten, also für solche Verfolgte, über deren Verfolgungslage noch nicht durch den Aufenthaltsstaat entschieden wurde.

Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Regelungsinhalt der Genfer Konvention selbst. Sie bestimmt in Art. 1, wer als Flüchtling anzusehen ist – Regeln über ein Anerkennungsverfahren schreibt sie dagegen nicht vor. Demnach kann sie die Flüchtlingseigenschaft auch nicht von der Beendigung eines solchen Anerkennungsverfahrens abhängig machen. Eine Person ist folglich ein Flüchtling, sobald sie die Kriterien aus Art. 1 GFK erfüllt und nicht, sobald sie als solcher anerkannt wird⁶⁶. Die Anerkennung ist nur deklaratorisch, sodass die Bestimmungen der Genfer Konvention insgesamt auch auf Asylbewerber Anwendung finden.

⁶⁵ Vgl. *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 102, 144 f. sowie *Davy* (Fn. 27), Art. 32 Rn. 77 f. Dazu auch unten, § 4-C.-II.

⁶⁶ So die ganz h.M.: *Kälin*, non-refoulement, (Fn. 10), S. 90; *Wouters*, Standards (Fn. 25), S. 47; *Davy* (Fn. 27), Art. 32 Rn. 51; *Hathaway/Foster*, Law (Fn. 59), S. 25. Einprägsam *UNHCR*, Handbuch (Fn. 11), ziff. 28: „Nicht aufgrund der Anerkennung wird er ein Flüchtling, sondern die Anerkennung erfolgt, weil er ein Flüchtling ist“. A.A. dagegen *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 16, 48, 81, wonach die GFK sich grundsätzlich nur an

dd) Recht auf Asyl aus der Genfer Konvention?

Wenn von Asylbewerbern die Rede ist und auch der Begriff des Asyls als solcher bereits verwendet wurde, so ist damit doch noch nicht geklärt, worum es sich beim Rechtsbegriff des „Asyls“ überhaupt handelt. Ist damit lediglich ein Synonym für den Flüchtlingsstatus gemeint oder hat das Asylrecht einen eigenständigen Schutzgehalt? Dies wird im Hinblick auf damit verbundene, der Abschiebung entgegenstehende Schutzpflichten im Folgenden ebenso zu erörtern sein wie die sich daran anschließende Frage, ob sich ein Recht auf Asyl bereits aus der Genfer Konvention ergibt.

(i) Asyl als das Refoulement-Verbot noch übersteigender Verfolgenschutz

Der Begriff „Asyl“ stammt vom Griechischen „asylon“⁶⁷. Während Asyl sich damit ursprünglich auf den Ort der Zuflucht bezog, steht im heutigen Völkerrecht der Vorgang der Schutzgewährung an sich im Vordergrund⁶⁸. Unterschieden werden kann dabei generell zwischen diplomatischem und territorialem Asyl: Beim diplomatischen (auch internen) Asyl befindet sich der Verfolgte noch im Staatsgebiet des Verfolgerstaates und sucht Zuflucht in der diplomatischen Mission eines anderen Staates, während beim territorialen (auch externen) Asyl der Verfolgte den Verfolgerstaat bereits verlassen hat und im Staatsgebiet eines anderen Staates um Schutzgewährung ersucht⁶⁹. Für das hier bearbeitete Themengebiet der Abschiebung ist nur letzteres relevant, sodass künftig mit „Asyl“ immer das territoriale Asyl gemeint ist⁷⁰.

anerkannte Flüchtlinge richte – eine Ausnahme bestehe aber für Art. 33 Abs. 1 GFK, da dieser auch tatsächlich vor Verfolgung schützen solle.

⁶⁷ Etwa „das, was nicht ergriffen werden kann“; näher v. *Pollern*, Asylrecht (Fn. 10), S. 48 f.; *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 1 sowie *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 2. Zur Geschichte des Asyls vgl. schon Fn. 10.

⁶⁸ Vgl. *U. Becker*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 16a GG Rn. 1.

⁶⁹ IGH, *Asylum Case (Columbia v. Peru)*, U. v. 20.11.1950, I.C.J. Rep. 1950, 266 (274); v. *Pollern*, Asylrecht (Fn. 10), S. 123.

⁷⁰ Zum diplomatischen Asyl IGH, *Asylum Case (Columbia v. Peru)*, U. v. 20.11.1950, I.C.J. Rep. 1950, 266 (274 ff.); *A. Randelzhofer*, Die völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Asylrechts, in: K. Stern (Hrsg.), *Zeitgemäßes Zuwanderungs- und Asylrecht – ein Problem der Industriestaaten*, 2003, S. 19 (20 f.).

Während das Recht der Staaten, Verfolgten Asyl zuzusichern, aufgrund ihrer territorialen Souveränität anerkannt ist⁷¹, bereitet eine genauere Bestimmung des Umfangs territorialen Asyls insofern Schwierigkeiten, als dass dazu im Völkerrecht – trotz der vielfachen Begriffsverwendung – keine allgemein akzeptierte, trennscharfe Definition existiert⁷². Als Grundpfeiler bestehen jedoch grundsätzlich (1) das Recht auf Einreise, (2) das Prinzip des non-refoulement, (3) das Recht auf rechtlich gesicherten Aufenthalt sowie (4) das Recht, sich persönlich und beruflich entfalten zu können⁷³. Interessant ist dabei hier vor allem das Recht auf rechtlich gesicherten Aufenthalt. Ein solches Recht geht über den Grundsatz des non-refoulement hinaus, der Flüchtlinge zwar vor der Verbringung in den Verfolgerstaat schützt, nicht aber Abschiebungen in Drittstaaten verbietet⁷⁴. Asyl bewahrt den Verfolgten demnach nicht nur vor dem Zugriff seiner Verfolger, sondern garantiert auch seinen Aufenthalt im Aufnahmestaat selbst⁷⁵. Eine Abschiebung ist nach der Gewährung von Asyl zumindest im Grundsatz überhaupt nicht möglich.

Das Asylrecht ist somit nicht nur ein bloßes Synonym für das Flüchtlingsrecht oder die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, sondern ihm kommt ein eigenständiger Gehalt zu, der das rechtliche Schutzniveau noch über das des Refoulement-Verbots hebt.

⁷¹ Dazu schon oben, § 2-B.-I.-1.; außerdem *A. v. Arnould*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 16a GG Rn. 1; *J. Bergmann*, in: ders./Dienelt, Ausländerrecht (Fn. 62), Art. 16a GG Rn. 2; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 8.

⁷² Stellvertretend BVerwGE 49, 202, 205: „Der Begriff des ‚Asylrechts‘ erscheint im Gegensatz zum Begriff des ‚politisch Verfolgten‘ aus sich selbst heraus nicht erschöpfend bestimmbar. Es gibt keinen überkommenen, im Völkerrecht oder im innerstaatlichen Recht eindeutig umschriebenen oder allgemein anerkannten Asylrechtsbegriff“.

⁷³ *Kälin*, non-refoulement, (Fn. 10), S. 9; *Randelzhofer*, Grundlagen (Fn. 70), S. 21 (gute Gegenüberstellung von Refoulement-Verbot und Asylrecht).

⁷⁴ *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 14; *Wollenschläger*, (Fn. 17), § 16 Rn. 1; *v. Arnould* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 4; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 25. Aufgrund des sich aus dem Refoulementverbot mglw. ergebenden faktischen Bleiberecht verschwimmen die Grenzen jedoch, vgl. *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 20 f., 49 ff. m.w.N.

⁷⁵ So auch Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht zum deutschen Grundrecht auf Asyl aus Art. 16a GG (vormals Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG): BVerfGE 49, 168 (183 f.): „Rechtsanspruch auf Aufenthaltsgewährung“; BVerfGE 94, 49 (97): „Asylrecht als absolutes Bleiberecht“; BVerwGE 62, 206 (210 f.): „im Regelfall einen rechtlichen gesicherten Aufenthalt“.

(ii) Kein Asylanspruch aus der Konvention

Traditionell ist mit dem Asylrecht das (anerkannte) Recht der Staaten gemeint, Asyl zu gewähren. Im modernen Sprach- und Rechtsgebrauch geht es allerdings vielmehr um das Recht des Einzelnen, Asyl zu beanspruchen – ein Recht oder einen Anspruch *auf* Asyl also⁷⁶. Zu untersuchen ist, ob sich ein solcher Individualanspruch aus der für das Flüchtlingsrecht zentralen Genfer Konvention ergibt.

Nach oben Gesagtem ist das für Art. 33 Abs. 1 GFK – das Kernstück der Konvention – zu verneinen: Das bereits negativ formulierte Refoulement-Verbot verbietet lediglich Ausweisung und Zurückweisung in den Verfolgerstaat, enthält aber keine zusätzliche Pflicht, dem Verfolgten ein Bleiberecht zuzugestehen⁷⁷. Zwar kann sich bei Unauffindbarkeit eines aufnahmebereiten Drittstaats eine faktische Bleibeerlaubnis für den dann unausweisbaren Ausländer ergeben – damit korrespondiert aber kein Recht oder Anspruch auf Aufenthaltsgewährung⁷⁸.

Einem Asylrecht näher kommt hingegen der Art. 32 Abs. 1 GFK. Für den dort beschriebenen Personenkreis, d.h. für Flüchtlinge, die sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmestaates befinden, scheidet grundsätzlich bereits der Erlass einer Ausreisearrêt aus. Art. 32 Abs. 1 GFK schützt damit, wie beschrieben, nicht nur vor Verfolgung, sondern sichert auch den Aufenthalt⁷⁹. Allerdings ist hier einschränkend zu beachten, dass die Entscheidungshoheit, in welchen Fällen ein Flüchtling sich legal im Staatsgebiet aufhält, bei den Nationalstaaten verbleibt⁸⁰. Mangels Verpflichtung, den Aufenthaltsstatus zu legalisieren, ergibt sich deshalb auch aus Art. 32 Abs. 1 GFK kein Asylanspruch des Flüchtlings im engeren Sinne.

Auch ansonsten geht die Genfer Konvention auf ein Recht auf Asyl nicht ein – erwähnt wird es lediglich (eher beiläufig) in der Präambel. Diese Missachtung des Asylbegriffs unterstreicht die Erkenntnis, dass die Konvention kein Recht

⁷⁶ Vgl. schon *Grahl-Madsen*, *Asylum* (Fn. 7), S. 284; ebenso *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 8.

⁷⁷ *C. Klos*, *Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: *ZAR* 2000, S. 202 (203); *Randelzhofer*, *Grundlagen* (Fn. 70), S. 21; *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 25; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 2.

⁷⁸ Vgl. v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 4; *Kälin/Caroni/Heim* (Fn. 25), Art. 33, para. 1 Rn. 2.

⁷⁹ Vgl. § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(ii)-(2).

⁸⁰ *BVerwGE* 88, 254 (267); *Kälin*, *non-refoulement* (Fn. 10), S. 101; *Bauer* (Fn. 62), *Vorbemerkung* §§ 53-56 *AufenthG* Rn. 151.

„auf“ Asyl enthält, sondern die Rechtsstellung von Flüchtlingen und damit die Rechte „im“ Asyl regeln soll⁸¹.

c) Möglichkeiten der Durchsetzung der Konventionsbestimmungen

Nachdem die für das hier behandelte Thema tragenden inhaltlichen Bestimmungen der Genfer Konvention vorgestellt worden sind, wendet sich die Untersuchung nun der Frage zu, welche Instrumentarien das Völkerrecht selbst zur Durchsetzung dieser Vorgaben bereithält. Relevant werden die Ergebnisse für den Fall, dass Deutschland seine Pflichten aus der GFK verletzen sollte. Für die Untersuchung wird auf drei verschiedene Aspekte eingegangen.

aa) Die sich aus der Vertragsbindung ergebende Pflicht zur Implementierung eines Asylverfahrens

Allen völkerrechtlichen Verträgen liegt zunächst der Grundsatz *pacta sunt servanda* zugrunde – d.h. sie sind für die Vertragsstaaten bindend und von ihnen einzuhalten⁸². Dies wird auch durch Art. 26 WVK bestätigt, der zusätzlich vorgibt, dass ein Vertrag von den Vertragsparteien nach Treu und Glauben zu erfüllen ist. Zwar gilt die Wiener Vertragsrechtskonvention nach ihrem Artikel 4 nur für solche Verträge, die geschlossen werden, nachdem das Übereinkommen in Kraft getreten ist (am 27. Januar 1980), wovon die GFK sowie ihr Zusatzprotokoll eigentlich nicht erfasst sind. Allerdings kodifiziert die Wiener Vertragsrechtskonvention überwiegend lediglich die gewohnheitsrechtlichen Regeln, die

⁸¹ Ganz h.M.: *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 47 f.; *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 21; *G. Jochum*, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 18 Rn. 23; *UNHCR*, Handbuch (Fn. 11), Ziff. 24 f. Für *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 143 ff. ergibt sich ein Anspruch auf *temporäres* Asyl aus Art. 31 Abs. 2 S. 2 sowie Art. 32 Abs. 3 GFK, was wiederum von *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 82 ff. verneint wird. Letztlich handelt es sich wohl aber lediglich um einen Streit um Begrifflichkeiten, denn dass Art. 31 Abs. 2 S. 2 sowie Art. 32 Abs. 3 GFK die Vertragsstaaten verpflichten, den Flüchtlingen bis zum Ablauf einer bestimmten den Aufenthalt zu gestatten, kann nicht bestritten werden. Dass *Maaßen* die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf Asylbewerber ablehnt, muss ebenfalls kritisiert werden.

⁸² Statt aller *Hobe*, Einführung (Fn. 22), S. 188, der außerdem klarstellt, dass dieser Grundsatz aufgrund seiner Bedeutung jeglicher Beeinträchtigung durch die Völkerrechtssubjekte entzogen ist.

bereits vor ihrem Inkrafttreten das Recht der Verträge bestimmten⁸³, weshalb die meisten Bestimmungen – einschließlich Art. 26 WVK⁸⁴ – auch für früher geschlossene Verträge herangezogen werden können⁸⁵.

Die Vertragsstaaten der Genfer Konvention müssen sich daher nicht nur an deren Bestimmungen halten, sondern auch eine Umsetzung verfolgen, die den Konventionszielen⁸⁶ möglichst umfassend zur Geltung verhilft⁸⁷. Diesen Befund können sie aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts auch nicht durch anderslautendes, nationales Recht konterkarieren (Art. 27 WVK und entsprechendes Gewohnheitsrecht)⁸⁸.

Welche Auswirkungen hat die auf Treu und Glauben ausgerichtete Vertragserfüllung nun für den Flüchtling, der sich vor den Behörden eines Vertragsstaates auf seine Verfolgungslage beruft und sich so einer Abschiebung zu entziehen sucht? Gibt die Genfer Konvention verbindlich vor, in welcher Form die Behörde zu reagieren hat?

Zur Beantwortung dieser Fragen ist sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass die GFK kein Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft vorschreibt. Seine in der Konvention beschriebenen Rechte erhält der Flüchtling aufgrund seiner

⁸³ Vgl. bereits die Präambel: „[D]ie in diesem Übereinkommen verwirklichte Kodifizierung“.

⁸⁴ Dass die Grundsätze von *pacta sunt servanda* sowie von Treu und Glauben völkerrechtlich anerkannt sind (und waren), ergibt sich schon aus der Präambel („im Hinblick darauf, dass die Grundsätze der freien Zustimmung und von Treu und Glauben sowie der Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* allgemein anerkannt sind“). Ausführlich zu den beiden Prinzipien außerdem *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 48 ff.

⁸⁵ *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 672. Vgl. auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 37.

⁸⁶ Relevant ist hier v.a. das in der Präambel der GFK festgelegte Ziel, den Flüchtlingen „in möglichst großem Umfange die Ausübung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten zu sichern“.

⁸⁷ *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 56.

⁸⁸ Dies gilt sowohl für einfaches Recht als auch für Verfassungsrecht: u.a. StIGH, Greco-Bulgarian Communities, Gutachten v. 31.7.1930, P.C.I.J. (1930), Series B, No. 17, S. 32: „[I]t is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty“; IGH, Reparation for Injuries, Gutachten vom 11.4.1949, I.C.J. Rep. 1949, 174 (180): „As the claim is based on the breach of an international obligation on the part of Member held responsible by the Organisation, the Member cannot contend that this obligation is governed by municipal law“. Näher *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 54 f.

Verfolgungssituation; eine etwaige Anerkennung als Flüchtling ist lediglich deklaratorisch⁸⁹. Mit einer effektiven Umsetzung der Konventionsziele wäre es indes nicht zu vereinbaren, wenn der Flüchtling sich bei jeder Staatshandlung, die seine Rechte einzugrenzen sucht, erneut auf seine Eigenschaft als Verfolgter berufen und diese Eigenschaft auch erneut nachweisen müsste. Insbesondere die Einhaltung des Refoulement-Verbots, das ja den Kern der Flüchtlingsrechte ausmacht, wäre damit gefährdet. Die Umsetzung der Genfer Konvention nach Treu und Glauben erfordert deshalb irgendeine Form von Verfahren, in dem die Flüchtlingseigenschaft von einer fachkundigen Stelle verbindlich geprüft wird⁹⁰. Der Genfer Konvention ist folglich ein – in den Einzelheiten den Vertragsstaaten überlassenes – Anerkennungsverfahren immanent, das von den Vertragsstaaten in innerstaatliches Recht implementiert werden muss, um die Rechte der Flüchtlinge nicht zu gefährden. Dies folgt aus der Verpflichtung zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge nach Treu und Glauben, wie sie in Art. 26 WVK kodifiziert ist.

bb) Die Regelung von Streitfällen vor dem IGH

Neben diesem allgemeinen Befund enthält die Genfer Konvention außerdem zwei spezielle Instrumente, die ihre Durchsetzung ermöglichen sollen.

Zum einen normiert Art. 38 GFK („Regelung von Streitfällen“) die Möglichkeit der Anrufung des Internationalen Gerichtshofs: „Jeder Streitfall zwischen den Parteien dieses Abkommens über dessen Auslegung oder Anwendung, der auf andere Weise nicht beigelegt werden kann, wird auf Antrag einer der an dem Streitfall beteiligten Parteien dem Internationalen Gerichtshof vorgelegt“⁹¹.

Der Begriff der Streitigkeit ist vom Internationalen Gerichtshof in zahlreichen Urteilen festgelegt worden⁹². Letztlich ist die Schwelle für ihr Vorliegen dabei recht niedrig: Es reicht, wenn die Beschwerden eines Staates über das Verhalten

⁸⁹ S.o., § 2-B.-I.-2.-b)-cc).

⁹⁰ BVerwGE 7, 333 (334): „Rechtsanspruch auf Anerkennung seiner Rechtsstellung“; BVerfGE 94, 49 (91 f.): „zumal nur durch ein in irgendeiner Weise formalisiertes Verfahren festgestellt werden kann, ob eine Abschiebung das Refoulement-Verbot des Art. 33 GFK berührt“.

⁹¹ Es handelt sich damit um eine in „Übereinkommen besonders vorgesehene [...] Angelegenheit“ i.S.d. Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut.

⁹² Dazu ausführlich *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 60 ff.

eines anderen Staates von diesem zurückgewiesen werden⁹³. Auch die „Streitbeilegung auf andere Weise“ stellt mangels konkreter Vorgaben in der Genfer Konvention keine hohe Hürde dar⁹⁴. Probleme bereitet hingegen die Frage, welcher Staat in einem konkreten Fall berechtigt ist, Streitigkeiten dem Internationalen Gerichtshof zur Lösung vorzulegen, fordert dieser dafür doch einen subjektiven Rechtsanspruch des vorlegenden Staates⁹⁵. Zu untersuchen ist demnach, worin ein solcher Rechtsanspruch eines Staates bestehen könnte. Denn die Genfer Konvention ist zwar kein klassischer menschenrechtlicher Vertrag – sie regelt nicht die Rechte der Flüchtlinge, sondern die Rechtsstellung (klarer in der englischen Originalfassung: „status of refugees“) und ist auch insofern staatenfixiert, als sie den Vertragsstaaten Verpflichtungen vorschreibt, die diese zu erfüllen haben⁹⁶. Dennoch wird auch bei ihr der Mensch – konkreter: der Flüchtling – in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt und nicht die wechselseitigen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Die Begründung eines Rechtsanspruchs der Vertragsstaaten – etwa auf Einhaltung der Konventionspflichten durch andere Vertragsstaaten – fällt aus diesem Grund nicht leicht. Dies insbesondere auch deshalb, weil der Internationale Gerichtshof klargestellt hat, dass jedenfalls aus Gerichtsbarkeitsklauseln selbst (hier Art. 38 GFK) kein solcher Anspruch abgeleitet werden kann⁹⁷. Es wird darüber gestritten, ob aufgrund des nicht auf Gegenseitigkeit ausgelegten Charakters der GFK ein Vertragsstaat die Möglichkeit der Anrufung des Internationalen Gerichtshofs nur haben kann, wenn er selbst subjektiv betroffen ist und einen „Schaden“ irgendeiner Art erlitten hat⁹⁸,

⁹³ IGH, „East Timor“, U. v. 30.6.1995, I.C.J. Rep. 1995, 90 (100): „Portugal has, rightly or wrongly, formulated complaints of fact and was against Australia which the letter has denied. By virtue of this denial, there is a legal dispute“.

⁹⁴ *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 63 f.

⁹⁵ IGH, „South West Africa“, U. v. 18.7.1966, I.C.J. Rep. 1966, 6 (39): „[...] substantive rights [Hervorhebung des Verf.] the existence of which is exactly what they [the parties, Anm. des Verf.] will have to demonstrate“.

⁹⁶ *Goodwin-Gill*, Refugee protection (Fn. 25), S. 44. Deutlich wird die „Staatenfixierung“ auch in der Sprache, derer sich die GFK bedient, vgl. nur „[d]ie vertragsschließenden Staaten werden“ in Art. 31 Abs. 1, 32 Abs. 1 GFK oder „[k]einer der vertragsschließenden Staaten wird“ in Art. 33 Abs. 1 GFK.

⁹⁷ IGH, „South West Africa“, U. v. 18.7.1966, I.C.J. Rep. 1966, 6 (39): „Jurisdictional clauses do not determine whether parties have substantive rights, but only whether, if they have them, they can vindicate them by recourse to a tribunal“.

⁹⁸ In diese Richtung geht die Theorie der „objektiven“ oder „absoluten“ Vertragspflichten, vgl. *B. Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972, S. 176 ff.; *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 66 ff. m.w.N.

oder ob die Einhaltung der vereinbarten objektiven Pflichten *allen* anderen Vertragsparteien geschuldet ist, sodass eine individuelle Betroffenheit nicht erforderlich ist⁹⁹.

Der Internationale Gerichtshof hat über diesen streitigen Punkt noch keine abschließende Entscheidung gefällt¹⁰⁰. Auch dies mag – abgesehen von den sonstigen politischen und wirtschaftlichen Risiken, die mit der Anprangerung eines anderen Staates verbunden sind – dazu beigetragen haben, dass der Art. 38 GFK in der Praxis bisher *noch nie* verwendet wurde¹⁰¹.

Zusammenfassend ist damit die Möglichkeit der Anrufung des Internationalen Gerichtshofs nach Art. 38 GFK theoretisch ein Weg, der die Durchsetzung der Genfer Konvention fördern könnte. In der Praxis hat er sich indes bisher nicht als effektiv erwiesen. Die Möglichkeit, dass der Flüchtling selbst den Rechtsweg zu einem übergeordneten Spruchorgan beschreitet, wie dies in zahlreichen menschenrechtlichen Verträgen normiert ist (vgl. z.B. Art. 34 EMRK), sieht die GFK jedenfalls nicht vor.

cc) Die Rolle des UNHCR

Das zweite in der GFK zur Umsetzung der Konventionsverpflichtungen vorgesehene Instrument ist die Zusammenarbeit der Vertragsparteien mit dem Hohen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR). Art. 35 Abs. 1 GFK normiert einen diesbezüglichen Auftrag: „Die vertragsschließenden Staaten verpflichten sich zur Zusammenarbeit mit dem Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge oder jeder ihm etwa nachfolgenden anderen Stelle der Vereinten Nationen bei der Ausübung seiner Befugnisse, insbesondere zur Erleichterung seiner Aufgabe, die Durchführung der Bestimmungen dieses

⁹⁹ So die sog. Reziprozitätstheorie, u.a. *W. Kälin*, Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond, in: E. Feller/V. Türk/F. Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003 (abrufbar unter <http://www.refworld.org/docid/470a33c00.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]), S. 614 (636), dessen angeführte IGH-Entscheidungen sich jedoch auf den Begriff der Streitigkeit beziehen; *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 68 ff. m.w.N.

¹⁰⁰ *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 73 f.

¹⁰¹ *Kälin*, Supervising (Fn. 99), S. 653; *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 60, 73 f.

Abkommens zu überwachen“. Die Norm ist im Zusammenhang mit dem sechsten Absatz der Präambel zu lesen¹⁰² und wird in Art. II des Protokolls von 1967 inhaltsgleich wiederholt.

Der UNHCR ist ein Unterorgan der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Sinne des Art. 22 der Charta der Vereinten Nationen (UN-Charta, UNCh¹⁰³), der durch die Resolution 319 (IV) ins Leben gerufen wurde und am 1. Januar 1951 in Kraft trat. Wie auch der Wortlaut des Art. 35 Abs. 1 GFK deutlich macht („etwa nachfolgenden anderen Stelle“), war die Wirkungsdauer des UNHCR zunächst zeitlich begrenzt, was 2003 durch die Resolution 58/153 schließlich aufgehoben wurde. Das Amt wird stattdessen nunmehr fortgeführt, „bis das Flüchtlingsproblem gelöst ist“¹⁰⁴. Unterstützt wird der UNHCR vom 1958 durch den Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen mit der Resolution 672 (XXV) errichteten Exekutivkomitee für das Programm des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (ExCom), das sich aus Vertretern von zurzeit 87 Staaten zusammensetzt¹⁰⁵. Das ExCom hat die Aufgabe, die generelle Politik des UNHCR festzulegen, seine Finanzen zu überwachen und zu genehmigen sowie auf Anfrage bei der Ausübung seiner Tätigkeiten zu beraten¹⁰⁶.

(i) Die Verpflichtung zur Zusammenarbeit im Allgemeinen

Wenn die Staaten nach Art. 35 Abs. 1 GFK zur Zusammenarbeit mit dem UNHCR bei der Ausübung seiner Befugnisse verpflichtet sind, so kommt es zunächst darauf an, welche Befugnisse überhaupt für ihn vorgesehen sind, was also seine Funktion ist. Dafür ist primär auf das Statut des UNHCR zurückzugreifen, das von der Generalversammlung am 14. Dezember 1950 als Annex zur Resolution 428 (V) angenommen wurde. Die generelle Funktion des UNHCR wird in Abs. 1 des Status beschrieben; ihm fällt danach die Aufgabe zu, Flüchtlingen

¹⁰² *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 80; *M. Zieck*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 9), Art. 35/Art. II Rn. 20.

¹⁰³ BGBl. 1973 II S. 431.

¹⁰⁴ „Decides to remove the temporal limitation (...) and to continue the Office until the refugee problem is solved“, Res. 58/153, Abs. 9.

¹⁰⁵ Siehe <http://www.unhcr.org/dach/de/struktur-und-finanzierung> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

¹⁰⁶ Vgl. dazu E/RES/672 (XXV) sowie Abs. 3 des UNHCR-Statuts.

internationalen Schutz zu gewähren¹⁰⁷ sowie dauerhafte Lösungen für das Problem der Flüchtlinge zu suchen¹⁰⁸. Im Einzelnen haben sich die Tätigkeiten vom UNHCR mit der Zeit drastisch verändert¹⁰⁹: Während Abs. 8 des Statuts noch ein Beleg für den eigentlich vorgesehenen „indirekten“ Charakter seiner Befugnisse ist, ist er heute am bekanntesten für seine Arbeit „im Feld“, d.h. die Flüchtlingsversorgung vor Ort, beispielsweise durch den Aufbau von Flüchtlingslagern und sonstige Soforthilfe¹¹⁰. In Industriestaaten wie Deutschland besteht die Arbeit des UNHCR hingegen darin, für eine möglichst flüchtlingsfreundliche Interpretation der bestehenden Regelungen zu werben¹¹¹. Aufgrund dieser großen Bandbreite an Aufgaben ist auch der durch Art. 35 Abs. 1 GFK vorgeschriebenen Kooperation durch die Staaten kein enger, eingegrenzter Gehalt zuzumessen. Stattdessen müssen die Vertragsparteien den UNHCR bei all seinen Aufgaben unterstützen, wie diese auch im Einzelnen aussehen und sich wandeln mögen. Art. 35 Abs. 1 GFK ist in diesem Sinne eine „Blankett-Norm“¹¹².

(ii) Die Überwachungsfunktion im Besonderen

Eine Aufgabe ist indes bereits im Text des Art. 35 Abs. 1 GFK ausdrücklich hervorgehoben: Die Überwachung der Durchführung der Bestimmungen der GFK. Sie ist auch für diese Arbeit am relevantesten.

¹⁰⁷ UNHCR „shall assume the function of providing international protection [...] to refugees who fall within the scope of the present Statute“. Der Flüchtlingsbegriff des Statuts ist im Übrigen weiter als der der GFK; dies schon deshalb, weil auch Flüchtlinge in Staaten erfasst werden, die der GFK nicht beigetreten sind, vgl. *UNHCR*, Handbuch (Fn. 11), Ziff. 16. Solche Flüchtlinge werden als „Mandatsflüchtlinge“ bezeichnet.

¹⁰⁸ UNHCR „shall assume the function [...] of seeking permanent solutions for the problem of refugees by assisting Governments and, subject to the approval of the Governments concerned, private organizations to facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities“.

¹⁰⁹ Vgl. Abs. 9 des UNHCR-Statuts; näher *Kälin*, *Supervising* (Fn. 99), S. 619 f.; *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II Rn. 49.

¹¹⁰ Die operative Arbeit „im Feld“ wird durch Kooperationsvereinbarungen mit dem jeweiligen Staat ermöglicht, vgl. *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II, Rn. 33, 51 ff. Zum Teil wird kritisiert, dass der UNHCR durch die direkte Flüchtlingshilfe, bei der er auf die Unterstützung der Staaten angewiesen ist, seinen neutralen Charakter verliere und dadurch seine Überwachungsfunktion nicht mehr befriedigend ausüben könne; vgl. *Kälin*, *Supervising* (Fn. 99), S. 628, 634 sowie *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II Rn. 75, 90.

¹¹¹ UNHCR-Broschüre (abrufbar unter http://www.unhcr.de/fileadmin/user_upload/dokumente/06_service/Bildungsmaterialien/unhcr_broschuere-2016_WEB_final_de.pdf [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]), S. 8.

¹¹² *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II Rn. 59.

Auch diesbezüglich sehen weder das Statut des UNHCR noch die GFK selbst ein genaues Verfahren vor¹¹³. Aus der Befugnis zur Überwachung selbst lassen sich allerdings bestimmte Kompetenzen herleiten: Eine Überwachung der Durchführung der Konventionsbestimmungen erfordert zunächst Informationen über die Anwendung in den verschiedenen Vertragsstaaten, dann die Auswertung dieser Informationen und letztlich – soll doch die Überwachung auch der Einhaltung der Konventionsverpflichtungen dienen¹¹⁴ – bei Nichterfüllung auch deren Durchsetzung¹¹⁵. Diese Kompetenzen sowie die Tatsache, dass die Überwachung letztlich das Ziel der einheitlichen Auslegung der GFK hat¹¹⁶, implizieren außerdem ein klares Verständnis ihrer inhaltlichen Vorgaben¹¹⁷.

Was die Kenntnis der Praxis in den Vertragsstaaten angeht, besitzt der UNHCR die Möglichkeit der Informationsbeschaffung aus Art. 35 Abs. 2 GFK, wenn gleich diese dem Wortlaut nach der Berichterstattung an die zuständigen Organe der Vereinten Nationen (vgl. Abs. 11 des UNHCR-Statuts) dient. Von dieser Befugnis ist bisher allerdings nur spärlich und mit wenig Erfolg Gebrauch gemacht worden¹¹⁸. Hinsichtlich der Durchsetzung der Konventionsbestimmungen bei einem Fehlverhalten der Vertragsstaaten fehlen dem UNHCR eigene Zwangsmittel – solche sind weder in der GFK noch im Statut vorgesehen¹¹⁹. Um seine Ziele durchzusetzen, muss der UNHCR daher auf die Mittel des Dialogs sowie der Öffentlichkeitsarbeit setzen (Wege des „soft enforcement“¹²⁰); die Effektivität hängt dann letztlich vom Kooperationswillen der Vertragsstaaten ab¹²¹.

¹¹³ *V. Türk*, UNHCR's supervisory responsibility, in: Department of International Protection (Hrsg.), *New Issues in Refugee Research*, Working Paper No. 67, Genf 2002 (abrufbar unter <http://www.unhcr.org/3dae74b74.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]), S. 5: „there is no proper procedure implementing the UNHCR's supervisory responsibility”.

¹¹⁴ *V. Türk*, responsibility (Fn. 113), S. 3.

¹¹⁵ *Kälin*, Supervising (Fn. 99), S. 627; *V. Türk*, responsibility (Fn. 113), S. 9 f.; *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 82.

¹¹⁶ Die Präambel spricht diesbezüglich in ihrem Abs. 6 von einer „Koordinierung der zur Lösung dieses Problems getroffenen Maßnahmen“, vgl. *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 81.

¹¹⁷ *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II, Rn. 65.

¹¹⁸ *Kälin*, Supervising (Fn. 99), S. 625; *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II Rn. 79 ff.

¹¹⁹ *Türk*, responsibility (Fn. 113), S. 4, 11 mit einem Vergleich zu Durchsetzungsmöglichkeiten in internationalen Menschenrechtsverträgen; *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 82; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 23.

¹²⁰ *Türk*, Responsibility (Fn. 113), S. 12.

¹²¹ *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 83.

Was das Verständnis vom Inhalt der GFK betrifft, war der UNHCR allerdings über die Jahre hinweg sehr aktiv in der Veröffentlichung von Auslegungsvorgaben. Insbesondere das auch in dieser Arbeit bereits herangezogene Handbuch zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft¹²² ist hier zu nennen, aber auch zahlreiche Richtlinien und Stellungnahmen zu nationalen Gesetzen¹²³. Interessant und vor dem Hintergrund ihrer vielfachen Verwendung auch in dieser Arbeit von großer Bedeutung ist nun die Bindungskraft dieser Werke: Fungiert der UNHCR damit als supranationales Rechtsprechungsorgan, sodass sich Behörden und Gerichte an die vom UNHCR vorgegebene Auslegung halten müssen und es gegen internationales Recht verstößt, wenn sie davon abweichen?

Für die Beantwortung der Frage nach der Verbindlichkeit der Stellungnahmen des UNHCR genügt bereits ein Blick auf seine Rechtsnatur. Als Unterorgan der Generalversammlung nach Art. 22 UNCh (s.o.) können auch die Befugnisse des UNHCR nicht über die der Generalversammlung hinausgehen¹²⁴. Die Befugnisse der Generalversammlung sind primär in den Art. 10-17 UNCh aufgelistet und „beschränken“ sich, abgesehen von die Organisation der UN selbst betreffenden Sachverhalten wie in Art. 4-6 UNCh¹²⁵, auf „Empfehlungen“ (Art. 10 UNCh), die ihrer Natur nach grundsätzlich *unverbindlich* sind¹²⁶. Sie können lediglich den Beweis für bestehendes oder entstehendes Gewohnheitsrecht darstellen¹²⁷; auch dies ist für die Stellungnahmen des UNHCR, die ja anders als Resolutionen der Generalversammlung nicht durch Staatenvertreter verabschiedet werden, allerdings schwer vorstellbar. Auch der UNHCR selbst geht offensichtlich nicht von der Verbindlichkeit seiner Auslegungsvorgaben aus, wenn es im Vorwort des Handbuchs heißt, das „Handbuch und die Richtlinien sollen Regierungsbeamten, Richtern, Vertretern der Rechtsberufe sowie UNHCR-Mitarbeitern, die

¹²² UNHCR, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 3. Aufl. Genf 2011.

¹²³ Alle abrufbar unter <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

¹²⁴ D. E. Khan, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations, Bd. I, 3. Aufl. Oxford 2012, Art. 10 Rn. 25: „the GA cannot transfer more powers to the subsidiary organs than it possesses under the Charter“.

¹²⁵ Vgl. E. Klein/S. Schmahl, in: Simma, Charter, ebda., Art. 10 UNCh Rn. 46.

¹²⁶ IGH, „South West Africa“, U. v. 18.7.1966, I.C.J. Rep. 1966, 6 (50): „resolutions of the United Nations General Assembly [...] are not binding, but only recommending“; ausführlich Klein/Schmahl, ebda., Art. 10 UNCh Rn. 47 ff.: „it appears that generally resolutions of the GA are not legally binding“ (Rn. 62).

¹²⁷ Auch dies nur in Ausnahmefällen, vgl. Klein/Schmahl (Fn. 125), Art. 10 UNCh Rn. 53 ff.

mit der Anwendung der Flüchtlingsdefinition befasst sind, als *Leitlinien* [Hervorhebung des Verf.] dienen“ und als „Bezugsrahmen“ genutzt werden.

Eine Rechtsverbindlichkeit der Auslegungsvorgaben in dem Sinne, dass jede Abweichung einen Verstoß gegen internationales Recht bedeuten würde, ist damit abzulehnen¹²⁸. Möglicherweise müssen sie aber als „spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen“ im Sinne des Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK und hierzu parallelem Völkergewohnheitsrecht¹²⁹ für die Auslegung der GFK berücksichtigt werden. Dem steht indes wiederum das Argument entgegen, dass die Interpretationen des UNHCR zur GFK nicht von den Staaten beschlossen werden, sie können somit keine „Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien“ sein¹³⁰. Eher in Betracht als „spätere Übereinkunft“ kommen die Beschlüsse des sich aus Vertretern einer Vielzahl von Staaten zusammensetzenden ExCom¹³¹. Auch dies erscheint jedoch fraglich, ist doch das ExCom nicht für die authentische Auslegung der GFK vorgesehen, sondern soll unterstützend fungieren¹³². Auch die Wortwahl seiner Beschlüsse¹³³ deutet darauf hin, dass es sich bei ihnen nicht um der GFK gleichrangige Übereinkünfte¹³⁴ handeln soll. Nach der hier vertretenen Auffassung sind daher auch die Beschlüsse des ExCom nicht als „spätere Übereinkünfte“ im Sinne des Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK zu betrachten¹³⁵. Die Relevanz dieser Frage darf aber nicht überbewertet werden. Schließlich bedeutet auch eine Bejahung der „späteren Übereinkunft“ lediglich, dass diese als einer von etlichen Faktoren bei der Auslegung der GFK herangezogen werden muss, und nicht die Auslegung verbindlich vorgibt¹³⁶.

¹²⁸ So auch *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 1 Rn. 4.

¹²⁹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 37, 44.

¹³⁰ Vgl. *O. Dörr*, in: ders./K. Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2012, Art. 31 Rn. 74: „authors of the agreements referred to in para 3 lit a can only be the ‚parties‘ to the treaty, acting in consensus“; i.E. wie hier *Mananashvili*, *Möglichkeiten* (Fn. 23), S. 99 sowie BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 45.

¹³¹ Bejahend *Mananashvili*, *Möglichkeiten* (Fn. 23), S. 98.

¹³² Vgl. dazu E/RES/672 (XXV).

¹³³ Vgl. nur *UNHCR ExCom*, Beschluss Nr. 111 (2013): „fordert die Staaten auf“, „legt den Staaten nahe“, „ermutigt die Staaten“ usw.

¹³⁴ *Dörr* (Fn. 130), Art. 31 Rn. 73: „The external means of interpretation must therefore be of equal rank as the object of interpretation“.

¹³⁵ So auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 –, juris Rn. 45, allerdings fälschlich unter Verweis auf *Mananashvili*, der ja Gegenteiliges vertritt (Fn. 131).

¹³⁶ *Mananashvili*, *Möglichkeiten* (Fn. 23), S. 97.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach dem bisherigen Stand der Untersuchung Gerichte und Behörden zur Befolgung der Stellungnahmen des UNHCR nicht verpflichtet sind. Ein anderes Ergebnis ergibt sich aber eventuell aus dem Vergleich mit der Berücksichtigung internationaler Gerichtsentscheidungen sowie der Pflicht der Erfüllung der GFK nach Treu und Glauben (Art. 26 WVK sowie paralleles Gewohnheitsrecht). Beachtenswert ist nämlich, dass die Entscheidungen internationaler Gerichte eine „Orientierungsfunktion“¹³⁷ für Behörden und nationale Gerichte entfalten können, obwohl sie ja eigentlich nur *inter partes* ergehen. D.h. auch ohne formelle Bindung sind die Behörden dazu gehalten, die Entscheidungen internationaler Gerichte zu berücksichtigen und sich damit auseinanderzusetzen¹³⁸. Grund dafür ist letztlich der Umstand, dass die internationalen Gerichte gerade dazu eingesetzt sind, die ihnen vorgelegten Streitigkeiten zu entscheiden und die jeweiligen Vertragswerke zu interpretieren: Aus ihrer Sachkunde und dem Umstand, dass sie von den Vertragsstaaten als maßgebliche Kontrollorgane eingesetzt werden, folgt die Orientierungsfunktion¹³⁹. Nichts Anderes kann dann aber für den UNCHR gelten¹⁴⁰. Dieser ist von den Vertragsstaaten der GFK nach ihrem Art. 35 Abs. 1 dafür eingesetzt, die Einhaltung der Konventionsbestimmungen zu überwachen. Abweichungen von den Auslegungshilfen des UNHCR bedeuten damit zwar nicht *per se* einen Verstoß gegen internationales Recht. Aus der Pflicht zur Befolgung dieser Bestimmung nach Treu und Glauben (Art. 26 WVK und paralleles Gewohnheitsrecht) ergibt sich aber auch für den UNHCR eine Berücksichtigungspflicht nationaler Ge-

¹³⁷ L. Viellechner, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 109 (127) m.w.N.

¹³⁸ Eine Berücksichtigungspflicht hat das BVerfG aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG unmittelbar aus der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) gezogen, vgl. BVerfGE 111, 307 (323): „Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“; vgl. außerdem BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, 2 BvR 348/03 – Rn. 44. Ausführlich zu dieser Rechtsprechung des BVerfG Viellechner, Berücksichtigungspflicht (Fn. 137), S. 129 ff.

¹³⁹ Fischer-Lescano/Horst, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 85.

¹⁴⁰ Vgl. Viellechner, Berücksichtigungspflicht (Fn. 137), S. 154: „kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, deren Rechtsauffassung [gemeint sind nicht-gerichtliche Streitentscheidungsorgane, Anm. des Verf.] anders zu behandeln als solche, die in völkerrechtlich verbindlichen Entscheidungen gegenüber anderen Vertragsparteien geäußert werden“.

richte und Behörden in dem Sinne, dass sie sich mit seinen Interpretationen auseinandersetzen müssen und nur bei Feststellung sachlich gerechtfertigter Gründe davon abweichen können¹⁴¹.

Der UNHCR hat damit auch ohne die Befugnis zur verbindlichen Auslegung der GFK eine starke Position inne¹⁴². Trotz dieser Feststellung liegt es im Verantwortungsbereich der Vertragsstaaten selbst, den Flüchtlingen die in der Genfer Konvention für sie garantierten Rechte zu verschaffen. In dieser Hinsicht bleibt die GFK noch hinter später eingerichteten Kontrollorganen, insbesondere solchen aus menschenrechtlichen Verträgen, zurück¹⁴³. Der UNHCR ist insgesamt mehr ein unterstützendes als ein kontrollierendes Organ.

¹⁴¹ So auch *Kälin*, Supervising (Fn. 99), S. 625 mit Hinweis auf eine entsprechende Praxis in vielen Ländern. *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 84 f. sowie *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 85 gehen darüber hinaus und stellen eine Pflicht fest, den UNHCR bei beabsichtigter Abweichung von seinen Vorgaben zu konsultieren. M.E. fehlt für eine solche Pflicht eine dem Art. 267 AEUV ähnliche Norm. Kritisch zu bewerten ist die Auffassung des BVerfG. Danach scheint es den Gerichten und Behörden freizustehen, die Stellungnahmen des UNHCR überhaupt zu berücksichtigen. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 46 lautet insofern: „Es steht den nationalen Gerichten der Vertragsstaaten frei, zur Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention die einschlägigen Publikationen des Hochkommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge heranzuziehen. Wenngleich die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in den Vertragsstaaten als ein erstrebenswertes Ziel angesehen werden kann, zu dem das Hochkommissariat wesentlich beiträgt, führt dies nicht dazu, dass es auch eine verfassungsrechtlich verankerte Pflicht der nationalen Gerichte zur Anwendung der Richtlinien bei der Auslegung des materiellen Flüchtlingsrechts oder des Asylverfahrensrechts gibt“. Dies ist insofern widersprüchlich, als dass das BVerfG im gleichen Beschluss die Stellungnahmen des UNHCR als „beachtliche Rechtsauffassung“ bezeichnet (Rn. 45), weshalb *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 85 das BVerfG hier wohl auch auf einer Linie mit der eigenen Auffassung sehen. Sollte das BVerfG tatsächlich so zu verstehen sein, dass eine Berücksichtigung der Interpretation des UNHCR gänzlich im Ermessen der Gerichte liegt, so wäre das allerdings aus den dargelegten Gründen ein Verstoß gegen die Kooperationspflicht aus Art. 35 Abs. 1 GFK.

¹⁴² Ausdrucksstark insofern *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 86: „In diesem Zusammenhang lässt sich feststellen, [...] dass der Aussagekraft des UNHCR, basierend auf der Kooperationsklausel, eine der verbindlichen Auslegung der Konvention nahe kommende Natur beizumessen ist“.

¹⁴³ *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 117: „Konstruktionsschwäche der Genfer Flüchtlingskonvention“; *Zieck* (Fn. 102), Art. 35/Art. II Rn. 91.

d) Zusammenfassung

Die Genfer Flüchtlingskonvention hat sich seit ihrem Inkrafttreten nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs als zentrales Instrument des Flüchtlingsrechts etabliert. Sie unterscheidet sich von rein menschenrechtlichen Verträgen wie der EMRK dadurch, dass sie dem Flüchtling nicht primär Rechte gewährt, sondern seine Rechtsstellung (im Englischen: „status“) regeln will. Sie ist allerdings auch kein klassischer zwischenstaatlicher Vertrag, steht doch bei ihr der Mensch – genauer: der Flüchtling – im Vordergrund. Die wichtigste ihrer inhaltlichen Bestimmungen ist das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK. Vom grundsätzlichen¹⁴⁴ Verbot der Ausweisung und Zurückweisung in den Verfolgerstaat ist insbesondere die Abschiebung erfasst. Das Refoulementverbot hat heute auch den Rang von Völkergewohnheitsrecht und gilt damit auch in Staaten, die die GFK nicht ratifiziert haben. Flankiert wird die Bestimmung durch die Art. 31 und 32 GFK. Speziell der Art. 32 Abs. 1 GFK sei hier nochmals hervorgehoben, untersagt er doch für sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhaltende Flüchtlinge *jede* Form der Ausweisung, also auch solche in Drittstaaten. Unter dem Begriff der Ausweisung ist hier, anders als in Art. 33 GFK, bereits die Ausreisearrondung zu verstehen, und nicht erst ihr Vollzug. Ein Anspruch auf Asyl, das über den Refoulementschutz hinaus den Aufenthalt im Aufnahmestaat selbst garantiert, ist allerdings auch damit nicht verbunden, denn es liegt an den Vertragsstaaten zu bestimmen, wann ein Aufenthalt „rechtmäßig“ ist. Davon abgesehen gilt die Genfer Konvention allerdings generell auch für Asylbewerber; die Flüchtlingsanerkennung ist lediglich deklaratorisch.

Die Durchsetzung der Bestimmungen aus der GFK ist mit Schwierigkeiten verbunden, unter anderem gibt es kein so starkes Kontrollorgan wie in Individualbeschwerden ermöglichenden menschenrechtlichen Verträgen¹⁴⁵. Die Möglichkeiten der Anrufung des Internationalen Gerichtshofs über Art. 38 GFK ist mit einigen Unsicherheiten verbunden und hat sich bisher nicht als effektiv erwiesen. Stattdessen hängt viel von der Kooperationsbereitschaft der Vertragsstaaten ab. Diese sind zwar nach Art. 26 WVK und parallelem Gewohnheitsrecht dazu verpflichtet, die Genfer Konvention nach Treu und Glauben zu erfüllen, was insbesondere bedeutet, dass die Staaten ein durch die GFK nicht näher beschriebenes

¹⁴⁴ Ausnahmen in Art. 33 Abs. 2 GFK.

¹⁴⁵ Als Beispiel sei hier die Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nach Art. 34 EMRK genannt.

Asylverfahren implementieren sowie den Auslegungsvorgaben des UNHCR ein beträchtliches Gewicht beimessen müssen, sodass diese eine Orientierungsfunktion für Gerichte und Behörden entfalten. Bei Zuwiderhandlungen sind in der GFK allerdings keine Zwangsmittel vorgesehen

3. Weitergehender Schutz aus sonstigem Völkerrecht?

a) Universelles Völkerrecht

Wie aufgezeigt schützt die Genfer Konvention den Flüchtling grundsätzlich nur vor der Abschiebung in den Verfolgerstaat, eine Abschiebung in aufnahmebereite Drittstaaten bleibt möglich. Ein Mehr an Schutz besteht lediglich für sich rechtmäßig im Gebiet des betreffenden Staates aufhaltende Flüchtlinge (Art. 32 Abs. 1 GFK). Zu untersuchen ist daher, ob das sonstige universelle Völkerrecht Regelungen enthält, die auch die Abschiebung in Drittstaaten verbieten, ob dem sonstigen Völkerrecht also insbesondere ein Recht auf Asyl zu entnehmen ist.

Eine Pflicht zur Asylgewährung ergibt sich auf den ersten Blick aus Art. 14 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR), wonach jeder das Recht hat, „in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen“. Die AEMR wurde am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der UN mit der Resolution 217 A (III) beschlossen und statuiert den ersten Versuch der Etablierung universeller Menschenrechte¹⁴⁶. Aus ihrer Rechtsnatur als Resolution der Generalversammlung folgt allerdings bereits ihre Unverbindlichkeit im engeren Sinne¹⁴⁷. Darüber hinaus ist mit dem Art. 14 Abs. 1 AEMR ohnehin kein Anspruch des Flüchtlings auf Asyl verbunden: Das Recht, Asyl „zu suchen und zu genießen“ (im Englischen „to seek and enjoy“), drückt lediglich die Freiheit aus, sich auf die Flucht zu begeben und bei gewährtem Asyl keine Nachteile zu befürchten¹⁴⁸. Deutlich gemacht wird dies durch die Entstehungsgeschichte: Der Entwurf zum Art. 14 Abs. 1 AEMR sah zunächst das Recht vor, „to seek and *be granted* [Hervorhebung des Verf.] asylum from persecution“¹⁴⁹, was aber von den Staaten als zu großer Einschnitt in ihre Souveränität gesehen und daher durch „to enjoy“ ersetzt wurde. Eine *Pflicht*, Asyl zu gewähren, soll

¹⁴⁶ Näher zur Entstehung *B. Fassbender*, Menschenrechteerklärung, 2009, S. 1 ff.

¹⁴⁷ *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 19. Vgl. auch schon oben, § 2-B.-I-2.-c)-(ii).

¹⁴⁸ *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 19.

¹⁴⁹ *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 20; *Fassbender*, Menschenrechteerklärung (Fn. 146), S. 116.

mit Art. 14 Abs. 1 AEMR folglich nicht verbunden sein¹⁵⁰. Damit kann auch dahinstehen, ob die Rechte aus der AEMR inzwischen zu Völkergewohnheitsrecht erstarkt sind, denn auch daraus kann sich dann kein Asylanspruch ergeben.

Darüber hinaus scheiterte auch ein Versuch zur Verabschiedung einer über die GFK hinausgehenden, einen Anspruch auf Asyl enthaltenden, Konvention 1977 am Souveränitätsanspruch der Staaten¹⁵¹.

Aufgrund dieser ablehnenden Haltung einer Vielzahl von Staaten muss auch die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht zur Asylgewährung verneint werden. Einen Anspruch des Flüchtlings auf Asyl enthält das geltende universelle Völkerrecht folglich nicht¹⁵². Es bleibt somit in dieser Hinsicht beim Schutzniveau der GFK und den diesbezüglich getroffenen Feststellungen.

b) Regionale Menschenrechtsabkommen, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention

Die AEMR entfaltet Vorbildcharakter für einige regionale Menschenrechtsabkommen. In Europa ist von ihr die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK¹⁵³) inspiriert, die schon kurze Zeit nach der AEMR, am 4. November 1950, durch den Europarat verabschiedet wurde und sich in ihrer Präambel direkt auf die AEMR beruft¹⁵⁴.

Anders als vergleichbare – deutlich später in Kraft getretene – Dokumente aus Afrika und Amerika erwähnt die für das deutsche Recht maßgebliche EMRK ein Asylrecht nicht¹⁵⁵. Ausländerrechtliche Wirkung entfalten gleichwohl Art. 2, 3,

¹⁵⁰ *Randelzhofer*, Grundlagen (Fn. 70), S. 21; *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 19; *Fassbender*, Menschenrechteerklärung (Fn. 146), S. 116; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 27.

¹⁵¹ Nachweise bei *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 21; *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 18.

¹⁵² Ganz h.M., vgl. nur *Kälin*, non-refoulement (Fn. 10), S. 7; *Grahl-Madsen*, Asylum (Fn. 7), S. 286; *Maaßen*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 24; *Klos*, Verhältnis (Fn. 77), S. 203; *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 11 ff.; *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 18; *N. Bernsdorff*, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 18 Rn. 4; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 23.

¹⁵³ BGBl. 1952 II S. 685.

¹⁵⁴ Wortlaut: „in Anbetracht der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündet worden ist“.

¹⁵⁵ Art. 2 Abs. 1 der Convention de l'UA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique vom 10.9.1969 enthält eine Empfehlung, Flüchtlingen Asyl zu gewähren, während Art. 22 Abs. 7 der American Convention on Human Rights vom 22.11.1969 sogar eine diesbezügliche Pflicht kennt („Every person has the right to seek

6 und 8 EMRK, Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 sowie Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7. Einer inhaltlichen Überprüfung genannter Normen im Hinblick auf ihren Schutzgehalt für Verfolgte ist voranzustellen, dass die Normen der EMRK sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – dessen Urteile nach Art. 46 Abs. 1 EMRK verbindlich sind – sich insgesamt immer stärker zu einem Motor der Fortbildung der Menschenrechte im Allgemeinen und des Asylrechts im Besonderen in Europa entwickeln¹⁵⁶.

Die wohl größte Einflussnahme ist diesbezüglich Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) zuzusprechen, wonach niemand „der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden“ darf¹⁵⁷. Davon ist zunächst der Fall erfasst, dass die aufenthaltsbeendende Maßnahme selbst einen unmenschlichen Charakter annimmt und so gegen Art. 3 EMRK verstößt. Verboten ist eine Abschiebung oder Auslieferung aber auch dann, wenn dem betroffenen Ausländer im *Zielstaat* entsprechende Menschenrechtsverletzungen drohen. Auch in diesem Fall verstößt die aufenthaltsbeendende Maßnahme selbst – und nicht etwa nur das Verhalten des Zielstaates – gegen das Verbot der Folter, wie es in Art. 3 EMRK niedergelegt ist, d.h. der abschiebende (bzw. ausliefernde Staat) wird für ein Verhalten verantwortlich gehalten, das sich außerhalb seines Hoheitsgebiets zu trägt¹⁵⁸. Diesen Grundsatz hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte maßgeblich im Fall *Soering/Vereinigtes Königreich*¹⁵⁹ entwickelt, in dem es um die Auslieferung eines Deutschen in die USA ging, wo ihm die Todesstrafe und

and be granted [Hervorhebung des Verf.] asylum in a foreign country“), wenn auch nur „in accordance with the legislation of the state“.

¹⁵⁶ Vgl. *M. Wollenschläger*, Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung, in: Heselhaus/Nowak (Fn. 17), § 17 Rn. 6; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 28. Vgl. auch *A. Nußberger*, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, in: NVwZ 2016, S. 815 (820): „Der *Gerichtshof* ist innerhalb von wenig mehr als zwei Jahrzehnten wenn nicht zum obersten Asylgericht, so doch zum höchsten europäischen Gericht in Flüchtlingsfragen geworden, ohne Asyl im eigentlichen Sinn gewähren zu können“.

¹⁵⁷ *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 20, der auf die Notstandsfestigkeit gem. Art. 15 Abs. 2 EMRK verweist. Ähnliche Bestimmungen finden sich in Art. 7 S. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR, BGBl. 1973 II S. 1553) sowie in Art. 3 der UN-Antifolterkonvention (United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CAT], BGBl. 1990 II S. 247), der ein ausdrückliches Refoulementverbot enthält. Ausführlicher zu beiden Bestimmungen *P. Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 5) S. 52 ff.

¹⁵⁸ *Wollenschläger* (Fn. 156), § 17 Rn. 10, spricht insofern von einer „Fernwirkung“.

¹⁵⁹ EGMR Nr. 14038/88 v. 7.7.1989, Rn. 80 ff. – *Soering/UK*.

die vorherige „death row“¹⁶⁰ drohten¹⁶¹. Seitdem hat der Gerichtshof die Tragweite dieses Grundsatzes, der auch das Verbot der Abschiebung umfasst, stetig weiter ausgeformt¹⁶². Wiederholt hat er dabei den absoluten Charakter des aus Art. 3 EMRK folgenden Verbotes betont, das – auch unter Anerkennung der mit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus einhergehenden Schwierigkeiten – keiner Abwägung zugänglich ist¹⁶³. Besondere Erwähnung verdient außerdem die Feststellung, dass aufgrund des absoluten Charakters auch die Abschiebung in einen anderen Konventionsstaat, etwa im Rahmen des gemeinsamen europäischen Asylsystems¹⁶⁴, gegen Art. 3 EMRK verstoßen kann¹⁶⁵. Andererseits ist zu beachten, dass mittels einer diplomatischen Zusicherung des Zielstaates die Gefahr der Folter, der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe aus dem Weg geräumt werden kann, sodass auch das Abschiebungsverbot aus Art. 3 EMRK nicht greift¹⁶⁶.

¹⁶⁰ „Death row“ oder „Todeszellensyndrom“ beschreibt die mehrjährige Haftdauer in einer Todeszelle in Erwartung der Vollstreckung der Todesstrafe.

¹⁶¹ Zur (teilweise ablehnenden) Rezeption durch die Literatur *Wennholz*, *Ausnahmen* (Fn. 5), S. 58 ff.

¹⁶² Art. 3 EMRK gilt auch bei Abschiebung und Ausweisung: EGMR Nr. 15576/98 v. 20.3.1991, Rn. 69 f. – *Cruz Varas u.a./Schweden*; bestätigt in Nr. 13163/87 u.a. v. 30.10.1991, Rn. 103 – *Vilvarajah u.a./UK* sowie zuletzt in Nr. 27765/09 v. 23.2.2012, Rn. 146 ff. – *Hirsi Jamaa u.a./Italien*. Der Abschiebungsschutz gilt absolut und ist damit keiner Abwägung zugänglich, auch nicht bei einer Gefahr für den abschiebenden Staat durch Terrorismus: Nr. 22414/93 v. 15.11.1996, Rn. 79 ff. – *Chahal/UK*; bestätigt in Nr. 37201/06 v. 28.2.2008, Rn. 137 ff. – *Saadi/Italien* sowie in Nr. 50163/08 v. 13.7.2010, Rn. 40 – *Trabelsi/Italien*. Die Gefahr einer Menschenrechtsverletzung i.S.d. Art. 3 EMRK muss nicht von staatlichen Stellen ausgehen: Nr. 24573/94 v. 29.4.1997, Rn. 40 – *H.L.R./Frankreich* sowie Nr. 30240/96 v. 2.5.1997, Rn. 49 – *D./UK*. Näher zum Refoulementverbot aus Art. 3 EMRK u.a. *Wouters*, *Standards* (Fn. 25), S. 221 ff. und *Marx*, *Handbuch* (Fn. 33), §§ 41, 53. Aus jüngerer Zeit EGMR Nr. 40081/14, 40088/14, 40127/14 v. 15.10.2015 – *L.M. u.a./Russland*: Verbot der Abschiebung nach Syrien.

¹⁶³ EGMR Nr. 22414/93 v. 15.11.1996, Rn. 79 ff. – *Chahal/UK*; bestätigt in Nr. 37201/06 v. 28.2.2008, Rn. 137 ff. – *Saadi/Italien* sowie in Nr. 50163/08 v. 13.7.2010, Rn. 40 – *Trabelsi/Italien*.

¹⁶⁴ Vgl. Art 78 Abs. 2 AEUV; dazu noch näher unten, § 2-B.-II.-1.

¹⁶⁵ EGMR Nr. 30696/09 v. 21.1.2011, Rn. 360 ff. – *M.S.S./Belgien und Griechenland*; zum Inhalt und den Folgen des Urteils ausführlich *A. v. Arnould*, *Konventionsrechtliche Grenzen der EU-Asylpolitik – Neujustierungen durch das Urteil des EGMR im Fall M.S.S. ./Belgien und Griechenland* –, in: *EuGRZ* 2011, S. 238-242. Ähnlich auch EuGH, U. v. 21.12.2011, verbundene Rs. C-411/10 und C-493/10 sowie BVerwG, B. v. 19.3.2014 – 10 B 6/14 – Rn. 5 ff. Aus jüngerer Zeit zur Abschiebung nach Bulgarien auch BVerfG, *Stattgebender Kammerbeschl.* v. 21.4.2016 – 2 BvR 273/16.

¹⁶⁶ Vgl. BVerwG, *Beschl.* v. 21.3.2017 – 1 VR 1/17 – Rn. 43; *Beschl.* v. 31.5.2017 – 1 VR 4/17 – Rn. 48 m.w.N.

Der Schutz durch das Refoulementverbot aus Art. 3 EMRK ist zwar im Vergleich zu Art. 32, 33 GFK insofern weiter, als dass Art. 3 EMRK absolut gilt und damit keinen Ausnahmen zugänglich ist¹⁶⁷. Es bietet indes ebenfalls lediglich Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und enthält kein Recht auf Aufenthalt. Gleiches gilt für Abschiebungsverbote, die sich aus Art. 2¹⁶⁸ und 8¹⁶⁹ EMRK ergeben können. Aus den genannten Bestimmungen kann sich zwar ein faktisches Bleiberecht ergeben; ein Asylrecht in dem Sinne, dass der Staat dem Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung gewähren muss, ist damit jedoch nicht verbunden¹⁷⁰.

Was Art. 4 ZP 4 (Verbot der Kollektivausweisung ausländischer Personen) sowie den sich an Art. 32 GFK orientierenden Art. 1 ZP 7 (verfahrensrechtliche Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von Ausländern) angeht, so sind auch diese Vorschriften lediglich auf die Aufenthaltsbeendigung bezogen¹⁷¹.

Insgesamt ist damit festzustellen, dass die EMRK keinen Anspruch auf Asyl beinhaltet. Im Gegenteil hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wiederholt betont, dass die Aufnahme von Ausländern grundsätzlich im freien Ermessen der Vertragsstaaten liegt¹⁷².

¹⁶⁷ Ausdrücklich EGMR Nr. 22414/93 v. 15.11.1996, Rn. 80 – *Chahal/UK*.

¹⁶⁸ Die in Art. 2 Abs. 1 EMRK vorgesehene Möglichkeit der Tötung eines Menschen durch Vollstreckung einer Todesstrafe ist in Art. 1 ZP 13 abgeschafft worden, dazu auch EGMR Nr. 61498/08 v. 2.3.2010, Rn. 120 – *Al-Saadoon und Mufdhi/UK*. Dass Art. 2 aufenthaltsbeendende Maßnahmen verbieten kann, stellt der EGMR u.a. in Nr. 41015/04 v. 19.11.2009, Rn. 99 – *Kaboulov/Ukraine* fest. Dabei fällt der Vollzug der Todesstrafe unter Art. 2 EMRK, die Vollhängung der Todesstrafe unter Art. 3 EMRK, vgl. EGMR Nr. 46221/99 v. 12.5.2005, Rn. 166 ff. – *Öcalan/Türkei*; vgl. auch *J. Mayer-Ladewig/B. Huber*, in: *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. v. Raumer* (Hrsg.), *EMRK Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 20 sowie *Marx*, *Handbuch* (Fn. 33), § 40 Rn. 14 ff.

¹⁶⁹ Dazu u.a. EGMR Nr. 12313/86 v. 18.2.1991, Rn. 35 ff. – *Moustaquin/Belgien*. Art. 8 EMRK ist jedoch, anders als Art. 3 EMRK, der Abwägung zugänglich, Kriterien in EGMR Nr. 54273/00 v. 2.8.2001, Rn. 48 – *Boultif/Schweiz*.

¹⁷⁰ EGMR Nr. 10154/04 v. 15.9.2005 – *Bonger/Niederlande*: „neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a residence permit“. Vgl. auch *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 15; *Wouters*, *Standards* (Fn. 25), S. 325; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 28 („funktionale [Teil-]Äquivalente zum Asylrecht“); *J. Pätzold*, in: *U. Karpenstein/F. C. Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, 2. Aufl. 2015, Art. 8 Rn. 73. In EGMR Nr. 13442/08 v. 12.1.2016, Rn. 53 – *A.G.R./Niederlande* betont der Gerichtshof außerdem, dass es nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fällt, die Einhaltung der GFK zu überprüfen.

¹⁷¹ Vgl. *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 21.

¹⁷² EGMR Nr. 13163/87 u.a. v. 30.10.1991, Rn. 102 – *Vilvarajah u.a./UK*; Nr. 22414/93 v. 15.11.1996, Rn. 73 – *Chahal/UK*; Nr. 15620/09 v. 22.1.2013, Rn. 25 – *Shala/Deutschland*. Dazu auch *A. Nußberger*, *Flüchtlingsschicksale* (Fn. 156), S. 815 f.

4. Zusammenfassung

Die Untersuchung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Verfolgtenchutz hat ergeben, dass die Staaten kraft ihrer Souveränität dazu befugt sind, Ausländer – und zwar auch solche, die verfolgt werden – in ihr Staatsgebiet aufzunehmen. Rechte des Heimatstaates werden dadurch nicht verletzt. Eine Pflicht zur Gewährung von Asyl – also zur Gewährung dauerhaften Aufenthalts – kennt das Völkerrecht gegenwärtig jedoch nicht. Lediglich die Beendigung eines Aufenthalts ist etlichen völkerrechtlichen Schranken unterworfen. So verbieten das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK sowie paralleles Völkergewohnheitsrecht als Kernstücke des Flüchtlingsschutzes nur die Abschiebung in den Verfolgerstaat, nicht aber die Abschiebung in Drittstaaten. Große Relevanz hat daneben der Art. 3 EMRK erlangt, der die Abschiebung bei der Gefahr drohender Folter sowie erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung oder Strafe verbietet. Ein weitergehender Schutz hängt von zusätzlichen Voraussetzungen, namentlich dem rechtmäßigen Aufenthalt, ab (vgl. Art. 32 Abs. 1 GFK). Dies zu bestimmen ist aber Sache der Vertragsstaaten.

II. Unionsrecht¹⁷³

Neben den Vorgaben des universellen Völkerrechts wird das nationale Asyl- und Flüchtlingsrecht innerhalb Europas heute entscheidend durch die im Rahmen der Europäischen Union getroffenen Entscheidungen geprägt¹⁷⁴. Unterscheiden lässt sich dabei grob zwischen primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben. Das Primärrecht der Europäischen Union umfasst insbesondere den Vertrag über die Europäische Union (EUV¹⁷⁵), den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union (AEUV¹⁷⁶) sowie die Anhänge und Protokolle der Verträge (Art. 51

¹⁷³ Als Unionsrecht wird das von der Europäischen Union (EU) erlassene Recht, also das Europarecht im engeren Sinne, bezeichnet; vgl. *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, § 9 Rn. 4. Das Unionsrecht wird aufgrund seiner Bedeutung und Eigenarten – insbesondere der Übertragung von Hoheitsrechten – als auch gegenüber dem Völkerrecht autonome Rechtsordnung verstanden, vgl. nur EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/E.N.E.L.*: „Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen“.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 94, 49 (85); *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 1 sowie *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 24.

¹⁷⁵ ABl. 2008 Nr. C 115 S. 13.

¹⁷⁶ ABl. 2008 Nr. C 115 S. 47.

EUV)¹⁷⁷. Als Sekundärrecht versteht man hingegen die von den Organen der Union erlassenen Rechtsakte¹⁷⁸. Sie stehen im Rang unter dem Primärrecht¹⁷⁹ und dürfen nur in den von den Verträgen gesetzten Grenzen erlassen werden; hier hat die EU insbesondere das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu beachten (Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 EUV, Art. 2 Abs. 6 AEUV). Die Handlungsformen des Sekundärrechts sind in Art. 288 Abs. 1 AEUV aufgezählt.

1. Primärrechtliche Vorgaben

Die Asylpolitik der EU ist heute Bestandteil des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 67 ff. AEUV). Ein cursorischer Überblick der Entwicklung unionaler Kompetenzen lässt die ständig wachsende Bereitschaft der Mitgliedsstaaten erkennen, jedenfalls formell Hoheitsbefugnisse an die Union abzutreten und dabei vermehrt die Belange der Schutzsuchenden zu berücksichtigen, wenngleich die Realität in den letzten Jahren gezeigt hat, dass es um den Umsetzungswillen oftmals nicht allzu gut bestellt ist¹⁸⁰. Von einem rechtlichen Standpunkt aus gewinnt das Unionsrecht in jedem Fall immer mehr an Bedeutung¹⁸¹. Wichtig für den im Mittelpunkt stehenden Verfolgtenschutz erscheint

¹⁷⁷ Näher *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 173), § 9 Rn. 19 ff.

¹⁷⁸ *S. Hobe*, Europarecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 381.

¹⁷⁹ *Hobe*, Europarecht, ebda., Rn. 383; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 173), § 10 Rn. 39.

¹⁸⁰ Der hohe Flüchtlingsandrang in den letzten Jahren offenbarte, dass die in Art. 67 Abs. 2 AEUV proklamierte Politik der „Solidarität“ größtenteils ein Programmsatz bleibt und viele Mitgliedsstaaten letztlich doch ihre nationalen Interessen in den Vordergrund stellen. Die Bewältigung der Flüchtlingskrisen bleibt damit an einigen wenigen Mitgliedsstaaten hängen, wie bereits ein Blick auf die Statistik zeigt (vgl. für das Jahr 2015 *BAMF*, Bundesamt in Zahlen 2015, S. 29). *H.-J. Papier*, Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, in: *NJW* 2016, S. 2391 (2393) weist allerdings auch zu Recht darauf hin, dass zuvor die Verantwortung für die Flüchtlingsaufnahme hauptsächlich bei den Mittelmeerstaaten Griechenland und Italien lag und mangels ausreichender (finanzieller) Unterstützung von europäischer Solidarität „schon immer keine Rede“ sein konnte. *Nußberger*, Flüchtlingsschicksale (Fn. 156), S. 817 hält es für einen konzeptionellen Fehler im aktuellen Rechtsregime, dass die Pflicht zur Kooperation nicht konkret verrechtlicht worden ist. Zu den Ursachen der fehlenden Solidarität *P. Hilpold*, Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: *EuR* 51 (2016), S. 373 (390 ff.).

¹⁸¹ *D. Thym*, Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen, Gegenstand und Grenzen, in: *R. Hofmann/T. Lühr* (Hrsg.), *Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht*, 2008, S. 183 (183).

dabei der Art. 18 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta, GRCh¹⁸²).

a) Die Entwicklung der unionalen Kompetenzen zu einer einheitlichen Asylpolitik

Ihren Ausgangspunkt nimmt die Entwicklung der unionalen Kompetenzen im Asyl- und Flüchtlingsrecht mit der Öffnung des Binnenmarktes durch das Übereinkommen von Schengen¹⁸³ und dem damit verbundenen Abbau der Personenkontrollen bei Grenzüberschreitungen innerhalb der Vertragsstaaten¹⁸⁴. Aufgrund der damit verbundenen faktischen Freizügigkeit auch Drittstaatsangehöriger wird frühzeitig die „Gefahr“ eines Massenzulaufs¹⁸⁵ von Asylbewerbern in den Staat mit den großzügigsten Asylregelungen erkannt¹⁸⁶. Die Bereitschaft zur Übertragung von Kompetenzen im Bereich des als „urnational“ verstandenen Rechts zur Bestimmungen über die Einreise und Zulassung von Ausländern hält sich jedoch zunächst in Grenzen; die Asylpolitik ist eher Nebenfolge der Öffnung des Binnenmarktes denn eigener Interessenschwerpunkt¹⁸⁷.

Einen weitreichenden Fortschritt stellt erst der Vertrag von Amsterdam (unterzeichnet am 2. Oktober 1997) dar, mit dem die Asylpolitik durch die Überführung von der dritten in die „erste Säule“ in die Zuständigkeit der EU gestellt, d.h. vergemeinschaftet wird und nicht mehr Teil der intergouvernementalen Zusammenarbeit¹⁸⁸ ist. Durch den neu geschaffenen Titel IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen

¹⁸² ABl. 2007 Nr. C 303 S. 1.

¹⁸³ Übereinkommen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen.

¹⁸⁴ Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 75, 131 f.; Wittreck (Fn. 10), Art. 16a Rn. 32.

¹⁸⁵ Es geht v.a. um das Stellen mehrerer Asylanträge in verschiedenen Ländern (sog. Asylum-Shopping) sowie um die Weiterwanderung in einen anderen Mitgliedsstaat nach Abschluss eines Asylverfahrens („secondary movement“); vgl. Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 200 sowie D. Thym, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, Art. 78 AEUV (2015), Rn. 3.

¹⁸⁶ K. Hailbronner, Ziele und Schranken einer europäischen Asylrechtskoordinierung, in: NVwZ 1989, S. 303 (304): „Wanderkarussell“.

¹⁸⁷ Zur anfänglichen Entwicklung ausführlich M. Wollenschläger, Das Asyl- und Einwanderungsrecht der EU, in: EuGRZ 2001, S. 354 (355 f.); Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 131 ff. sowie O. Suhr, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 67 AEUV Rn. 5 ff.

¹⁸⁸ Dazu M. Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, ebda., Art. 78 AEUV Rn. 1. Kritisch Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 152 f.

Gemeinschaften (EG), „Visa, Asyl und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“, erhält die Europäische Gemeinschaft erstmals Befugnisse zur Rechtsetzung in diesem Gebiet, wenn auch lediglich konkurrierend mit den Mitgliedsstaaten¹⁸⁹. Art. 61 EG erklärt das Ziel des „Aufbau[s] eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ und verbindet damit den Auftrag zum Erlass von Maßnahmen im Bereich des Asylrechts nach den näheren Maßgaben des Art. 63 EG innerhalb von fünf Jahren. Zugleich werden eine Abkehr vom Binnenmarktkonzept und eine Hinwendung zum humanitären Charakter des Asylrechts sichtbar¹⁹⁰. Zwar offenbart auch der Vertrag von Amsterdam noch Begrenzungen der Vergemeinschaftung, insbesondere sind die asylrechtlichen Maßnahmen gem. Art. 63 Abs. 1 EG auf den Erlass von „Mindestnormen“ beschränkt¹⁹¹. Nach dem Abschluss der „ersten Phase“¹⁹² (vgl. Art. 61 lit. a, 63 Abs. 1 EG) eines gemeinsamen europäischen Asylsystems¹⁹³ durch die Verabschiedung der Richtlinie 2005/85/EG werden diese Begrenzung aber schrittweise abgeschafft (vgl. Art. 67 Abs. 2 EG¹⁹⁴) und die Entwicklung nimmt einen vorläufigen Höhepunkt mit dem Vertrag von Lissabon (unterzeichnet am 13. Dezember 2007).

Die maßgeblichen Bestimmungen für den Bereich der Asylpolitik enthält nunmehr Titel V des AEUV (Art. 67 ff.: „Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“). Dort werden die im Vertrag von Amsterdam enthaltenen Ansätze fortgeführt und intensiviert¹⁹⁵. Das Ziel eines gemeinsamen europäischen Asylsystems wird nun auch durch Art. 78 Abs. 2 AEUV proklamiert, wobei die der

¹⁸⁹ *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 7 zählt die Begründung dieser Gemeinschaftskompetenz zu den „herausragendsten Ergebnissen“, die durch den Amsterdamer Vertrag erzielt wurde, ähnlich *R. Marx*, Die Verdeutschung der EU-Richtlinien zum Aufenthalts- und Asylrecht, in: *InfAuslR* 2007, S. 413 (413 f.); siehe außerdem *K. Hailbronner/D. Thym*, in: dies. (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part A Rn. 2; *Suhr* (Fn. 187), Art. 67 AEUV Rn. 10 f.; *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 159.

¹⁹⁰ *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 162 ff.

¹⁹¹ Die Eignung eines solchen Konzepts der Mindestharmonisierung stellt *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 169 ff. in Frage, ist doch die Bereitschaft der Staaten, über den Gehalt der Mindestnormen hinauszugehen, aufgrund der befürchteten (negativen) wirtschaftlichen Folgen eines daraus resultierenden Zustroms an Asylbewerbern kaum vorhanden.

¹⁹² Vgl. Erwägungsgrund (7) der Richtlinie 2011/95/EU; dazu u.a. *Hailbronner*, *Ausländerrecht* (Fn. 17), Rn. 97 ff.

¹⁹³ Die Entscheidung dafür erfolgte auf der Sondertagung des Europäischen Rates in Tampere am 15. und 16.10.1999; vgl. Rn. 13 ff. der Schlussfolgerungen. Dazu näher *S. Progin-Theuerkauf*, in: H. v. der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 78 AEUV Rn. 9 ff.

¹⁹⁴ Vgl. *Rossi* (Fn. 188), Art. 78 AEUV Rn. 2.

¹⁹⁵ *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 181 ff.

EU dafür zustehenden (erweiterten¹⁹⁶) Kompetenzen sich nicht mehr auf Maßnahmen der Mindestharmonisierung beschränken. Beibehalten wird dagegen der Verweis auf die GFK¹⁹⁷: Ausweislich des Art. 78 Abs. 1 S. 2 AEUV muss die unionale Asylpolitik „mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen“. Die GFK als zentrales Dokument des Flüchtlingsschutzes, das von allen Mitgliedsstaaten der EU ratifiziert wurde, ist somit auch beim Erlass sekundärrechtlicher Akte durch die Union als maßgebliches Vorbild zu beachten¹⁹⁸. Die Bezugnahme auf die „anderen einschlägigen Verträge“ bezeugt eine Offenheit gegenüber künftigen völkerrechtlichen Entwicklungen¹⁹⁹.

Durch den Vertrag von Lissabon löst sich die Asylpolitik außerdem vollends vom Ziel des gemeinsamen Binnenmarktes und wird – wie schon Art. 67 Abs. 1, 2 AEUV verdeutlichen – als Grundrechtspolitik verstanden²⁰⁰.

b) Schutzgehalt des „Asylrechts“ nach Art. 18 GRCh

Den Weg zu einer Rechtsordnung, die vermehrt auf die (Grund-)Rechte der Flüchtlinge eingeht, bezeugen auch die durch Art. 6 Abs. 1 EUV ausdrücklich in den Rang von Primärrecht gehobenen Art. 18, 19 GRCh²⁰¹. Während Art. 19 Abs. 2 GRCh die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den sich aus der EMRK ergebenden Refoulement-Verboten nachzeichnet²⁰², wird nach Art. 18 GRCh „[d]as Recht auf Asyl nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie nach Maßgabe des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [...] gewährleistet“. An

¹⁹⁶ *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 83 f.; *Rossi* (Fn. 188), Art. 78 AEUV Rn. 12: „Insgesamt fällt damit das gesamte Asylrecht einschließlich des Asylverfahrensrechts in die Kompetenz der Union“.

¹⁹⁷ Zuvor in Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 EG.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, U. v. 21.12.2011, Rs. C-411/10, Rn. 75; *Rossi* (Fn. 188), Art. 78 AEUV Rn. 2, 11; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 2 Rn. 5; näher zum Verhältnis der EU zur GFK *Thym* (Fn. 185), Art. 78 AEUV Rn. 6 ff. Die gesteigerte Bedeutung des EuGH zur Auslegung der GFK hebt auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 143), S. 118 f. hervor.

¹⁹⁹ *Rossi* (Fn. 188), Art. 78 AEUV Rn. 8.

²⁰⁰ *Suhr* (Fn. 187), Art. 67 AEUV Rn 50.

²⁰¹ *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 185.

²⁰² *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 1; *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 19 Rn. 1. Zur Rechtsprechung des EGMR s.o., § 2-B.-I.-3.-b).

dieses Asylrecht sind die Mitgliedsstaaten sowie die Organe der EU zwar nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“ gebunden (Art. 51 Abs. 1 GRCh). Da das nationale Flüchtlingsrecht inzwischen allerdings zum größten Teil durch sekundärrechtliche Unionsakte bestimmt wird²⁰³, spielt diese Einschränkung in der praktischen Rechtsgestaltung kaum eine Rolle²⁰⁴.

Der Schutzgehalt des Art. 18 GRCh indes wird bislang in wesentlichen Punkten uneinheitlich beurteilt. Der Grund dafür liegt hauptsächlich in der Tatsache, dass die Vorschrift ihren Inhalt nicht selbst bestimmt, sondern dafür eben auf GFK, EUV und AEUV verweist²⁰⁵. Insbesondere ist auf den ersten Blick unklar, ob sich aus Art. 18 GRCh ein subjektiver Anspruch auf ein Asyl im oben beschriebenen Sinne²⁰⁶ ergibt, ob damit also ein über das Refoulement-Verbot hinausgehendes Aufenthaltsrecht verbunden ist²⁰⁷. Der Wortlaut, der ein „Recht *auf* Asyl“ garantiert, sowie die Stellung des Artikels im Abschnitt „Freiheiten“ sprechen für die Beinhaltung eines subjektiven Anspruchs²⁰⁸. Damit ist aber noch nichts über den Inhalt eines solchen Anspruchs gesagt. Der Verweis der Gewährleistung des Asylrechts nach Maßgabe von GFK, EUV und AEUV, die ein Asylrecht gerade nicht enthalten, verdeutlicht die diesbezügliche Zurückhaltung der Staaten²⁰⁹. Auch die Erläuterungen des Grundrechtekonvents zu Art. 18 GRCh stellen klar, dass mit dem Verweis auf „die Verträge“ der Art. 78 AEUV gemeint ist, der ebenfalls „nur“ zur Einhaltung der GFK verpflichtet²¹⁰. Damit ist klar, dass die Mitgliedsstaaten ein über die GFK hinausgehendes Recht auf Asyl nicht zum Bestandteil des Primärrechts machen wollten, sondern im Gegenteil – auch

²⁰³ Dazu sogleich.

²⁰⁴ Vgl. *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 33.

²⁰⁵ *C. Calliess/M. Rossi*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV (Fn. 187), Art. 18 GRCh Rn. 1.

²⁰⁶ § 2-B.-I.-2.-b)-dd)-(i).

²⁰⁷ Ob Art. 18 GRCh über Art. 3 EMRK hinausgeht, hat der EuGH offengelassen: EuGH, U. v. 21.12.2011, Rs. C-411/10 und C-493/10, Rn. 109 ff.

²⁰⁸ *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 188; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 33. Dem entgegen steht allerdings die Entstehungsgeschichte der Norm: Wurde im Grundrechtekonvent zunächst ein klar als Anspruch formuliertes Asylrecht vorgeschlagen, ist diese Formulierung später wieder abgeschwächt worden. Nachweise bei *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 5; auf diesen Aspekt verweisen auch *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 35 sowie *Jochum* (Fn. 81), Art. 18 Rn. 23.

²⁰⁹ Darüber etwaig hinausgehendes Sekundärrecht kann zur Interpretation des Art. 18 GRCh nicht herangezogen werden, da dadurch das Verhältnis von Primär- zu Sekundärrecht unterlaufen würde; vgl. *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 186 sowie *Jarass* (Fn. 202), Einleitung Rn. 54.

²¹⁰ *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 10.

mangels gemeinsamer Verfassungstradition²¹¹ – ganz im Sinne der GFK die Staaten als Träger des Asylrechts sehen²¹². Der (unglücklich gewählte) Begriff des „Asyls“ verdeutlicht damit eher die Bezugnahme auf Konventionsflüchtlinge – in Abgrenzung zum menschenrechtlichen Refoulementschutz aus Art. 19 Abs. 2 GRCh²¹³.

Funktionslos ist der Art. 18 GRCh mit dieser Feststellung allerdings nicht. Denn wenn er ein Asylrecht nach Maßgabe der Genfer Konvention gewährleistet, so inkludiert er damit den gesamten Inhalt dieses Abkommens in das unionale Primärrecht²¹⁴. Dies ist eine Klarstellung gegenüber dem in dieser Hinsicht noch nicht einheitlich beurteilten Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 EGV, der dem Wortlaut nach lediglich den Rat beim Erlass von Asylmaßnahmen zur Einhaltung der GFK verpflichtete²¹⁵. Art. 51 Abs. 1 GRCh weitet den Anwendungsbereich demgegenüber deutlich aus und bezieht insbesondere auch die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten mit ein²¹⁶. Dies dürfte sich nunmehr zwar bereits aus dem im Wortlaut geänderten Art. 78 Abs. 1 S. 2 AEUV ergeben²¹⁷. Art. 18 GRCh vermittelt dem Flüchtling aber zusätzlich gegen die Rechtsakte der Union (bzw. der Mitgliedsstaaten bei deren Umsetzung) einen subjektiven Anspruch auf die Einhaltung der

²¹¹ *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 31; *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 186.

²¹² So die wohl h.M., u.a. *Jochum* (Fn. 81), Art. 18 Rn. 23; *Calliess/Rossi* (Fn. 205), Art. 18 GRCh Rn. 3; *Jarass* (Fn. 202), Art. 18 Rn. 2, 12 („Asylrecht im engeren Sinne“); *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 10 f.; a.A. wohl *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, § 21 S. 835. Unschlüssig *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 186 ff., wobei dessen Argument, dass die GFK gem. Art. 5 einem Asylgrundrecht nicht entgegenstehen würde, aus eben dem Grund abgelehnt werden muss, dass der Art. 18 GRCh über die GFK gerade nicht hinausgehen soll. *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 35 sieht bestenfalls Ansätze für ein „im Werden“ befindliches Asylgrundrecht.

²¹³ So *Rossi* (Fn. 188), Art. 78 AEUV Rn. 6; ähnlich *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 50: „[D]en in der Bezeichnung zwischen ‚Asylrecht‘ und ‚Flüchtlingsstatus‘ changierenden vollen Schutz“.

²¹⁴ Ganz h.M., u.a. *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 133 f.; *Calliess/Rossi* (Fn. 205), Art. 18 GRCh Rn. 2; *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 83; *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 10.

²¹⁵ Gegen die Auslegung, dass damit die GFK in den Rang von Primärrecht gehoben wird, *Wollenschläger* (Fn. 17), § 16 Rn. 32; *Jochum* (Fn. 81), Art. 18 Rn. 6; *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 10. Ebenso *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 134, wobei auf S. 129 noch vertreten wird, bereits Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 EGV habe den „Aufstieg“ der GFK in den Rang des Primärrechts bewirkt.

²¹⁶ *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 134 f.

²¹⁷ Danach muss die Politik der gesamten Union (vgl. Abs. 1 S. 1) mit der GFK übereinstimmen. Wie hier *Mananashvili*, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 135 ff und wohl auch *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 83. A.A. nach wie vor *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 10.

Flüchtlingskonvention²¹⁸. Darin besteht der Fortschritt des Asylrechts der Grundrechtecharta.

2. Die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Asylsystems durch Maßnahmen des sekundären Unionsrechts

a) Überblick

Zur Umsetzung des proklamierten gemeinsamen europäischen Asylsystems (Art. 78 Abs. 2 AEUV) hat die Union inzwischen eine Vielzahl von Sekundärrechtsakten erlassen, die das nationale Flüchtlingsrecht in großen Teilen überlagern²¹⁹. Sie alle teilen das Ziel der Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Standards bei der Aufnahme Verfolgter, um so ein „Asylum-Shopping“ zwischen den Mitgliedsstaaten zu verhindern²²⁰. Nach dem Abschluss der „ersten Phase“, die sich durch das Konzept der Mindestharmonisierung auszeichnete, sind die entsprechenden Maßnahmen inzwischen sämtlich neu gefasst und sollen eine weitergehende Angleichung nationaler Vorschriften sowie die Etablierung eines allgemein höheren Schutzniveaus bezwecken²²¹. Derzeit arbeitet die Kommission unter dem Eindruck der Krise der letzten zwei Jahre an einer weiteren Reform des gemeinsamen europäischen Asylsystems, die zwecks weiterer Harmonisierung der nationalen Systeme das Ersetzen der Richtlinien durch Verordnungen sowie eine fairere Lastenteilung und die Stärkung europäischer Asylbehörden vorsieht²²².

²¹⁸ *Calliess/Rossi* (Fn. 205), Art. 18 GRCh Rn. 2; *Bernsdorff* (Fn. 152), Art. 18 Rn. 11; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 33; vgl. auch *Jarass* (Fn. 202), Art. 18 Rn. 2.

²¹⁹ Vgl. *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 36.

²²⁰ Erwägungsgrund (13) der Richtlinie 2011/95/EU; *Thym* (Fn. 185), Art. 78 AEUV Rn. 4.

²²¹ Grünbuch über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, KOM/2007/0301 endg.: „Die zweite Phase sollte darauf ausgerichtet sein, unionsweit höhere einheitliche Schutzstandards und ein gleiches Schutzniveau zu erreichen sowie ein hohes Maß an Solidarität zwischen den EU-Mitgliedstaaten sicherzustellen“; vgl. auch Erwägungsgrund (10) der Richtlinie 2011/95/EU sowie *Hailbronner/Thym* (Fn. 189), Part D I Rn. 3.

²²² Vgl. die Pressemitteilungen der Kommission vom 4.5.2016 (IP/16/1620, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_de.htm [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]) und vom 13.7.2016 (IP/16/2434, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_de.htm [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]) sowie die Mitteilung in ZAR 2016, S. 278. Eine Vollharmonisierung mit Stärkung der EU-Asylbehörde fordern auch *H. Dörig/C. Langenfeld*, Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa, in: NJW 2016, S. 1 (4).

De lege lata sind aus dem sekundären Unionsrecht insbesondere zu nennen die – im Jahr 2015 freilich faktisch zusammengebrochene²²³ – Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist („Dublin-III-VO“)²²⁴, die Richtlinie 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen („Aufnahmerichtlinie“)²²⁵, die Richtlinie 2013/32/EU zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes („Verfahrensrichtlinie“)²²⁶ sowie die Richtlinie 2011/95/EU über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes („Qualifikationsrichtlinie“, QRL)²²⁷. Die

²²³ Einen Zusammenbruch konstatieren auch *Dörig/Langefeld*, Vollharmonisierung, ebda., S. 3; *Nußberger*, Flüchtlingsschicksale (Fn. 156), S. 817 sowie *Papier*, Asyl (Fn. 180) S. 2393, der mit Recht den Vorwurf eines „historisch negativ bedeutsamen Politikversagens“ in den Raum stellt.

²²⁴ ABl. 2013 Nr. L 180, S. 31. Mit der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 wird die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 („Dublin-II-VO“) neu gefasst. Sie ist nach ihrem Art. 49 ab dem 1.1.2014 unmittelbar anzuwenden und beruht auf Art. 78 Abs. 2 lit. e AEUV. Der Vorschlag der Kommission vom 4.5.2016 für eine weitere Reform des Dublin-Systems sieht einen Verteilungsmechanismus vor, der eingreift, wenn das Asylbewerberaufkommen in einem Mitgliedsstaat 150% eines zuvor berechneten Referenzrahmens überschreitet. Ein Mitgliedsstaat kann entscheiden, an der Verteilung nicht teilzunehmen, muss dann aber 250.000€ pro Person an den Mitgliedsstaat zahlen, der an seiner Stelle einen ihm nach dem Fairnessmechanismus zugedachten Asylbewerber übernimmt (vgl. Kapitel VII des Vorschlags vom 4.5.2016, COM [2016] 270 final). Insgesamt kritisch wird der Vorschlag beurteilt von *R. Marx*, Reform des Dubliner Systems – Kritische Auseinandersetzung mit den Plänen der Europäischen Kommission, in: ZAR 2016, S. 366 ff.

²²⁵ ABl. 2013 Nr. L 180, S. 96. Mit der Richtlinie 2013/33/EU wird die Richtlinie 2003/9/EG neu gefasst. Sie ist gem. Art. 31 Abs. 1 bis zum 20.7.2015 in nationales Recht umzusetzen und beruht auf Art. 78 Abs. 2 lit. f AEUV. Die Kommission hat am 13.7.2016 einen Reformvorschlag für eine Neufassung der Richtlinie unterbreitet (COM [2016] 465 final).

²²⁶ ABl. 2013 Nr. L 180, S. 60. Mit der Richtlinie 2013/32/EU wird die Richtlinie 2005/85/EG neu gefasst. Sie ist gem. Art. 51 Abs. 1 in großen Teilen bis zum 20.7.2015 in nationales Recht umzusetzen und beruht auf Art. 78 Abs. 2 lit. d AEUV. Die Verfahrensrichtlinie soll nach dem Vorschlag der Kommission vom 13.7.2016 in Zukunft durch eine Verordnung ersetzt werden (COM [2016] 467 final).

²²⁷ ABl. 2011 Nr. L 337, S. 9. Mit der Richtlinie 2011/95/EU wird die Richtlinie 2004/83/EG neu gefasst. Sie ist gem. ihrem Art. 39 Abs. 1 bis zum 21.12.2013 in nationales Recht umzusetzen und beruht auf Art. 78 Abs. 2 lit. a und b AEUV. Die QRL soll nach dem Vorschlag der Kommission vom 13.7.2016 (COM [2016] 466 final) im nächsten Schritt zu einer Verordnung umgewandelt werden. Die Ziele bestehen unter anderem darin, die

Zersplitterung der unionalen Asylpolitik in derart viele verschiedene Sekundärrechtsakte erschwert die Übersichtlichkeit, im Speziellen für den Laien, und wird aus diesem Grund kritisiert²²⁸.

b) Die Qualifikationsrichtlinie

Für die Zwecke dieser Arbeit ist ein besonderes Augenmerk auf die Qualifikationsrichtlinie zu legen. Ihr Ziel ist es gem. Art. 1, „Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz [...] sowie für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes festzulegen“. Auffallend ist die Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs auf „Drittstaatsangehörige und Staatenlose“, Unionsbürger sind demnach von der QRL nicht erfasst²²⁹. Der „internationale Schutz“ umfasst derweil nach Art 2 lit. a QRL sowohl die Flüchtlingseigenschaft als auch den subsidiären Schutzstatus. Während die Flüchtlingseigenschaft die GFK nachzeichnen soll²³⁰ und dafür in den Art. 4-12 nähere Vorgaben für die Anerkennung einer Person als Flüchtling im Sinne des Art. 1 A Abs. 2 GFK macht, ist der einheitliche subsidiäre Schutzstatus, dessen Voraussetzungen sich aus den Art. 4-8 und 15-17 QRL ergeben, international ohne Vorbild²³¹. Er gilt entsprechend seinem Charakter als „subsidiär“ für Personen, die die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling nicht erfüllen, denen aber im Herkunftsland die Gefahr eines „ernst-

Anerkennungsquoten in den Mitgliedsstaaten anzugleichen, aber auch das Instrument des Widerrufs effektiver einzusetzen (vgl. S. 4 ff.). Die für die Zwecke der vorliegenden Arbeit relevanten Normen bleiben im Vorschlag jedoch weitestgehend unverändert. Wo sich Änderungen ergeben, wird in den Fußnoten darauf hingewiesen.

²²⁸ Wittreck (Fn. 10), Art. 16a Rn. 35 m.w.N.

²²⁹ Kritisch UNHCR, Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG, Genf 2005, S. 9 sowie T. Löhr, Die Qualifikationsrichtlinie: Rückschritt hinter internationale Standards?, in: Hofmann/ders., Einwanderungsrecht (Fn. 181), S. 47 (49 f.) m.w.N. Zur Flüchtlingsanerkennung von Unionsbürgern siehe unten, § 2-B.-II.-3.

²³⁰ Vgl. die Erwägungsgründe 4, 23 und 24 sowie Art. 9 Abs. 1 QRL; in diesem Sinne auch UNHCR, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG, ebda., S. 5; Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 226 sowie EuGH, U. v. 2.3.2010, verbundene Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08, Rn. 52 f.

²³¹ J. McAdam, The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime, in: International Journal of Refugee Law 2005, S. 461 (462); Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 228; Marx, Handbuch (Fn. 33), § 38 Rn. 2.

haften Schadens“ droht (Art. 2 lit. f QRL). Durch die Verankerung des subsidiären Schutzstatus werden die oben besprochenen²³² menschenrechtlichen Refoulement-Verbote kodifiziert und weiterentwickelt²³³. Mit der Neufassung der Richtlinie im Jahr 2011 wurde eine weitergehende Angleichung von Flüchtlings-eigenschaft und subsidiärem Schutzstatus angestrebt²³⁴.

Insgesamt ist die Qualifikationsrichtlinie aufgrund ihres Regelungsgegenstandes, die materiellen Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter sowie die sich daraus ergebenden Folgen in allen Mitgliedsstaaten zu vereinheitlichen, ein essentieller Baustein der unionalen Flüchtlingspolitik. Sie hat eine große Bedeutung für den nationalen Umgang mit Schutzsuchenden²³⁵. Neben den später zu behandelnden Ausschlussgründen nach Art. 12 Abs. 2, 3 sowie 14 Abs. 4, 5 QRL²³⁶ wird für den Verfolgtenchutz der Inhalt des internationalen Schutzes, wie er in Kapitel VII normiert ist, relevant. Die Richtlinie wiederholt zunächst die grundsätzliche Vorrangstellung der Genfer Konvention, erkennt die grundsätzliche Gleichrangigkeit von Flüchtlings- und subsidiärem Schutzstatus an (Art. 20 Abs. 1, 2 QRL)²³⁷ und weist auf die Verpflichtungen aus den bekannten völkerrechtlichen Refoulementverboten hin (Art. 21 Abs. 1 QRL)²³⁸, wobei die Verwendung des Begriffs der „Nichtzurückweisung“ die oben festgestellte²³⁹ Geltung des Art. 33 Abs. 1 GFK an den

²³² § 2-B.-I.-3.-b).

²³³ Vgl. Erwägungsgrund (34) QRL; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 38 Rn. 1 ff.

²³⁴ Vgl. Erwägungsgrund (39) QRL sowie BT-Drs. 17/13063, S. 16.

²³⁵ *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 1 Rn. 9: „Die Bedeutung der Qualifikationsrichtlinie als einer gemeinsamen Plattform für die Staatenpraxis einer so großen Staatengruppe wie sie die Union bildet, kann gar nicht unterschätzt werden“; *U. Berlitz*, Flüchtlingsrecht im Umbruch, in: NVwZ 2012, S. 193 (193): „Die Qualifikationsrichtlinie hat einen nachhaltigen Wandel der nationalen Flüchtlingsschutzrechtsprechung bewirkt“. Vgl. auch *I. Kraft*, Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausländer- und Asylrecht, in: ZAR 2009, S. 41 (42) sowie *K. Hailbronner*, Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, in: ZAR 2009, S. 369 (371).

²³⁶ Dazu unten, § 5-B.

²³⁷ In der Neufassung der Qualifikationsrichtlinie wird diese Gleichrangigkeit – entsprechend ihrem Ziel aus Erwägungsgrund (39) – sehr viel konsequenter durchgezogen als noch in der Richtlinie 2004/83/EG. Zur alten Rechtslage und der damaligen (stärkeren) Benachteiligung subsidiär Schutzberechtigter *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 49 Rn. 4.

²³⁸ Vgl. *M. ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU, 2006, S. 272.

²³⁹ § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(i)-(3).

Landesgrenzen bestätigt²⁴⁰. Art. 24 QRL hält daraufhin eine gewichtige Neuerung bereit: Nach Abs. 1 „stellen die Mitgliedsstaaten Personen, denen der Flüchtlingsstatus zuerkannt worden ist, einen Aufenthaltstitel aus, der mindestens drei Jahre gültig und verlängerbar sein muss, es sei denn, dass zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung entgegenstehen“²⁴¹. Die Qualifikationsrichtlinie geht damit über das bisher aus dem Völkerrecht bekannte relative Refoulementverbot hinaus und gewährt dem Flüchtling als bislang einziges internationales Dokument ein Aufenthaltsrecht im anerkennenden Staat²⁴². Der Schutzmechanismus läuft dabei zweistufig ab: Zunächst wird gem. Art. 13 QRL die Flüchtlingseigenschaft „zuerkannt“, was – ganz auf der Linie des UNHCR – als deklaratorischer Akt verstanden wird (Erwägungsgrund 21)²⁴³. Dem folgt die Ausstellung des Aufenthaltstitels nach Art. 24 Abs. 1 QRL.

Abschiebungen anerkannter Verfolgter sind nach dem Verständnis der Qualifikationsrichtlinie folglich – solange keine Ausschlussgründe vorliegen – überhaupt nicht möglich. Diese Schutzform nun als Asylrecht zu klassifizieren²⁴⁴, scheint zwar insofern fraglich, als nach dem gemeinsamen europäischen Asylsystem das Aufenthaltsrecht des Flüchtlings zusätzlich davon abhängt, dass der Asylantrag im nach der Dublin-III-VO zuständigen Mitgliedsstaat gestellt wurde – er also nicht in jedem um Schutzgewähr ersuchenden Staat vor Abschiebung sicher ist²⁴⁵. Auch ergibt sich aus der Qualifikationsrichtlinie noch kein Anspruch der Verfolgten auf Einreise in das EU-Staatsgebiet, und sie selbst spricht ebenfalls nicht von einem Asylrecht. Letztlich ist die genaue Begriffsbezeichnung

²⁴⁰ R. Marx (Hrsg.), Asylgesetz, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 5 f., der allerdings den zu engen – sich *nur* auf die Zurückweisung beziehenden – Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 QRL kritisiert.

²⁴¹ In dieser Hinsicht bleibt der Schutz für subsidiär Schutzberechtigte hinter dem der Konventionsflüchtlinge weiterhin zurück, muss doch die Dauer des Aufenthaltstitels für sie lediglich mindestens ein Jahr betragen, Art. 24 Abs. 2 QRL. Kritisch *UNHCR*, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG (Fn. 229), S. 35 sowie *McAdam*, Qualification Directive (Fn. 231), S. 498 f., 503.

²⁴² BVerwGE 143, 138 (145); *A. Klug*, Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?, in: German Yearbook of International Law 2004, 594 (622); *H. Battjes*, in: Hailbronner/Thym, EU (Fn. 189), Art. 24 QRL Rn. 3; deutlich *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 55 Rn. 2. Nach *UNHCR*, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG (Fn. 229), S. 34 ist eine solche sichere Rechtsstellung erforderlich, damit Flüchtlinge sich besser in den Aufnahmestaat integrieren können.

²⁴³ Dies begrüßt *UNHCR*, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG (Fn. 229), S. 4.

²⁴⁴ So wohl *J. Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 187: „supranationales Asylrecht“.

²⁴⁵ Ähnlich *ter Steeg*, Einwanderungskonzept (Fn. 238), S. 276; offenlassend *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 226.

aber auch zweitrangig. Angesichts der vorherrschenden Zurückhaltung in der Auflockerung staatlicher Souveränität kann es durchaus als „Wendepunkt“²⁴⁶ im modernen Flüchtlings- und Asylrecht gesehen werden, dass die Mitgliedsstaaten sich auf eine so weitgehende supranationale Regelung verständigen konnten.

3. Das auf Unionsbürger anwendbare Recht

Wenn das durch Sekundärrecht errichtete gemeinsame europäische Asylsystem lediglich Drittstaatsangehörige (und Staatenlose) in den Anwendungsbereich einbezieht, stellt sich die Frage nach dem auf Unionsbürger anwendbaren Recht. Zur Beantwortung ist maßstäblich das Protokoll über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union²⁴⁷ (Asyl-Protokoll) heranzuziehen. Nach S. 1 dessen einzigen Artikels erkennen sich die Mitgliedsstaaten der EU gegenseitig als sichere Herkunftsstaaten an²⁴⁸. Ein Asylantrag eines Unionsbürgers (Art. 20 Abs. 1 AEUV) darf dementsprechend nur „berücksichtigt oder zur Bearbeitung zugelassen“ werden, wenn eine der Ausnahmen des Satzes 2 vorliegt. Grund für diese Beschränkung ist zum einen die Annahme, dass in der Wertegemeinschaft der EU die Einhaltung der Menschenrechte garantiert ist (vgl. Erwägungsgründe 1-5), zum anderen die Unionsbürgerschaft, die ohnehin das Recht zur Freizügigkeit beinhaltet (Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a AEUV) und das Asylrecht bzw. die Anerkennung als Flüchtling damit ein Stück weit verzichtbar macht (vgl. Erwägungsgründe 6, 7)²⁴⁹.

Die restriktive Handhabe der Asylgewährung für Unionsbürger ist – wenn auch aus politischen und praktischen Gesichtspunkten verständlich – im Bezug auf die Vereinbarkeit mit der GFK nicht unproblematisch, kennt doch diese eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Angehörige nur bestimmter Staaten nicht. Entscheidend ist für sie der Einzelfall. Sollte das Asyl-

²⁴⁶ *ter Steeg*, Einwanderungskonzept (Fn. 238), S. 273.

²⁴⁷ ABl. 2012 Nr. C 326, S. 305; das Protokoll wurde durch den Amsterdamer Vertrag (1997) dem EGV beigelegt und hat gem. Art. 51 EUV den Rang von Primärrecht. Zur Genese des Protokolls *K. Hailbronner/C. Thiery*, Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, in: *EuR* 33 (1998), S. 583 (589 f.) sowie *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 282 f.

²⁴⁸ In Deutschland umgesetzt in § 29a Abs. 1, 2 AsylG.

²⁴⁹ *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 290, der auf S. 280 auch auf die politische Brisanz der Asylgewährung für Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaates hinweist.

Protokoll dementsprechend eine *unwiderlegbare* Vermutung der Unbeachtlichkeit unionsbürgerlicher Asylanträge enthalten, würde das gegen die GFK und damit gegen Völkerrecht verstoßen²⁵⁰. Die in S. 2 lit. a-c des einzigen Artikels enthaltenen Ausnahmen werden in der Realität wohl so selten (d.h. nie) eintreten, dass sie eine Flüchtlingsanerkennung tatsächlich gänzlich ausschließen dürften²⁵¹. Entscheidend ist somit, wie der Ausnahmegrund des S. 2 lit. d zu interpretieren ist. Danach ist es den Mitgliedsstaaten auch möglich, individuell („einseitig“) über die Annahme eines Asylantrags zur Prüfung zu entscheiden; an eine solche Entscheidung schließt sich lediglich die Pflicht zur Unterrichtung des Rates an, und in der inhaltlichen Prüfung haben die Behörden davon auszugehen, dass der Antrag offensichtlich unbegründet ist. Auch der Buchstabe d enthält somit zwar für Unionsbürger nachteilige Abweichungen vom „normalen“ Asylverfahren. Diese beziehen sich aber nur auf das „Wie“ der Antragsprüfung, das „Ob“ der Zulassung eines Antrags steht im freien Ermessen der Mitgliedsstaaten – insbesondere macht der Wortlaut deutlich, dass die Mitteilung an den Rat keine vorherige Bedingung ist²⁵². Da indes die GFK kein bestimmtes Verfahren vorschreibt, sondern lediglich die Möglichkeit der effektiven Geltendmachung der Flüchtlingseigenschaft fordert²⁵³, ist sie mit einer solchen Praxis konform, solange die Widerlegung der Vermutung der offensichtlichen Unbegründetheit möglich ist. Dass dies der Fall sein soll, belegt aber schon Erwägungsgrund 9 des Asyl-Protokolls. Das Asyl-Protokoll und die damit verbundenen Einschränkungen des Asylrechts für Unionsbürger sind dementsprechend im Ergebnis mit der Flüchtlingskonvention vereinbar²⁵⁴.

Wie oben erwähnt, wird aber ohnehin für Unionsbürger ein Asylverfahren in anderen Mitgliedsstaaten aufgrund der ihnen zustehenden Freizügigkeit mehr und mehr entbehrlich. Einzelheiten regelt hier die Richtlinie 2004/38/EG (sog.

²⁵⁰ A. Zimmermann, Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, in: NVwZ 1998, S. 450 (454); M. Funke-Kaiser, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum AsylG, § 29a Rn. 37 (2016); Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 284.

²⁵¹ So auch Hailbronner/Thiery, Amsterdam (Fn. 247), S. 591.

²⁵² Hailbronner/Thiery, Amsterdam (Fn. 247), S. 591; Wollenschläger, Asyl- und Einwanderungsrecht (Fn. 187), S. 359; Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 285 ff.; a.A. wohl Funke-Kaiser (Fn. 250), § 29a Rn. 36 (2016).

²⁵³ Die GFK enthält zwar kein bestimmtes, fordert aber *irgendein* Verfahren, dazu oben, § 2-B.-I.-2.-c)-aa).

²⁵⁴ Hailbronner/Thiery, Amsterdam (Fn. 247), S. 591 f.; Fröhlich, Asylrecht (Fn. 56), S. 286. Kritischer Zimmermann, Vertrag (Fn. 250), S. 593 f. sowie Mananashvili, Möglichkeiten (Fn. 23), S. 126 ff. Mit einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GFK befasst sich Zimmermann, Grundrecht (Fn. 37), S. 110 ff. und verneint ihn i.E.

Unionsbürgerrichtlinie, UBRL)²⁵⁵. Diese gestattet in Art. 6 Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten ohne weitere Bedingungen, ein weitergehender Aufenthalt ist dann insbesondere von der finanziellen Lage abhängig (Art. 7 UBRL). Bemerkenswert ist, dass auch in diesem Fall eine Abschiebung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung möglich bleibt (vgl. Art. 27 Abs. 1, 28 UBRL²⁵⁶).

Zusammenfassend ist es in der Theorie, wie aufgezeigt, zwar möglich, dass Unionsbürger als Flüchtlinge anerkannt werden. Aufgrund der praktischen Irrelevanz soll die Situation verfolgter Unionsbürger in dieser Arbeit aber nicht weiter bearbeitet werden. Ist von Verfolgten (bzw. Flüchtlingen, Asylberechtigten) die Rede, geht es im weiteren Verlauf demnach nur um Drittstaatsangehörige und Staatenlose²⁵⁷.

4. Zusammenfassung und Bewertung

Nach wie vor steht die Union angesichts immenser Asylbewerberzahlen vor großen Herausforderungen. Bei aller berechtigten Kritik²⁵⁸ an ihrer Bewältigung des

²⁵⁵ ABl. 2004 Nr. L 158, S. 77; in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU, FreizügG/EU), BGBl. 2004 I S. 1950.

²⁵⁶ §§ 6, 7 FreizügG/EU.

²⁵⁷ Sollten tatsächlich einmal Unionsbürger als Flüchtlinge anerkannt werden, so gestaltet sich ihre rechtliche Lage in Deutschland recht kompliziert, wohl auch, weil der Gesetzgeber sich mit diesem Problem nicht auseinandergesetzt hat. Das für Drittstaatsangehörige anwendbare AufenthG gilt für Unionsbürger grundsätzlich nicht (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG), wohl aber in dem Fall, in dem es günstigere Regeln enthält (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU), was bereits für die nicht an wirtschaftliche Kriterien geknüpfte Aufenthaltserlaubnis für Verfolgte nach § 25 Abs. 1, 2 AufenthG gelten dürfte (vgl. *K. Harms*, in: C. Storr u.a. [Hrsg.], Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 FreizügG/EU Rn. 6). Andererseits gelten für die Aufenthaltsbeendigung aus Sicherheitsgründen wiederum kategorisch das FreizügG/EU und hier insbesondere die §§ 6, 7 (*K. Hailbronner* [Hrsg.], Ausländerrecht, Kommentar, § 6 FreizügG/EU Rn. 1 [2013], § 7 FreizügG/EU Rn. 4 [2013]). Die Vollziehung der Ausreiseanordnung, also die Abschiebung, die im FreizügG/EU nicht geregelt ist, folgt dann wieder dem AufenthG (vgl. § 11 Abs. 2 FreizügG/EU). Ausführlicher zur Ausweisung von Unionsbürgern *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 143), S. 231 f.

²⁵⁸ Diese konzentriert sich v.a. auf die Abschottung der „Festung Europa“ und die damit verbundenen Bootsunglücke im Mittelmeer (vgl. „UNHCR mahnt zu einer europäischen Anstrengung im Mittelmeer“, in: ZAR 2015, S. 204) sowie aus deutscher Sicht in den letzten Jahren auf die, obwohl in Art. 80 AEUV angeordnete, oben angesprochene (Fn. 180) fehlende Solidarität bei der Verteilung der Flüchtlinge auf die einzelnen Mitgliedsstaaten und die bestehenden Umsetzungsdefizite, insbesondere hinsichtlich der Ein-

„Flüchtlingsproblems“²⁵⁹ kann man jedoch auch nicht verkennen, dass die Vergemeinschaftung jedenfalls in formeller Hinsicht weitgehende Fortschritte in diesem eigentlich als Ausdruck nationaler Souveränität verstandenen Bereich mit sich gebracht hat²⁶⁰. Insbesondere im Bereich des hier interessanten Abschiebungsschutzes hat sich einiges zum Guten entwickelt: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den menschenrechtlichen Refoulementverboten wurde mit der Einrichtung eines subsidiären Schutzstatus kodifiziert und, entscheidender für diese Arbeit, Menschen mit Anspruch auf internationalen Schutz muss ein Aufenthaltstitel ausgestellt werden²⁶¹. Damit genießen sie nicht nur den relativen Refoulementschutz des allgemeinen Völkerrechts, sondern können sich darüber hinaus – sobald die hohen Hürden der Einreise in die EU und der Stellung eines Asylantrags im zuständigen Mitgliedsstaat genommen sind – grundsätzlich ihres Aufenthalts sicher sein²⁶². Eine Abschiebung auch in Drittstaaten ist dann rechtswidrig. Während abzuwarten bleibt, wie der legislative Prozess voranschreiten wird, liegt es nun maßgeblich an Exekutive und Judikative – hier insbesondere am mit der Auslegung von Unionsrecht betrauten Europäischen Gerichtshof (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, Art. 267 AEUV)²⁶³ – die erzielten Fortschritte auch in die Praxis umsetzen, um das Ziel einer „offene[n] und sichere[n] Europäische Union, die uneingeschränkt zu ihren Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention und aus anderen einschlägigen Menschenrechts-Übereinkünften steht“²⁶⁴ zu verwirklichen.

haltung der Dublin-III VO (vgl. Fn. 223). Defizite in der unionalen Harmonisierung bezeugen auch die oben besprochenen, von verschiedenen Gerichten für unzulässig befundenen Abschiebungen in andere Mitgliedsstaaten (Fn. 165). Viele aktuelle Kritikpunkte werden zusammenfassend vorgestellt in *C. Fiala/J. Mantel*, Tagungsbericht: 14. Berliner Symposium zum Flüchtlingschutz, in: ZAR 2015, S. 22 (23 ff.)

²⁵⁹ Präambel der GFK.

²⁶⁰ *Marx*, Verdeutschung (Fn. 189), S. 413 f.

²⁶¹ Art. 24 QRL.

²⁶² Dies dürfte gleichzeitig die wichtigste Voraussetzung für ihre Integration in den Aufnahmestaat sein.

²⁶³ Vgl. *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 22 sowie *Thym*, Einwanderungspolitik (Fn. 181), S. 194, der von einer „zweite[n] Phase der Europäisierung durch die Rechtsprechung“ spricht.

²⁶⁴ Schlussfolgerungen vom Ratsgipfel in Tampere am 15. und 16.10.1999, Nr. 4.

C. Verfolgenschutz im deutschen Recht

Nachdem damit die maßgeblichen internationalen Vorgaben für den Verfolgenschutz untersucht und vorgestellt worden sind, wird sich im Folgenden mit den Bestimmungen des nationalen, d.h. deutschen, Rechts befasst.

I. Die Umsetzung internationalen Rechts in die deutsche Rechtsordnung

Dafür ist zunächst ein kursorischer Überblick darüber angebracht, wie internationale Vorgaben ins deutsche Recht zu übertragen sind und wie sich das jeweilige Rangverhältnis ausgestaltet.

1. Völkerrecht

Hinsichtlich der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen hat sich der deutsche Verfassungsgeber grundsätzlich für einen dualistischen Ansatz entschieden²⁶⁵, dem Völkerrecht wird danach erst mittels eines Umsetzungsaktes zu innerstaatlicher Geltung verholfen. Dieser Ansatz wird aber nicht konsequent durchgehalten²⁶⁶: Während völkerrechtliche Verträge innerhalb der deutschen Rechtsordnung erst durch ein Zustimmungsgesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG wirksam werden²⁶⁷, wird das universelle Völkergewohnheitsrecht, im

²⁶⁵ Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (318) – *Görgülü*: „Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG“. A.A. u.a. *M. Nettesheim*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG, Art. 59 (2009), Rn. 169, wonach das GG sich keiner der beiden Positionen (Monismus und Dualismus) verschrieben habe. Eine Festlegung kann mangels praktischer Relevanz letztlich aber auch unterbleiben, da die Ausgangspositionen sich ohnehin vielfach überschneiden.

²⁶⁶ Man spricht daher von einem „gemäßigten Dualismus“: v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 518.

²⁶⁷ Zur Definition der „Verträge, welche die politische Beziehung des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen“, siehe BVerfGE 1, 372.

Grundgesetz etwas unklar als „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ beschrieben²⁶⁸, bereits über die Norm des Art. 25 GG inkorporiert²⁶⁹. Die Genfer Konvention erlangt Geltung somit einerseits über das entsprechende Zustimmungsgesetz²⁷⁰, andererseits aber, was ihre völkergewohnheitsrechtlichen Inhalte betrifft – insbesondere also das in dieser Hinsicht inzwischen anerkannte Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK²⁷¹ – ebenso über Art. 25 GG²⁷².

Doch nicht nur die Form der Inkorporation ist uneinheitlich gelöst, auch die Rangfrage hängt von der Art der Völkerrechtsquelle ab. Völkervertragsrecht gilt durch das Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG im Rang eines Bundesgesetzes²⁷³. Anders hingegen das Völkergewohnheitsrecht, welches gem. Art. 25 S. 2 GG „den Gesetzen vorgeht“, woraus die h.M. einen Rang über den Bundesgesetzen, aber unter der Verfassung ableitet²⁷⁴. Dieser normative Rang des Völkerrechts ist allerdings nicht in Stein gemeißelt: Aus der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“²⁷⁵ folgt die Pflicht, deutsche Gesetze inklusive des Grundgesetzes (und damit unabhängig von ihrem „Rang“) möglichst im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen auszulegen²⁷⁶, denn es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die von ihm er-

²⁶⁸ Es besteht Einigkeit, dass von dieser Formulierung jedenfalls das universelle Völkergewohnheitsrecht umfasst ist, vgl. BVerfGE 15, 25 (34): „Regeln [...] sind dann allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG, wenn sie von der überwiegenden Mehrheit der Staaten – nicht notwendigerweise auch von der Bundesrepublik Deutschland – anerkannt werden“. Zur Frage, ob Art. 25 GG auch für regionales Völkergewohnheitsrecht gilt, siehe v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 514.

²⁶⁹ Vgl. BVerfGE 46, 342 (403 f.): „Davon ist, wie dargelegt, zu unterscheiden, daß die festgestellte allgemeine Regel des Völkerrechts kraft Art. 25 Satz 1 GG als solche mit ihrer jeweiligen völkerrechtlichen Tragweite Bestandteil des objektiven, im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland geltenden Rechts ist“. Dazu auch *F. Czerner*, Das völkerrechtliche Anschlusssystem der Art. 59 II 1, 25 und 24 I GG und deren Inkorporierungsfunktion zugunsten der innerstaatlichen EMRK-Geltung, in: *EuR* 42 (2007), S. 537 (544 ff.).

²⁷⁰ BGBl. 1953 II S. 559.

²⁷¹ S.o., § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(i)-(4).

²⁷² *Fischer-Lescano/Horst*, Pönalisierungsverbot (Fn. 9), S. 82.

²⁷³ BVerfGE 111, 307 (316 f.) – *Görgülü*; *M. Ruffert*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, in: *EuGRZ* 2007, S. 245 (246).

²⁷⁴ BVerfGE 6, 309 (363).

²⁷⁵ U.a. BVerfGE 6, 309 (362 f.); 31, 58 (75 f.).

²⁷⁶ Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (317 f.) – *Görgülü*; auch zu den Grenzen einer solchen Auslegung.

lassenen Regelungen im Einklang mit völkerrechtlichen Verpflichtungen ausgestalten will²⁷⁷. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn das maßgebliche Gesetz zeitlich erst nach der völkerrechtlichen Regel erlassen wurde²⁷⁸. Somit sind alle deutschen Normen, die zur Umsetzung von GFK, EMRK und sonstigen Völkerrechtsregeln geformt wurden, im Einklang mit diesen auszulegen.

Von der Geltungs- und Rangfrage abzugrenzen ist die unmittelbare Anwendbarkeit. Auch solche Normen des Völkerrechts, die (aufgrund des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG) schon Geltung und damit Verbindlichkeit innerhalb der deutschen Rechtsordnung entfalten, können von Gerichten, Behörden und natürlichen Personen nur unmittelbar angewandt werden, wenn sie „self-executing“ sind, d.h. nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sind, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten²⁷⁹. Andernfalls (wenn sie also non-self-executing sind), bedürfen sie einer weiteren Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber²⁸⁰. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Normen der GFK ist sowohl vom Bundesverwaltungs- als auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden²⁸¹.

2. Unionsrecht

Das Unionsrecht als „eigene Rechtsordnung“²⁸² folgt wiederum eigenen Regeln.

Die für die Entwicklung der gemeinsamen Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz (Art. 78 Abs. 1 S. 1 AEUV) hauptsächlich gewählte Rechtsform der Richtlinie gilt, anders als die Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV), in den Mitgliedsstaaten nicht unmittelbar, sondern ist nur hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich und überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel zu ihrer Umsetzung (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Eine unmittelbare innerstaatliche Geltung wird demnach

²⁷⁷ BVerfGE 74, 358 (370). Zum Ganzen auch v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 519 ff. sowie *Nettesheim* (Fn. 265), Art. 59 Rn. 187 (2009); die Schwachpunkte dieses Ansatzes hebt hervor *Ruffert*, EMRK (Fn. 273), S. 247 f.

²⁷⁸ BVerfGE 74, 358 (370).

²⁷⁹ Vgl. BVerfG, U. v. 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 35; *Nettesheim* (Fn. 265), Art. 59 Rn. 180.

²⁸⁰ v. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 6), Rn. 506.

²⁸¹ BVerwGE 88, 254 (257); BVerfG, U. v. 8.12.2014 – 2 BvR 450/11 – Rn. 35.

²⁸² EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/E.N.E.L.*; siehe auch *M. Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. 2016, § 5 Rn. 11.

grundsätzlich erst durch ein zweites, nationales Rechtssetzungsverfahren erreicht²⁸³. Dabei müssen die nationalen Bestimmungen die Richtlinie nicht wortlautgetreu nachbilden, solange die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet ist, insbesondere also die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von ihren Rechten zu erfahren²⁸⁴. Entsprechend dem Umsetzungserfordernis werden Richtlinien auch nicht von unionalen, sondern von nationalen Behörden vollzogen²⁸⁵.

Was das Rangverhältnis betrifft, so ist eine Kollision zwischen nationalen und unionalen Rechtsakten nach inzwischen gesicherter Erkenntnis zugunsten des Unionsrechts aufzulösen, das in diesem Fall Anwendungsvorrang (nicht aber Geltungsvorrang) genießt²⁸⁶. Der Höherrangigkeit des Unionsrechts sowie der Pflicht zur Unionstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgt auch die Pflicht zur möglichst richtlinienkonformen Auslegung des gesamten nationalen Rechts, und zwar unabhängig davon, ob es vor oder nach der Richtlinie erlassen wurde²⁸⁷. Die Vorrangigkeit ist dem Unionsrecht schon früh vom Europäischen Gerichtshof beschieden worden, was dieser maßgeblich mit der Übertragung von Hoheitsrechten durch die Mitgliedsstaaten sowie der Natur des Gemeinschaftsrechts begründet hat²⁸⁸. Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Linie, zunächst zögerlich²⁸⁹, gefolgt und misst Rechtsakte der Union grundsätzlich nicht (mehr) am nationalen Verfassungsrecht²⁹⁰.

²⁸³ *Herdegen*, Europarecht (Fn. 282), § 8 Rn. 41. Zu den Problemfeldern der unmittelbaren (vertikalen und horizontalen) Wirkung von Richtlinien *Hobe*, Europarecht (Fn. 178), Rn. 392 ff. sowie *O. Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, in: EuR 44 (2009), S. 219 ff.

²⁸⁴ EuGH, U. v. 9.9.1999, C-217/97, Rn. 32 f. – *Kommission/Deutschland*.

²⁸⁵ Ohnehin ist der unmittelbare Vollzug von Unionsrecht, d.h. der Vollzug durch Organe der EU, die absolute Ausnahme, vgl. *Hobe*, Europarecht (Fn. 178), Rn. 468.

²⁸⁶ *Hobe*, Europarecht (Fn. 178), Rn. 454, 463.

²⁸⁷ EuGH, U. v. 10.3.2011, C-109/09, Rn. 52 f. – *Deutsche Lufthansa*; näher *Herdegen*, Europarecht (Fn. 282), § 8 Rn. 46 ff.

²⁸⁸ EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/E.N.E.L*; zur Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs EuGH, U. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Rn. 17 f. – *Simmenthal*.

²⁸⁹ BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

²⁹⁰ Zuletzt BVerfGE 126, 286 (301 ff.) – *Honeywell*: „Das Recht der Europäischen Union kann sich nur wirksam entfalten, wenn es entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht verdrängt. [...] Im Anwendungsbereich des Unionsrechts [...] ist entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht grundsätzlich unanwendbar.“ Der Anwendungsvorrang besteht für das BVerfG aber nicht uneingeschränkt: „Das Bundesverfassungsgericht ist [...] berechtigt und verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen oder aufgrund von Kompetenzausübungen im nicht übertragbaren Bereich der Verfassungsidentität (Art. 79

II. Das Grundrecht auf Asyl aus Art. 16a GG

An prominentester Stelle befasst sich das deutsche Recht mit dem Verfolgten-schutz in Art. 16a GG. Nach dessen Absatz 1 genießen politisch Verfolgte Asylrecht. Auf die für die Abschiebung relevanten normativen Vorgaben sowie auf die Beziehung zum Flüchtlingsstatus nach der Genfer Konvention wird im Folgenden kurz eingegangen.

1. Genese und Hintergrund

Das Asylrecht war ursprünglich in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. garantiert. Ob es sich dabei um die Antwort der jungen Bundesrepublik auf die Verfolgungen und Verbrechen zu Zeiten des NS-Regimes handelt, wird nicht einheitlich beantwortet²⁹¹. Seine heutige Form in Art. 16a GG „verdankt“ das Grundrecht einem Parteienkompromiss aus dem Jahr 1993²⁹² und ist dem Versuch geschuldet, angesichts seit Jahren steigender Asylbewerberzahlen²⁹³ den Zustrom nach Deutschland zu verringern²⁹⁴ sowie den mit einem eigenen Asylrecht beschrittenen „deutschen

Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 20 GG) erfolgen (vgl. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 113, 273 <296>; 123, 267 <353 f.>), und gegebenenfalls die Unanwendbarkeit kompetenzüberschreitender Handlungen für die deutsche Rechtsordnung festzustellen.“ Der Anwendungsbereich einer solchen sog. ultra-vires-Kontrolle ist freilich stark eingeschränkt und erfordert zum einen die vorherige Anrufung des EuGH, zum anderen eine *ersichtliche* Kompetenzüberschreitung durch die Unionsorgane. Näher zur lebhaften Rechtsprechung des BVerfG *Hobe*, Europarecht (Fn. 178), Rn. 458 ff. sowie *A. Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG – Anmerkung zum Honeywell-Beschluss des BVerfG vom 6. Juli 2010 –, in: EuR 46 (2011), S. 241 ff.

²⁹¹ Für diese Auffassung vgl. BVerfGE 76, 143 (156 f.); v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 2. *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 11 hingegen betrachtet dies nur als untergeordneten Standpunkt, stattdessen sei das Asylrecht v.a. darauf ausgelegt, Verfolgten des Ostblocks Schutz zu bieten und damit Ausdruck des ideologischen wie politischen Wettkampfs zwischen Ost und West. Kritisch auch *P. Tiedemann*, Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland – Ein Nachruf –, in: ZAR 2009, S. 161 (162)

²⁹² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16 und 18) vom 28.6.1993, BGBl. I S. 1002.

²⁹³ Der vorläufige Höchststand wurde 1992 mit 438.191 Asylanträgen erreicht: BAMF, Das Bundesamt in Zahlen 2015, S. 11.

²⁹⁴ Dies wird v.a. durch die Drittstaatenregelung in Art. 16a Abs. 2 S. 1, 2 GG, aber auch durch die Regelung über sichere Herkunftsstaaten in Abs. 3 sowie die Rechtsschutzverkürzung der Abs. 2 S. 3 und Abs. 4 erreicht; v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 2.

Sonderweg²⁹⁵ gegenüber einer unionalen Asylpolitik zu öffnen²⁹⁶. Die Verfassungsänderung ist von der Rechtswissenschaft fast ausschließlich äußerst kritisch aufgenommen worden²⁹⁷, vom Bundesverfassungsgericht in drei Urteilen allerdings als verfassungskonform bestätigt worden²⁹⁸. Nachdem in den Folgejahren die Asylbewerberzahlen tatsächlich abnahmen, das Ziel des verfassungsändernden Gesetzgebers somit erreicht wurde, ist seit 2009 wieder ein – in den letzten Jahren dramatischer – Anstieg zu verzeichnen²⁹⁹, der allerdings eher auf die Asylpolitik der Union zurückgeht³⁰⁰.

Allgemein anerkannt ist inzwischen, dass das Asylgrundrecht eine Ausformung der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürdegarantie ist: „Voraussetzungen und Umfang des politischen Asyls sind wesentlich bestimmt von der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, die als oberstes Verfassungsprinzip nach der geschichtlichen Entwicklung des Asylrechts die Verankerung eines weitreichenden Asylanspruchs im Grundgesetz entscheidend beeinflusst hat“³⁰¹. Einer allzu parallelen Lesart von Art. 1 Abs. 1 und 16a GG hat das Bundesverfassungsgericht allerdings 1996 eine Abfuhr erteilt, als es die Änderung des Asylgrundrechts unter anderem mit dem Argument für verfassungskonform erklärte, das Asylgrundrecht unterliege nicht der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG³⁰². Der in der Menschenwürde liegende Hintergrund des Asylrechts ist allerdings bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Ausformungen, insbesondere bei Beschränkungen z.B. durch Abschiebungen, zu berücksichtigen³⁰³.

²⁹⁵ Siehe nur BVerfGE 54, 341 (356); *H. Quaritsch*, Recht auf Asyl, 1985, S. 13 ff.

²⁹⁶ Dazu nunmehr Art. 16a Abs. 5 GG. Vgl. *A. Voßkuhle*, „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiß, in: DÖV 1994, S. 53 (56 f.) sowie *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 80 ff.

²⁹⁷ Dies liegt zum einen an der Regelungstechnik, die das Asylgrundrecht eher wie ein einfaches Gesetz denn als einen Verfassungssatz daherkommen lässt (siehe nur *Voßkuhle*, „Grundrechtspolitik“ [Fn. 296], S. 53 [„monströser Wortlaut“], 57 ff.), zum anderen an der mit der Neukonzeption bewirkten „Stummschaltung“ (so *Wittreck* [Fn. 10], Art. 16a Rn. 17, 49 m.w.N.; vgl. auch *E. Franßen*, Der neue Art. 16a GG als „Grundrechtsverhinderungsvorschrift“, in: DVBl. 1993, S. 300 [301]) des Asylgrundrechts, die ihm aufgrund der nunmehr lediglich marginalen Anerkennungsquote letztlich die praktische Relevanz nehmen.

²⁹⁸ BVerfGE 94, 49 – *Sichere Drittstaaten*; 94, 115 – *Sichere Herkunftsstaaten*; 94, 166 – *Flughafenverfahren*.

²⁹⁹ Siehe *BAMF*, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe Januar 2017, S. 3.

³⁰⁰ Vgl. *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 49.

³⁰¹ BVerfGE 54, 341 (357), Rn. 46. Statt aller außerdem *H. Dreier*, in: ders., GG I (Fn. 10), Art. 1 I Rn. 164 f. Kritisch hingegen *Quaritsch*, Recht (Fn. 295), S. 67 ff.

³⁰² BVerfGE 94, 49 (102 ff.).

³⁰³ *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 48.

2. Die Folgen des Art. 16a GG für die Abschiebung Verfolgter

Auch, wenn es in den folgenden Absätzen *ad absurdum* geführt wird, wiederholt Art. 16a Abs. 1 GG zunächst wortgleich das Asylrecht des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F., weshalb auch die dazu ergangene Rechtsprechung weiterhin Anwendung findet³⁰⁴. Damit verbunden ist – deshalb der über Völkerrecht hinausgehende „deutsche Sonderweg“³⁰⁵ – ein subjektiver Anspruch des politisch Verfolgten auf Asyl³⁰⁶. Was davon genau umfasst ist, wird von Art. 16a GG selbst nicht beantwortet, weshalb sich über den konkreten Inhalt trefflich streiten lässt³⁰⁷. Sein Gehalt ist gekennzeichnet von einem Zusammenspiel abwehr-, leistungs- und verfahrensrechtlicher Dimensionen³⁰⁸, wobei eine starre Einordnung keinen Mehrwert bietet³⁰⁹.

In seinem Kern verbürgt das Asylgrundrecht Verfolgungsschutz³¹⁰. Zu seinen leistungsrechtlichen Aspekten („status positivus“) gehört aber ebenso, dass für Asylberechtigte „die Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins geschaffen werden sollen, wozu in erster Linie ein gesicherter Aufenthalt sowie die Möglichkeit zu beruflicher und persönlicher Entfaltung gehören“³¹¹. Die genauere Ausformung obliegt dem einfachen Gesetzgeber³¹². Das deutsche Asylgrundrecht geht damit, wie bereits angedeutet³¹³, über ein bloßes Refoulementverbot hinaus und garantiert ein Recht auf Aufenthalt in der Bundesrepublik selbst; eine Abschiebung auch in Drittstaaten schließt dies aus³¹⁴.

³⁰⁴ B. Huber/R. Göbel-Zimmermann, *Ausländer- und Asylrecht*, 2. Aufl. 2008, Rn. 1624.

³⁰⁵ Vgl. Fn. 295.

³⁰⁶ H.-J. Papier, *Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Änderung des Asylgrundrechts*, in: *Der Staat* 27 (1988), S. 33 (33); A. Randelzhofer, in: *Maunz/Dürig, GG* (Fn. 265), Art. 16a Rn. 27 (2007); *Huber/Göbel-Zimmermann, Asylrecht* (Fn. 304), Rn. 1624.

³⁰⁷ Vgl. *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 120; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 84.

³⁰⁸ Zu den Funktionen der Grundrechte im Allgemeinen prägnant A. Voßkuhle, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte*, in: *Jus* 2011, S. 411-413.

³⁰⁹ Vgl. *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 52 f.; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 84. Ausführlicher *Randelzhofer* (Fn. 306), Art. 16a Rn. 28 (2007).

³¹⁰ BVerwGE 49, 202 (205 f.); BVerwGE 62, 206 (210).

³¹¹ BVerwGE 49, 202 (206). Siehe auch BVerfGE 81, 142 (153): „[D]er vor politischer Verfolgung Flüchtende soll (wieder) den Schutz einer übergreifenden staatlichen Friedensordnung finden, aus der ihn der verfolgende Staat ausgegrenzt hat“.

³¹² BVerwGE 49, 202 (206): „Insoweit ist Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG eine ‚offene Norm‘, die zwar eine Grundregel gibt, im übrigen [sic!] aber einen ergänzenden Regelungsauftrag an den Gesetzgeber enthält“.

³¹³ Zur Definition des „Asyls“ oben, § 2-B.-I.-2.-b)-dd).

³¹⁴ *Franßen*, Art. 16a GG (Fn. 297), S. 301; *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 118; *Fröhlich*, *Asylrecht* (Fn. 56), S. 51; *Bergmann* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 17.

Der abwehrrechtliche Gehalt („status negativus“) des Asylgrundrechts schützt den politisch Verfolgten insbesondere vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen³¹⁵. Abschiebungen sind ohne Weiteres als Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG zu qualifizieren und bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Dem Asylanspruch ist außerdem ein Verfahren inhärent, in dem festgestellt wird, ob ein Asylbewerber tatsächlich politisch verfolgt ist oder nicht³¹⁶, und das der verfahrensrechtlichen Dimension³¹⁷ des Art. 16a GG Rechnung tragen muss. Seine Gestaltung unterliegt deshalb nicht dem freien Ermessen des Gesetzgebers, sondern muss hat sich an der besonderen Situation politisch Verfolgter zu orientieren; dies betrifft insbesondere etwaige Beschleunigungsversuche³¹⁸.

Die geschilderten Garantien können grundsätzlich sowohl anerkannten Asylberechtigten als auch Asylbewerbern zugutekommen. Bewertet man dabei richtigerweise – ausgehend vom Wortlaut, der politisch Verfolgten, und nicht etwa als politisch verfolgt Anerkannten, das Asylrecht garantiert – den Akt der Asylanerkennung als lediglich deklaratorisch³¹⁹, so entspringt die gegenüber anderen Ausländern privilegierte Stellung der Asylbewerber direkt dem Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG³²⁰. Aber auch bei anderer Sichtweise³²¹ kann die Sonder-

³¹⁵ v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 27; *Bergmann* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 16.

³¹⁶ Vgl. *Huber/Göbel-Zimmermann*, Asylrecht (Fn. 304), Rn. 1624: „Verfahrensabhängigkeit des Asylgrundrechts“; *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 56), S. 61: „Selektivität“; BVerfGE 60, 253 (295): „Das Asylrecht kann [...] grundsätzlich nur im Wege eines rechtlich geregelten Verfahrens wahrgenommen werden“.

³¹⁷ Zu deren grundsätzlicher Anerkennung BVerfGE 52, 391 (407) sowie *A. Zimmermann/C. Tams*, in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16a (2007), Rn. 47 ff.

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 60, 253 (295 f.), wengleich dort auch die „weite Gestaltungsfreiheit“ des Gesetzgebers betont wird. Praktische Folge dieser Verfahrensdimension ist v.a. die erhöhte Aufklärungspflicht beteiligter Behörden und Gerichte: Vgl. BVerfGE 52, 391 (406 ff.); v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 28; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 123.

³¹⁹ So auch *Zimmermann/Tams* (Fn. 317), Art. 16a Rn. 45, 47; v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 25; *Bergmann* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 16; *Wittreck* (Fn. 10), Art. 16a Rn. 87.

³²⁰ v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 25.

³²¹ So hält das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 60, 253 (295) das Asylverfahren für konstitutiv.

stellung der Asylbewerber mit einer dem Asylgrundrecht infolge seiner Verfahrensabhängigkeit zukommenden „Vorwirkung“³²² begründet werden³²³. Dementsprechend muss man bei Asylberechtigten – vorbehaltlich der durch Art. 16a Abs. 2, 3 GG gemachten Einschränkungen – zunächst von einem zu Recht gestellten Asylantrag ausgehen und nicht anders herum³²⁴. Asylbewerbern steht deshalb ein vorläufiges Bleiberecht zu³²⁵. Dennoch lässt ihr „Schwebestatus“ sie hinter anerkannten Asylberechtigten zurückstehen und sind Benachteiligungen in der Zeit des Asylverfahrens aufgrund des Erfordernisses, den Status endgültig festzustellen (was wegen der damit verbundenen Rechtssicherheit auch im Sinne des Asylbewerbers ist³²⁶), gerechtfertigt³²⁷. Welche Auswirkungen dies für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Abschiebung von Asylbewerbern hat, wird noch zu prüfen sein³²⁸.

3. Vergleiche mit dem Flüchtlingsstatus nach der Genfer Konvention

Dass das Asylgrundrecht aus Art. 16a GG über die Genfer Konvention hinausgeht, hat in Deutschland von jeher zu einem komplizierten Nebeneinander von Asyl- und Flüchtlingsstatus geführt. Zu der Frage, wie die beiden Positionen zueinander in Bezug zu setzen sind, ist insbesondere die Rechtsprechung einen regelrechten „Schlingerkurs“ gefahren: Beide wurden zunächst als teil- oder sogar vollkongruent ausgelegt; Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. sollte sich an der GFK orientieren. Als die Rechtsprechung jedoch begann, auch aufgrund der steigenden Asylbewerberzahlen die Merkmale des Verfolgungsbegriffs nach Art. 16a GG enger auszulegen, wurde von der Kongruenzthese nicht abgerückt. Dies führte zu einer Übertragung der restriktiveren Lesart auch auf den Verfolgungsbegriff

³²² So die wohl h.M.: BVerfGE 80, 68 (73); *Papier*, Möglichkeiten (Fn. 306), S. 34; *Zimmermann/Tams* (Fn. 317), Art. 16a Rn. 46; *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 123.

³²³ Da die gesonderte Rolle des Asylbewerbers somit anerkannt ist, hält namentlich *Becker* (Fn. 68), Art. 16a Rn. 124 eine Entscheidung über den Charakter des Anerkennungsaktes für entbehrlich.

³²⁴ BVerwGE 62, 206 (209): „Solange über ein Asylgesuch nicht unanfechtbar entschieden ist, muß die Ausländerbehörde in der Regel mit der Möglichkeit rechnen, daß dem Asylsuchenden das Grundrecht auf Asyl zusteht“.

³²⁵ BVerfGE 67, 43 (56); 78, 7 (18); 80, 68 (73 f.); 80, 182 (187).

³²⁶ Vgl. BVerfGE 60, 253 (295 f.).

³²⁷ BVerwGE 62, 206 (211); v. *Arnauld* (Fn. 71), Art. 16a Rn. 26.

³²⁸ Dazu unten, § 5-C.-II.

der GFK, und dies teilweise entgegen der herrschenden Staatenpraxis³²⁹. Das „kleine Asyl“³³⁰ des Flüchtlingsstatus, zumal im Gegensatz zum aufenthaltsbegründenden Asylrecht nur als Abschiebungsverbot ausgestaltet³³¹, verlor damit synchron zum Asylgrundrecht an Wert.

Vor dem Hintergrund der Europäisierung der Asylpolitik und insbesondere der Qualifikationsrichtlinie, die die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft verbindlich vorgibt und den Europäischen Gerichtshof als letzte Auslegungsinstanz installiert (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, Art. 267 AEUV), lässt sich ein solcher Eigenkurs indes nicht mehr halten³³². Hinzu kommt, dass die Qualifikationsrichtlinie ebenfalls über Völkerrecht hinausgeht und in ihren Rechtsfolgen nicht hinter dem Asylgrundrecht zurücksteht³³³ – im Speziellen wird durch Art. 24 Abs. 1 QRL ein Aufenthaltsrecht vermittelt. Von einem „kleinen Asyl“ kann damit keine Rede mehr sein³³⁴. Die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht unbeeindruckt von den neuen europäischen Vorgaben an seiner engen Linie für das

³²⁹ Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung *A. Titze*, Die deutsche Asylrechtsprechung und das internationale Flüchtlingsrecht, 2008, S. 22 ff. Siehe außerdem *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 235), S. 370 sowie *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 163 ff. Die hauptsächlichen Problempunkte ergeben sich durch die Verengung des Verfolgungsbegriffs auf staatliche Verfolgung (BVerfGE 80, 315 [334 ff.]; BVerwGE 95, 42 [44 ff.]), das Abstellen auf die objektive Verfolgungsgefahr statt auf die (subjektive) Verfolgungsfurcht (BVerfGE 54, 341 [359]), die Bejahung von Verfolgung wegen Religion nur bei Beeinträchtigung des „religiösen Existenzminimums“ (BVerfGE 76, 143 [158 ff.]; BVerwG, U. v. 26.10.1993 – 9 C 50/92 – Rn. 5) und die zurückhaltende Anerkennung sog. subjektiver Nachfluchtgründe (BVerfGE 74, 51 [65 f.]; BVerwGE 77, 258 [260 f.]).

³³⁰ Siehe nur *Titze*, Asylrechtsprechung, ebda., S. 33.

³³¹ Zur einfachgesetzlichen Entwicklung sogleich.

³³² *Titze*, Asylrechtsprechung (Fn. 329), S. 19: „Sprengstoff für die deutsche Asylrechtsprechung“; *Löhr*, Qualifikationsrichtlinie (Fn. 229), S. 96; *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 244), S. 187. Vgl. auch *W. Kluth*, Reichweite und Folgen der Europäisierung des Ausländer- und Asylrechts, in: ZAR 2006, S. 1 (2). So gibt bspw. Art. 6 QRL ausdrücklich vor, dass auch nichtstaatliche Verfolgung zur Anerkennung des Flüchtlingsstatus führen kann. Weitere Nachweise bei *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 167. Zu den anpassungsbedürftigen Eigenarten der deutschen Rechtsprechung *R. Marx*, Die Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) – Abschied von asylrechtlichen deutschen Gewissheiten, in: Hofmann/Löhr, Einwanderungsrecht (Fn. 181), S. 115 (117 ff.).

³³³ *Titze*, Asylrechtsprechung (Fn. 329), S. 36; *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 167. Inzwischen auch BVerwG, B. v. 16.9.2015 – 1 B 36/15 – Rn. 5. Danach wird von einem Asylbewerber eine besondere Begründung verlangt, warum er zusätzlich zu seiner Anerkennung als Flüchtling noch die Anerkennung als Asylberechtigter anstrebt.

³³⁴ *Huber/Göbel-Zimmermann*, Asylrecht (Fn. 304), Rn. 1664; *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 235), S. 371.

Asylgrundrecht festhalten möchte³³⁵, führt neben der durch Art. 16a Abs. 2-4 GG ohnehin bewirkten Abschottung³³⁶ zu einem zusätzlichen Bedeutungsverlust des Art. 16a GG³³⁷. Deutsche Alleingänge in der Auslegung der Asylmerkmale haben letztlich nur noch zur Folge, dass der Gang nach Karlsruhe erschwert und die Verwirrung beim Laien erhöht wird³³⁸. Aufgrund des gebotenen Anwendungsvorrangs stellt sich sogar die Frage, inwieweit ein nationaler Sonderweg noch mit Unionsrecht vereinbar ist³³⁹.

III. Der einfachgesetzliche Verfolgenschutz in Deutschland

Welche einfachgesetzliche Ausprägung die völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Schutz Verfolgter in Deutschland gefunden haben, wird im folgenden Abschnitt aufgezeigt.

1. Entwicklung

Das Ausländerrecht war in Deutschland zunächst einseitig sicherheitsrechtlich orientiert³⁴⁰. Sowohl das Ausländergesetz (AuslG) 1965³⁴¹ als auch das AuslG

³³⁵ BVerwGE 131, 186 (190 f.): „Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass durch § 60 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 11 AufenthG (i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007, BGBl I S. 1970) der Schutzbereich des Asylrechts auf einfachgesetzlicher Grundlage ausgeweitet werden sollte“. Ebenso BVerwGE 133, 221 (230).

³³⁶ Im Jahr 2016 wurden bspw. nur 0,3% der Asylbewerber als Asylberechtigte anerkannt. Dem steht für die Flüchtlingseigenschaft nach der QRL eine Anerkennungsquote von 36,8% gegenüber (*BAMF*, Schlüsselzahlen 2016, S. 2).

³³⁷ *Titze*, Asylrechtsprechung (Fn. 329), S. 36; *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 235), S. 371: „Das verfassungsrechtliche Asylrecht verlor damit seine zentrale Bedeutung.“ Die Bedeutung gänzlich absprechend *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 167: „Als eigenständiges subjektives Recht [...] ist Art. 16a GG schlicht sinnlos“. Auch das BVerwG hat diesen Bedeutungsverlust in einem B. v. 21.12.2006 – 1 C 29/03 – Rn. 4 anerkannt.

³³⁸ So auch *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 167 und *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 235), S. 372.

³³⁹ Dies betrifft insbesondere die durch Art. 12 Abs. 2 QRL *zwingend* vorgegebenen Ausschlussklauseln des § 3 Abs. 2 AsylG. Zur Anwendung auf Asylberechtigte näher unten, § 5-B.-III.-2.

³⁴⁰ *U. Davy*, Integration of Immigrants in Germany: A Slowly Evolving Concept, in: *European Journal of Migration and Law* 7 (2005), S. 123 (123 f.); *Kluth*, Reichweite (Fn. 332), S. 2; *Hailbronner*, Ausländerrecht (Fn. 17), Rn. 25. Vertiefende Einblicke in die ordnungsrechtliche Perspektive des Ausländerrechts geben *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 143), S. 198 ff. sowie *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 244), S. 75 ff. Das sicherheitspolitische Konzept dominiert im Übrigen auch auf europäischer Ebene, siehe *Thym*, Einwanderungspolitik (Fn. 181), S. 190.

³⁴¹ BGBl. 1965 I S. 353.

1990³⁴² waren unter Leugnung des Umstands, dass Deutschland längst eine starke Anziehungskraft ausstrahlte und zum Einwanderungsland geworden war³⁴³, dem Zweck der Gefahrenabwehr durch Zuwanderungsbegrenzung verschrieben³⁴⁴. Im Bezug auf die Anerkennung von Flüchtlingen und Asylberechtigten folgte der einfache Gesetzgeber in dieser Zeit immer wieder den wechselnden Vorgaben durch die Rechtsprechung³⁴⁵. Der Flüchtlingsstatus nach der Genfer Konvention führte lediglich zu einem relativen Abschiebungsverbot (§ 51 Abs. 1 AuslG 1990), ein Aufenthaltstitel war daran – im Gegensatz zur Asylberechtigung nach Art. 16a Abs. 1 GG (bzw. Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F.) – nicht geknüpft. Für Verfolgte galt ab 1982 außerdem das Asylverfahrensgesetz³⁴⁶.

Einen paradigmatischen Wechsel erbrachte erst das Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30. Juli 2004³⁴⁷, das in seinem Artikel 1 das AufenthG installierte, welches an die Stelle des AuslG 1990 trat³⁴⁸. Die Politik fand sich in diesem Gesetz mit dem Umstand ab, dass einwandernde Ausländer auch auf Dauer in Deutschland bleiben würden und ergänzte die polizeirechtliche Betrachtungsweise um Elemente der Integration und eine Orientierung an den Menschenrechten³⁴⁹. Gleichwohl bleibt die gefahrenabwehrrechtliche Perspektive dominant³⁵⁰. Ein entscheidender Wechsel ergab sich auch für Konventionsflüchtlinge: Über den Verweis in

³⁴² BGBl. 1990 I S. 1354.

³⁴³ U. Berlitz, *Ausländerrecht im Wandel – neuere Rechtsprechung zum Ausländerrecht*, in: ZAR 2014, S. 261 (262) spricht insofern von der „Lebenslüge des Ausländerrechts“.

³⁴⁴ Vgl. Davy, *Integration* (Fn. 340), S. 123 f.

³⁴⁵ Dazu ausführlich Titze, *Asylrechtsprechung* (Fn. 329), S. 22 ff. sowie Tiedemann, *Asylrecht* (Fn. 291), S. 163 ff.

³⁴⁶ Heute Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.9.2008, BGBl. I S. 1798.

³⁴⁷ BGBl. 2004 I S. 1950.

³⁴⁸ Zum politischen Richtungswechsel Davy, *Integration* (Fn. 340), S. 123 f. Zur Entstehungsgeschichte J. Bast, *Zehn Jahre Aufenthaltsgesetz*, in: DÖV 2013, S. 214 (214 f.).

³⁴⁹ Berlitz, *Ausländerrecht* (Fn. 344), S. 262; Thym, *Migrationsverwaltungsrecht* (Fn. 143), S. 206 ff. Vgl. zum Ziel der Integration u.a. den Leitgedanken aus § 43 Abs. 1 AufenthG. Kritisch zum Paradigmenwechsel in der Praxis allerdings Bast, *Aufenthaltsgesetz*, ebda., S. 217 f., 221.

³⁵⁰ Vgl. Bast, *Aufenthaltsrecht* (Fn. 244), S. 78.

§ 60 Abs. 1 AufenthG erhielt der Flüchtlingsbegriff der GFK Eingang ins deutsche Recht³⁵¹, ihre rechtliche Stellung wurde außerdem unter Aufgabe der Unterscheidung von „großem und kleinem Asyl“ an die der Asylberechtigten angeglichen, und sie erhielten gem. § 25 Abs. 2 AufenthG (a.F.) einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis³⁵². In der Folge zeichneten sich die (in immer kürzer werdenden Abständen erfolgenden) gesetzgeberischen Reformen vor allem durch eine Angleichung an unionsrechtliche Vorgaben aus³⁵³. Nachdem vergleichsweise viele Änderungen mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2007³⁵⁴, welches der Umsetzung elf europäischer Richtlinien diene, herbeigeführt wurden, ergab sich die vorerst letzte Neuerung im Gebiet des Verfolgten schutzes durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU³⁵⁵, welches am 1. Dezember 2013 in Kraft getreten ist. Es zeichnet sich durch überwiegend redaktionelle Änderungen aus, die eine stärkere Anpassung an die neugefasste Qualifikationsrichtlinie zur Folge haben³⁵⁶. Eine für die Zwecke dieser Arbeit eher formell bedeutsame Änderung bewirkte das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. Oktober 2015 („Asylpaket I“)³⁵⁷, dass das Asylverfahrensgesetz aufgrund seiner veränderten Rolle in Asylgesetz umbenannte³⁵⁸. Auf die durch die hohen Asylbewerberzahlen verursachte „Krise“ reagierte der Gesetzgeber außerdem unter anderem durch das Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren

³⁵¹ Begrüßt durch *UNHCR*, Erste Anregungen von *UNHCR* zur Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen für die Zuerkennung von Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz, 2004, S. 1 f.

³⁵² Vgl. *Bast*, Aufenthaltsgesetz (Fn. 348), S. 218 f.

³⁵³ *Bast*, Aufenthaltsgesetz (Fn. 348), S. 220.

³⁵⁴ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, BGBl. 2007 I S. 1970

³⁵⁵ BGBl. 2013 I S. 3474.

³⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 17/13063, S. 16. Zu den einzelnen Änderungen *B. Huber*, Umsetzung ausländer- und flüchtlingsrechtlicher Richtlinien der EU und die neue Dublin III-VO, in: NVwZ 2014, S. 548-554. Einen guten Überblick verschafft auch *UNHCR*, Übersichten zu den gesetzlichen Neuerungen ab 1.12.2013, Beihefter zum Asylmagazin 12/2013 (abrufbar unter http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/redaktion/Dokumente/Arbeitshilfen/Einhefter_AM2013-12web.pdf [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]).

³⁵⁷ BGBl. I S. 1722.

³⁵⁸ Insbesondere wird dadurch dem Umstand Rechnung getragen, dass das Asylverfahrensgesetz „nicht mehr nur verfahrenstechnische Regelungen, sondern [...] eigene materielle Vorgaben für den Schutz von in ihrer Heimat verfolgten Ausländern“ enthielt, BT-Drs. 18/6185, S. 31. Eine solche Umbenennung hat *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 291), S. 167 bereits 2009 gefordert.

vom 11. März 2016 („Asylpaket II“)³⁵⁹ und durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erleichterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern³⁶⁰, das im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch eine größere Rolle spielen wird³⁶¹. Von den im Jahr 2017 ergriffenen Maßnahmen ist das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht³⁶² hervorzuheben, das jedoch entgegen seines Titels keine großen Auswirkungen auf diese Arbeit hat.

2. Heutige Ausgestaltung

a) Umfassender Abschiebungsschutz nach materiellem Recht

Während zuvor die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Konvention systemwidrig noch durch den eigentlich als Abschiebungsverbot ausgestalteten § 60 Abs. 1 AufenthG a.F. ins deutsche Recht inkorporiert wurde³⁶³, hat das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU diesbezüglich eine begrüßenswerte Klarstellung geschaffen und den Flüchtlingsbegriff nunmehr vollends ins AsylG integriert³⁶⁴. Dabei werden die maßgeblichen Normen der QRL zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft in den §§ 3-3e AsylG beinahe wortwörtlich übernommen³⁶⁵, anstatt nur „ergänzend“ auf die Richtlinie

³⁵⁹ BGBl. I S. 390. Dazu *W. Kluth*, Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit, in: ZAR 2016, S. 121 ff. sowie *D. Thym*, Die Auswirkungen des Asylpakets II, in: NVwZ 2016, S. 409 ff.

³⁶⁰ BGBl. I S. 394.

³⁶¹ V.a. wurde durch das Gesetz der neue Ausschlussgrund des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG eingeführt. Dazu unten, § 5-B.-V.

³⁶² Gesetz vom 20.7.2017, BGBl. I S. 2780. Im Fazit kritisch dazu *C. Hörich/H. Tewocht*, Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, in: NVwZ 2017, S. 1153 (1160).

³⁶³ Dazu kritisch *UNHCR*, Stellungnahme des UNHCR zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, 2006, S. 2 f., 5 f. Vgl. zur deutschen Technik der Richtlinienumsetzung (allerdings noch zur alten Gesetzeslage) auch *J. Bergmann*, Abschied vom deutschen Ausländerrecht? – Europarechtliche Provokationen, in: ZAR 2013, S. 318 (324): „Einzelne Richtlinienbestimmungen werden meist irgendwie in den bestehenden Regelungsbestand eingeflickt. Hernach klemmt und zwickt es dann regelmäßig an allen Enden und Ecken“.

³⁶⁴ Vgl. *Marx* (Fn. 240), § 3 Rn. 1.

³⁶⁵ Im einzelnen *Huber*, Umsetzung (Fn. 356), S. 549 f.; *UNHCR*, Übersichten (Fn. 356).

zu verweisen³⁶⁶. Sind die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, wird dem Asylantragsteller in Umsetzung von Art. 13 QRL die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt (§ 3 Abs. 4 AsylG). Entsprechendes gilt für den subsidiären Schutzstatus gem. § 4 AsylG (Art. 18 QRL), was ebenfalls eine Verbesserung darstellt, war ein solcher eigenständiger Schutzstatus dem deutschen Recht zuvor doch nicht bekannt³⁶⁷. Diese neue Regelungstechnik dürfte der Rechtssicherheit erheblich entgegenkommen und auch für mehr Kohärenz mit der Entscheidungspraxis anderer Mitgliedsstaaten sorgen³⁶⁸. Auch die tägliche Behördenarbeit wird vereinfacht, wenn der Blick ins Asylverfahrensgesetz genügt, und nicht mehr „ergänzend“ die Qualifikationsrichtlinie herangezogen werden muss.

Die Angleichung der einzelnen Schutzpositionen hat auch Folgen für den Asylantrag: Mit jedem Antrag wird nunmehr Schutz vor politischer Verfolgung nach Art. 16a Abs. 1 GG sowie internationaler Schutz im Sinne der QRL beantragt, der wiederum die Flüchtlingseigenschaft sowie den subsidiären Schutz umfasst (§§ 1 Abs. 1, 13 Abs. 2 AsylG). Möglich ist gem. § 13 Abs. 2 S. 2 AsylG aber auch eine Beschränkung auf die Zuerkennung des internationalen Schutzes, was einmal mehr den Bedeutungsverlust des nationalen Asylgrundrechts zeigt. Daneben ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gem. § 24 Abs. 2 AsylG von Amts wegen³⁶⁹ auch zur Prüfung der sog. nationalen – weil nicht von der QRL vorgegeben – Abschiebungsverbote aus § 60 Abs. 5, 7 AufenthG verpflichtet. Man kann insofern von einer „vierstufigen Prüfung“ sprechen³⁷⁰.

Es bleibt allerdings trotz aller Neuerungen für Verfolgte beim komplizierten Nebeneinander von AsylG und AufenthG³⁷¹. Im Wesentlichen regelt das AsylG die Voraussetzungen und das Verfahren für die Anerkennung als Verfolgter, das

³⁶⁶ So noch § 60 Abs. 1 S. 5 AufenthG a.F. Kritisch *UNHCR*, Stellungnahme (Fn. 363), S. 3. *Marx*, Richtlinie (Fn. 332), S. 115 (115) verneint aus diesem Grund sogar die Erfüllung des Umsetzungsauftrags.

³⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 17/13063, S. 16 sowie *Marx* (Fn. 240), § 4 Rn. 1.

³⁶⁸ So auch die Zielsetzung, BT-Drs. 17/13063, S. 19.

³⁶⁹ BT-Drs. 17/13063, S. 21.

³⁷⁰ BT-Drs. 17/13063, S. 16.

³⁷¹ *Bergmann*, Abschied (Fn. 363), S. 324 sieht (allerdings noch zur alten Rechtslage) aufgrund der durch die Verknüpfung mehrerer Gesetze erreichten Komplexität die Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verletzt. Somit sei das „deutsche Ausländerrecht heute gewissermaßen insgesamt verfassungs- und unionsrechtswidrig“. A.A. *Berlit*, Ausländerrecht (Fn. 344), S. 261.

AufenthG enthält die daran geknüpften Rechtsfolgen. Kernstück³⁷² bleibt der § 60 Abs. 1 AufenthG, der heute nur mehr als reines (zielstaatsbezogenes) Abschiebungsverbot fungiert und mit dem Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK gleichzusetzen ist³⁷³. Während § 55 Abs. 1 S. 1 AsylG bereits Asylbewerber für die Dauer des Asylverfahrens den Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet³⁷⁴, wird darüber hinaus anerkannten Flüchtlingen und Asylberechtigten in Umsetzung des Art. 24 Abs. 1 QRL ein Aufenthaltstitel ausgestellt, § 25 Abs. 1, 2 S. Alt. 1 AufenthG. Die Aufenthaltserlaubnis gilt nach § 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG für drei Jahre und kann sich – sofern kein von Amts wegen zu prüfender Widerruf³⁷⁵ nach § 73 Abs. 2a AsylG ausgesprochen wird – unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 AufenthG zu einer unbefristeten Niederlassungserlaubnis verfestigen³⁷⁶. Verfolgte sind bei deren Erteilung im Vergleich zu sonstigen Ausländern zwar weiterhin privilegiert (vgl. § 9 AufenthG)³⁷⁷; seit Inkrafttreten des Integrationsgesetzes vom 31. Juli 2016³⁷⁸ erfolgt die Erteilung allerdings nicht mehr automatisch nach drei Jahren³⁷⁹. Stattdessen ist die Niederlassungserlaubnis davon abhängig, dass gewisse Integrationsleistungen in Form von Sprachkenntnissen und wirtschaftlichem Erfolg erbracht sind (vgl. § 26

³⁷² Vgl. BVerwGE 49, 202 (205 f.).

³⁷³ Marx (Fn. 240), § 3 Rn. 1.

³⁷⁴ So auch Art. 9 Abs. 1 der Verfahrensrichtlinie. Es handelt sich um eine *lex specialis* zu § 4 Abs. 1 AufenthG, vgl. Bast, Aufenthaltsrecht (Fn. 244), S. 237. Die Aufenthaltsgestattung ist in ihrer derzeitigen, durch das Integrationsgesetz vom 31.7.2016 (BGBl. I S. 1939) eingeführten Fassung an die Ausstellung des Ankunftsnachweises gem. § 63a Abs. 1 AsylG gebunden (zum chaotischen Gesetzgebungsverfahren vgl. R. Göbel-Zimmermann/J. Skrzypczak, Die Untätigkeitsklage im asylgerichtlichen Verfahren, in: ZAR 2016, S. 357 [359 f.]). Die Aufenthaltsgestattung greift damit weiterhin ab dem Zeitpunkt des „Nachsuchens“ um Asyl, also vielfach schon vor der formellen Asylantragstellung, vgl. Marx (Fn. 240), § 55 Rn. 5.

³⁷⁵ Der Kommissionsvorschlag für eine die QRL ersetzende Verordnung vom 13.7.2016 (COM [2016] 466 final; vgl. dazu Fn. 227) kritisiert, dass nur wenige Mitgliedsstaaten systematische Überprüfungen des Flüchtlingsstatus vorsehen (vgl. S. 7 des Vorschlags). Art. 15 lit. b) des Vorschlags sieht daher eine Überprüfung vor, wenn der Aufenthaltstitel das erste Mal erneuert werden soll. Diesen Pflichten dürfte Deutschland durch § 73 Abs. 2a AsylG bereits jetzt genügen.

³⁷⁶ Eine völker- oder unionsrechtliche Vorgabe dafür besteht nicht; Dörig/Langefeld, Vollharmonisierung (Fn. 222), S. 2 verlangen lediglich, dass der ausgestellte Aufenthaltstitel verlängerbar ist. Der Kommissionsvorschlag für eine die QRL ersetzende Verordnung vom 13.7.2016 (COM [2016] 466 final) sieht in Art. 26 Abs. 1 lit. a) vor, dass der Aufenthaltstitel nach Ablauf von drei Jahren lediglich um weitere drei Jahre – und nicht wie in Deutschland unbefristet – verlängert wird.

³⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 18/8615, S. 47.

³⁷⁸ BGBl. I S. 1939.

³⁷⁹ So noch § 26 Abs. 3 S. 1 AufenthG a.F.

Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 4 bzw. S. 3 Nr. 3, 4 AufenthG). Ob die Niederlassungserlaubnis nach Ablauf von drei oder fünf Jahren erteilt wird, hängt von der Stärke dieser Integration ab (§ 26 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 3 Nr. 1 AufenthG)³⁸⁰. Für subsidiär Schutzberechtigte gilt insgesamt Ähnliches, die Dauer der Aufenthaltserlaubnis ist hier allerdings kürzer (§§ 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 2, 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG)³⁸¹.

Der Abschiebungsschutz für Verfolgte ist nach heutiger Rechtslage daher – vorbehaltlich der Zuständigkeit Deutschlands für die Durchführung des Asylverfahrens im Sinne der Dublin-III-VO (vgl. § 27a AsylG, Art. 29 Dublin-III-VO) sowie der anderweitigen Sicherheit vor Verfolgung (§§ 29, 35 AsylG) – absolut. Er umfasst nicht nur die Abschiebung in den Verfolgerstaat (§ 60 Abs. 1 AufenthG), sondern Verfolgten wird zusätzlich der Aufenthalt in Deutschland selbst erlaubt.

b) Beteiligte Behörden

Die maßgeblich am Verfolgtenschutz beteiligten Behörden in Deutschland sind die Ausländerbehörden und das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Letzteres ist nach § 5 Abs. 1 AsylG für die Prüfung des Asylantrags sowie für weitere, dem AsylG unterfallende, ausländerrechtliche Maßnahmen zuständig, dasselbe gilt für die Ausländerbehörden im Bezug auf das AufenthG (§ 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Von diesem Grundsatz bestehen jedoch Ausnahmen „zugunsten“ einer weitergehenden Zuständigkeit des BAMF. Beruft ein Ausländer sich auf das Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 1 S. 1 AufenthG, so führt dies gem. Abs. 1 S. 3 ein Asylverfahren beim BAMF herbei. Damit soll vermieden werden, dass der Betroffene einen isolierten Antrag bei der Ausländerbehörde stellen kann, etwa um die Verteilung in ein anderes Bundesland gemäß §§ 45, 46 AsylG zu umgehen³⁸². Außerdem obliegt dem BAMF gem. § 24

³⁸⁰ S. 3 soll nach der Gesetzesbegründung die Fälle „herausragender Integration“ erfassen. Allgemein zu den Änderungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis durch das Integrationsgesetz *D. Thym*, Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des „Integrationsgesetzes“ des Bundes, in: ZAR 2016, S. 241 (249 f.).

³⁸¹ Damit ist eine Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage erreicht worden, wonach subsidiär Schutzberechtigten ein Aufenthaltstitel entgegen der QRL (Art. 24 Abs. 2) nur ausgestellt werden *sollte* (§ 25 Abs. 3 AufenthG a.F.). Diesen Missstand monierte dementsprechend zur alten Rechtslage *UNHCR*, Stellungnahme (Fn. 363), S. 16. Kritisch wird auch die im Vergleich zum Flüchtlingsstatus kürzere Dauer des Aufenthaltstitels beurteilt: *UNHCR*, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG (Fn. 229), S. 35 sowie *Löhr*, Qualifikationsrichtlinie (Fn. 229), S. 90 f.

³⁸² BT-Drs. 15/420, S. 91.

Abs. 2 AsylG nach Stellung des Asylantrags auch die Entscheidung über das Vorliegen der nationalen Abschiebungsverbote aus §§ 60 Abs. 5, 7 AufenthG. Beruft sich der Ausländer allein auf diese Normen, so entscheidet zwar die Ausländerbehörde – allerdings erst nach vorheriger Beteiligung des BAMF, § 72 Abs. 2 AufenthG. Dies liegt an der mit der Übertragung an eine Bundesbehörde verbundenen Gewährleistung einheitlicher Entscheidungsrichtlinien sowie an der besonderen Sachkunde des Bundesamtes, bei dem dementsprechend die Entscheidungen über Zielstaaten konzentriert sein sollen³⁸³.

Das Verhältnis der beiden Behörden lässt sich also im Groben so skizzieren, das BAMF für auslandsbezogene und die Ausländerbehörden für inlandsbezogene Sachverhalte zuständig sind. Das BAMF prüft daher den Asylantrag, die Ausländerbehörden vollziehen die an die (nach § 6 AsylG verbindliche) Entscheidung geknüpften ausländerrechtlichen Folgen.

D. Zusammenfassung und Fazit

Die Entscheidung über Einreise und Aufenthalt von Ausländern gehört zu den Kernbereichen staatlicher Souveränität und wird traditionell als nationales Reservatrecht verstanden. Im Bereich des Verfolgten schutzes jedoch gewann das Völkerrecht kurze Zeit nach Ende des zweiten Weltkriegs in Gestalt der Genfer Flüchtlingskonvention gewichtigen Einfluss auf den Umgang der Nationalstaaten mit Flüchtlingen.

Kernstück bildet das insbesondere Abschiebungen betreffende – relative – Refoulementverbot aus Art. 33 Abs. 1 GFK. Auf darüber hinausgehende Standards konnte man sich auf universeller Ebene bis heute allerdings nicht einigen. Zwar hat sich speziell der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte durch die Herausbildung zusätzlicher menschenrechtlicher Refoulementverbote hervorgetan, allerdings bleibt es bei zielstaatsbezogenen Abschiebungsverböten, die lediglich – im Falle mangelnder Übernahmebereitschaft sonstiger Drittstaaten – zu einem faktischen Bleiberecht führen können. Ein aufenthaltsgewährendes Asylrecht, wie es in Deutschland seit der Schaffung des Grundgesetzes in Art. 16a Abs. 1 GG

³⁸³ Vgl. BT-Drs. 9/875, S. 13; *K.-C. Samel*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht (Fn. 62), § 72 AufenthG Rn. 10; *Marx* (Fn. 240), § 5 Rn. 2. Zur Beschränkung der Prüfungskompetenz des BAMF auf zielstaatsbezogene Abschiebungsverböte (im Gegensatz zu „inlandsbezogenen Vollstreckungshindernissen“) vgl. BVerwGE 105, 322 (324 ff.). Die Benennung einer Asylbehörde „für alle Verfahren“ wird auch von Art. 4 Abs. 1 S. 1 der Verfahrensrichtlinie verlangt.

(Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F.) bekannt ist, besteht daneben nicht. Dieser deutsche Sonderweg zusammen mit der restriktiven Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung führte in Deutschland lange Zeit zu einer kümmerlichen Lage des internationalen Flüchtlingsrechts.

Eine Wende brachte hier erst die maßgeblich durch den Vertrag von Amsterdam angetriebene Europäisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechts mit sich. Sie führte sowohl zu einer Anhebung des Schutzniveaus als auch zu einer Internationalisierung des deutschen Ausländerrechts. Die rechtswissenschaftliche Diskussion um das deutsche Flüchtlingsrecht ist dementsprechend mittlerweile vor allem durch eine Auseinandersetzung mit der unionalen Asylpolitik geprägt³⁸⁴. Gerade in der Literatur sind die Anerkennung der Vorrangstellung des Unionsrechts und die unbedingte Bereitschaft, nationale Regelungen an den Vorgaben aus Brüssel zu messen, offenkundig. Außerdem werden auf einer höheren Stufe die darüber schwebenden Menschenrechte und, weiterhin, die mittlerweile auch in den Rang von Primärrecht gehobene GFK beachtet. Doch nicht nur in der Rechtswissenschaft, auch in der Politik zeichnet sich ein langsames Umdenken ab: So, wie im Völkerrecht der Mensch in den Fokus gerückt ist, verlagert sich im Ausländerrecht die sicherheitsrechtliche zur menschenrechtlichen Perspektive. Im Bereich des Verfolgenschutzes zeichnet sich dieser Umschwung dadurch aus, dass Verfolgte nunmehr über das relative Abschiebungsverbot hinaus auch einen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat erhalten (Art. 24 Abs. 1 QRL).

Kritisch beäugt werden kann heute im deutschen Recht die weiterhin bestehende Komplexität des Asylverfahrens, die sich aus dem Nebeneinander von zwei Gesetzen³⁸⁵ und mehreren Behörden sowie dem Festhalten an einem nationalen Asylgrundrecht speist, dessen Bedeutung gen Null tendiert und das aufgrund seiner Ähnlichkeit zum Status des Konventionsflüchtlings im Gegenteil Fragen der Kompatibilität zum Unionsrecht aufwirft. In materieller Hinsicht indes sind – für den Bereich des Abschiebungsschutzes – die internationalen Vorgaben erfüllt, was zu bedeutenden Verbesserung im Vergleich zur alten Rechtslage unter dem

³⁸⁴ Bast, Aufenthaltsgesetz (Fn. 348), S. 220 f. Aus höchstrichterlicher Sichtweise ebenso A.-K. Fricke, Bilanz der Integrationspolitik nach fünf Jahren Zuwanderungsgesetz – Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seit dem Richtlinienumsetzungsgesetz, in: InfAuslR 2009, S. 422 (423, 428) sowie H. Dörig, Europarecht und deutsches Aufenthaltsrecht, in: NVwZ 2010, S. 921 (921, 925 f.).

³⁸⁵ Wenn auch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU hier wichtige Vereinfachungen herbeigeführt hat.

AuslG 1990 geführt hat. Es wird nicht mehr nur der Aufenthalt von Asylberechtigten geschützt, sondern auch der aus der Qualifikationsrichtlinie entstammende internationale Schutz wird mittlerweile konsequent umgesetzt, sodass Flüchtlinge (und subsidiär Schutzberechtigte) einen eigenen Status erhalten (§§ 3, 4 AsylG) und ihnen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 25 Abs. 2 AufenthG). Damit Abschiebungen Verfolgter überhaupt möglich sind, müssen hohe Hürden genommen werden. Welche dies sind, wird in den folgenden Abschnitten veranschaulicht.

§ 3: Das Instrument der Abschiebung

Trotz des nach heutigem Recht gewährten umfassenden Schutzes ist auch das Bleiberecht Verfolgter nicht absolut. Der Gesetzgeber ist gewillt, insbesondere solche Ausländer, die die Sicherheit der Bevölkerung oder des Staates gefährden, zur Ausreise zu verpflichten. Rechtliche Bestimmungen über die Grenzen des Aufenthaltsrechts sind aber im Endeffekt nur in dem Maße schlagkräftig, in dem sie auch vollzogen werden können¹. Ansonsten wird ein „Kalkül des Bleibens“² heraufbeschworen.

Das Instrument, dessen sich die vollziehende Gewalt zur Durchsetzung einer Ausreisepflicht bedient, ist die Abschiebung. Deren rechtliche Voraussetzungen und Hintergründe werden in den folgenden Untersuchungen ebenso veranschaulicht wie ihre tatsächliche Durchführung, um so den Boden für eine tiefere Durchleuchtung der materiellen Anforderungen an eine Abschiebung aus Sicherheitsgründen zu bereiten. Dabei werden die Besonderheiten, die für die Personengruppe der Verfolgten gelten, stets kenntlich gemacht.

A. Rechtsnatur und rechtlicher Hintergrund

Eine Abschiebung ist die Vollstreckung einer Ausreisepflicht, wobei diese in Fällen sicherheitsrechtlicher Prägung oftmals auf einer Ausweisung beruht. Das Unionsrecht als höherrangiges Recht bereitet in Gestalt der sog. Rückführungsrichtlinie³ (RFRL) den Rahmen für beide Maßnahmen.

¹ Vgl. auch *K. Hailbronner*, Rückübernahme eigener und fremder Staatsangehöriger, 1996, S. 1 sowie *S. Grimm*, Die Rückführung von Flüchtlingen in Deutschland, 2007, S. 4. In die gleiche Richtung *W. Schäuble*, Europäische Migrationspolitik – Versuch einer Standortbestimmung, in: ZAR 2006, S. 221 (224): „Das andere ist nur, dass wir rechtliche Vorschriften aufgeben können, wenn wir Menschen schließlich doch [trotz Ausreisepflicht, Anmerkung des Verf.] das Bleiberecht gewähren, obwohl sie zuvor illegal und häufig auch durch rechtswidrige und systematische Täuschung Aufenthaltsberechtigungen erworben haben.“

² Siehe nur *K. Schönenbroicher*, Rechtsstaat auf Abwegen? – Die neue „Härtefallklausel“ des Ausländerrechts, in: ZAR 2004, S. 351 (352).

³ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. Nr. L 348 S. 98.

I. Die Abschiebung als Vollstreckungsmaßnahme sicherheitsrechtlicher Prägung

„Entscheidendes Merkmal der Abschiebung als einer die Ausreisepflicht zwangsweise durchsetzenden Vollstreckungsmaßnahme ist die Entfernung des Ausländers aus Deutschland und die Verbringung in einen anderen Staat“⁴. Diese Definition des Bundesverwaltungsgerichts gibt Aufschluss über Rechtsnatur und Inhalt der Abschiebung: Es handelt sich um eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung in der besonderen Figur der Anwendung unmittelbaren Zwangs⁵, mit der ein Ausländer aus dem Staatsgebiet der Bundesrepublik fortgeschafft wird. Die Abschiebung – in Deutschland in den §§ 58 ff. AufenthG normiert – ist damit für sich genommen kein Verwaltungs-, sondern ein Realakt, der in seiner Systematik überwiegend den Regeln des allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsrechts folgt⁶. Es kann deshalb auch ergänzend auf die jeweiligen landesrechtlichen Vollstreckungsregelungen zurückgegriffen werden⁷.

Aus der Natur der Vollstreckungsmaßnahme folgt, dass der Abschiebung stets eine irgendwie geartete Ausreisepflicht für den Ausländer vorgelagert ist⁸. In sicherheitsrelevanten Fällen ist hier vor allem die Ausweisung (§§ 53 ff. AufenthG⁹) als die Ausreisepflicht begründender Verwaltungsakt bedeutsam. Darunter versteht man das Gebot, das Land zu verlassen, verbunden mit dem Verbot¹⁰, es für eine gewisse Dauer wieder zu betreten¹¹. Diese Bedeutung war

⁴ BVerwGE 105, 322 (324). Inhaltsgleich Art. 3 Nr. 5 RFRL, wonach Abschiebung „die Vollstreckung der Rückkehrverpflichtung, d.h. die tatsächliche Verbringung aus dem Mitgliedsstaat“ bedeutet.

⁵ Statt aller *F. Wenger*, in: C. Storr u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, § 58 AufenthG Rn. 3.

⁶ Vgl. *S. Hocks*, in: R. M. Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 58 AufenthG Rn. 7.

⁷ *M. Funke-Kaiser*, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum AufenthaltG, § 58 Rn. 5 (2015). Es bleibt allerdings dabei, dass bei einer Abschiebung ausschließlich die Maßnahme des unmittelbaren Zwangs in Betracht kommt.

⁸ Dazu §§ 50 ff. AufenthG.

⁹ Die Struktur des Ausweisungsrechts hat sich mit dem Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015 (BGBl. I S. 1386) grundlegend geändert. Dazu näher unten, § 4-B.

¹⁰ Vgl. § 11 Abs. 1 AufenthG.

¹¹ BVerwGE 49, 202 (208); *Grimm*, Rückführung (Fn. 1), S. 65; *J. Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 76; *K. Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 1007.

schon sehr früh anerkannt und gilt auch im Völkerrecht¹². Zusammen mit der sich anschließenden Abschiebung bildet die Ausweisung das „Zentralinstitut der Gefahrenabwehr-Perspektive auf das Migrationsgeschehen“¹³. Damit wird eine „zweite Schicht der staatlichen Kontrolle“¹⁴ geschaffen: Neben den allgemeinen, gegenüber jedermann geltenden Sanktionsmechanismen des Strafrechts droht Ausländern die räumliche Entfernung aus dem Staatsgebiet, sollten sie sich nicht an die in Deutschland geltenden Regeln halten¹⁵. Die Befugnis zu Ausweisung und Abschiebung bildet damit gewissermaßen das Hausrecht des Staates. Während vor dem zweiten Weltkrieg das Ausweisungsermessen noch sehr weit war¹⁶, rückten Ausweisung und Abschiebung mit der Subjektivierung der Rechtsstellung des Ausländers unter der Geltung des Grundgesetzes näher an das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht heran¹⁷. Sie sind aber weiterhin davon gelöst zu betrachten; insbesondere erfordert die Ausweisung nicht zwingend eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, wie sie aus dem klassischen polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriff¹⁸ bekannt ist¹⁹. Dies liegt unter anderem daran, dass die Ausweisung auch andere Schutzgüter kennt

¹² Vgl. bereits *H. v. Frisch*, Das Fremdenrecht, 1910, S. 139: „Als Zweck des Institutes der Ausweisung, der allen Staaten gemeinsam ist, erscheint die Absicht, das Staatsgebiet von irgendwie gefährlichen oder unerwünschten Elementen rein zu halten“. Außerdem *U. Davy*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), The 1951 Convention relating to the Status of Refugees, New York 2011, Art. 32 Rn. 65.

¹³ *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 11), S. 76.

¹⁴ *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 11), S. 76.

¹⁵ Prägnant insofern die Wertung des Ausländerrechts als „Disziplinarordnung“ durch *H.H. Heldmann*, Ausländerrecht. Disziplinarordnung für die Minderheit, 1974.

¹⁶ *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 200 f.; *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 11), S. 77 f.

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06 – Rn. 20: „Die Ausweisung [...] als ordnungsrechtliche Maßnahme“. Zur Entwicklung des Ausweisungsrechts ausführlich *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, ebda., S. 199 ff.; *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 11), S. 77 f.; *I. Kraft*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausweisung im Ausländerrecht, in: DVBl. 2013, S. 1219 ff.

¹⁸ Statt aller *A. Voßkuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, in: JuS 2007, S. 908 f. Zum Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung statt aller *B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 8.

¹⁹ BVerwGE 35, 291 (293 f.). Näher zu den Unterschieden zwischen Ausweisungs- und Polizeirecht *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 201 ff. sowie *A. Kießling*, Fremdenpolizeirecht im Rechtsstaat (?) – Zu Herkunft und Zukunft des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2016, S. 45 (46 f.). Ähnlich auch BVerwGE 56, 254 (259), wonach die Aufgaben der Ausländerbehörden bei der Ermessensausübung i.R.e. Ausweisung „über die bloßer Gefahrenabwehr i.S.d. Polizeirechts“ hinausgehen.

(vgl. § 53 Abs. 1 AufenthG sowie § 55 Abs. 1 AufenthG a.F.) sowie noch heute nach der Zielsetzung des Gesetzgebers generalpräventiv motiviert sein kann²⁰.

II. Der Sonderfall der Zurückschiebung

Neben der Abschiebung beinhaltet das deutsche Recht mit der Zurückschiebung in § 57 AufenthG ein weiteres Instrument der Verwaltungsvollstreckung, mit dem der illegale Aufenthalt eines Ausländers beendet werden soll²¹. Die Zurückschiebung knüpft, wie der Wortlaut offenlegt, unmittelbar an den Vorgang der unerlaubten Einreise an und ist, da sie ohne Abschiebungsandrohung ergeht, gegenüber der Abschiebung die „speziellere und verfahrenstechnisch einfachere Maßnahme“²². Für die Zwecke dieser Arbeit spielt sie indes keine Rolle: Gegenüber Verfolgten ist die Zurückschiebung nur im Rahmen des Dublin-Verfahrens möglich (§ 57 Abs. 2 2. Hs. AufenthG). Ansonsten ist aufgrund der Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylVfG der Aufenthalt von Asylbewerbern nicht illegal, und es greift der Schutz aus § 60 Abs. 1 AufenthG (vgl. § 57 Abs. 3 AufenthG), sodass eine Zurückschiebung ausscheidet²³. Bei anerkannten Flüchtlingen entfällt dann aufgrund des inzwischen erfolgten Asylverfahrens und dem damit verbundenen zeitlichen Aufwand der unmittelbare Anknüpfungspunkt an die unerlaubte Einreise. Von einer näheren Behandlung der Zurückschiebung wird daher in dieser Arbeit abgesehen.

III. Europäische Vorgaben durch die Rückführungsrichtlinie

Die verstärkte Bekämpfung illegaler Einwanderung zählt nach Art. 79 Abs. 1 AEUV zu den Zielen der Einwanderungspolitik der Europäischen Union. Zu den entscheidenden Instrumenten auf diesem Gebiet gehört die effektive Rückführung illegal aufhältiger, d.h. ausreisepflichtiger Personen²⁴, weshalb die Union Kompetenzen insbesondere im Bereich der Abschiebung und Rückführung er-

²⁰ BT-Drs. 18/4097, S. 49. Kritisch dazu *R. Marx*, § 11 AufenthG im Lichte der Rückführungsrichtlinie, in: ZAR 2014, S. 278 (281 f.) sowie *ders.*, Zur Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2015, S. 245 (248 f.).

²¹ *Hailbronner*, Ausländerrecht (Fn. 11), Rn. 1115. Demgegenüber verhindert die Zurückweisung (§ 15 AufenthG) bereits die Einreise in das Gebiet der Bundesrepublik.

²² K. Hailbronner (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, § 57 AufenthG Rn. 4 (2012).

²³ *Hailbronner*, Ausländerrecht (Fn. 11), Rn. 1127; BT-Drs. 12/2062, S. 46.

²⁴ Vgl. *W. Kluth*, Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: ZAR 2015, S. 337 (337).

hält (Art. 79 Abs. 2 lit. d AEUV). Abschiebungen sind daher nicht mehr ausschließlich am nationalen Recht zu messen, sondern haben auch die aus diesem Kompetenztitel entspringenden europäischen Vorgaben zu beachten.

Neben anderen, schon früher erlassenen Maßnahmen geht es hierbei im Speziellen um die sog. Rückführungsrichtlinie²⁵ (RFRL), deren Ziel die „Festlegung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik ist, die auf gemeinsamen Normen und rechtlichen Garantien beruht, die gewährleisten, dass die betreffenden Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte auf menschenwürdige Weise zurückgeführt werden“²⁶. Kennzeichnend für den Inhalt der Richtlinie ist deshalb der Spagat zwischen effektiven Rückkehrmaßnahmen und der Wahrung der Rechte der betroffenen Ausländer, wozu gem. Art. 1 RFRL ausdrücklich auch der Flüchtlingsschutz gehört. Dabei fällt unter den Begriff der Rückkehr „die Rückreise von Drittstaatsangehörigen – in freiwilliger Erfüllung einer Rückkehrverpflichtung oder erzwungener Rückführung“ (Art. 3 Nr. 3 RFRL). Die *Rückführung*, auf die sich auch der Titel der Richtlinie beschränkt, erfasst somit lediglich die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht²⁷.

Der Anwendungsbereich der RFRL ist in ihrem Art. 2 normiert. Nach Abs. 2 lit. b können die Mitgliedsstaaten beschließen, die Richtlinie nicht anzuwenden, wenn die Rückkehrpflicht die Folge einer strafrechtlichen Sanktion ist. Damit wäre auch ein Ausschluss des für diese Arbeit relevanten Personenkreises vom Anwendungsbereich möglich: Zwar ist eine strafrechtliche Verurteilung nur Grund-

²⁵ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. Nr. L 348 S. 98. Zur langjährigen Entstehungsgeschichte der Richtlinie *B. Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, in: ZAR 2008, S. 377 (378 ff.). Dort auch zur teils scharfen Kritik an der Richtlinie.

²⁶ EuGH, U. v. 5.6.2014, Rs. C-146/14 PPU, Rn. 38 – *Mahdi*.

²⁷ Außerhalb der Richtlinie wird der Begriff der Rückführung nicht einheitlich beurteilt. Nach *V. Westphal/E. Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl. 2007, S. 603 ist die Rückführung „der letzte Teil der Vollstreckungsmaßnahmen Abschiebung, Zurückschiebung oder Teil des Vollzugs einer Zurückweisung“. *S. Progin-Theuerkauf*, in: H. v. der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 79 AEUV Rn. 23 zufolge ist Rückführung „die erzwungene Rückkehr eines Drittstaatsangehörigen (in Abgrenzung zur freiwilligen Rückreise)“. Für *D. Thym*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, Art. 79 AEUV (2015), Rn. 34 hingegen bezieht sich die Rückführung, in Abgrenzung zur Abschiebung, lediglich auf die Rückkehr in den Staat der eigenen Staatsangehörigkeit.

lage für „ein besonders schweres Ausweisungsinteresse“, § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (n.F.) und die Ausweisung nicht direkte Folge der Verurteilung. Dieser tatsächliche Zusammenhang ist aufgrund der weiten Formulierung des Art. 2 Abs. 2 lit. b RFRL aber ausreichend²⁸. Die Bundesrepublik hat, systematisch fragwürdig²⁹, von der Möglichkeit des Art. 2 Abs. 2 lit. b RFRL allerdings nur für einzelne Vorschriften Gebrauch gemacht – Anhaltspunkte für einen allgemeinen Ausschluss sind den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen³⁰.

Positive Voraussetzung für die Anwendbarkeit der RFRL ist der illegale Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen³¹ (Art. 3 Nr. 1, 2 RFRL), wobei der Grund für die Ausreisepflicht ohne Bedeutung ist³². Die Entscheidung der Mitgliedsstaaten darüber, wann eine Ausreisepflicht entsteht, bleibt mit anderen Worten unberührt. Ist das Merkmal des illegalen Aufenthalts erfüllt, legt die Richtlinie das Rückführungsverfahren samt der Reihenfolge der Verfahrensschritte fest³³. Erster Schritt zur Rückführung eines ausreisepflichtigen Ausländers ist dabei in der Systematik der RFRL der Erlass einer Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6³⁴. Nach der Legaldefinition des Art. 3 Nr. 4 RFRL ist das eine „behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme mit der der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wird“. Auch für die Rückkehrentscheidung ist also der Grund des illegalen Aufenthalts irrelevant; die Anordnung beschränkt sich auf die Feststellung bzw. Auferlegung der Rechtsfolge – der Rückkehrverpflichtung³⁵.

²⁸ C. Hörich, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben, 2015, S. 57. A.A. für das heutige Ausweisungsrecht wohl *Franßen-de la Cerda*, Vergemeinschaftung (Fn. 25), S. 381, wonach ein Fall des Art. 2 Abs. 2 lit. b RFRL nur bei der ehemaligen „Ist-Ausweisung“ nach § 53 AufenthG (a.F.) vorliegen kann. Noch strenger *W. Armbruster/M. Hoppe*, Neue Rechtsprechung zur Befristung der Wirkungen der Ausweisung, in: ZAR 2013, S. 309 (317).

²⁹ Vgl. *Armbruster/Hoppe*, ebda., S. 317: „Opt-out à la carte“.

³⁰ Vgl. BR-Drs. 201/11, S. 55 zu § 59 Abs. 1 S. 4 AufenthG a.F. und S. 64 zu § 59 Abs. 5 S. 1 AufenthG. Gegen einen allgemeinen Ausschluss auch OVG BB, U. v. 13.12.2011 – OVG 12 B 19.11 – Rn. 27; a.A. hingegen wohl OVG NRW, U. v. 22.3.2012 – 18 A 951/09 – Rn. 90 ff.

³¹ Zum persönlichen Anwendungsbereich ausführlich *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 49 ff.

³² *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 46.

³³ EuGH, U. v. 28.4.2011, Rs. C-61/11 PPU, Rn. 34 – *El-Dridi*. Von den Vorgaben darf nur unter der Maßgabe des Art. 4 abgewichen werden, d.h. nur bei günstigeren nationalen Bestimmungen; dazu EuGH, ebda., Rn. 32 f.

³⁴ EuGH, U. v. 28.4.2011, Rs. C-61/11 PPU, Rn. 36 – *El-Dridi*: „einleitende[r] Schritt[s]“.

³⁵ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 72.

Eine einheitliche Rückkehrentscheidung im Sinne der Richtlinie ist dem deutschen Recht indes nicht bekannt. Stattdessen unterscheidet das AufenthG gem. §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 zwischen der auf einer behördlichen Entscheidung beruhenden und der faktisch entstehenden Ausreisepflicht³⁶. Die RFRL sollte in diese bestehende Systematik integriert werden³⁷. Folge ist allerdings, dass nicht einheitlich darüber geurteilt wird, wie der erforderliche Erlass einer Rückkehrentscheidung umgesetzt wurde. Insbesondere ist umstritten, ob es sich bei einer Ausweisung um eine solche Entscheidung handelt, die dann den Vorgaben der Richtlinie unterworfen wäre.

1. Rückkehrentscheidung bei faktisch entstehender Ausreisepflicht

In den (für diese Arbeit weniger relevanten) Fällen, in denen eine Ausreisepflicht faktisch entsteht (§ 51 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6-8 AufenthG), ergeht naturgemäß zunächst keine behördliche Rückkehrentscheidung, sodass fraglich erscheint, ob und wie die Bundesrepublik in diesen Fällen dem Umsetzungserfordernis der Richtlinie gerecht wird. Dies allerdings nur auf den ersten Blick, denn nach einhelliger Meinung stellt dann die Abschiebungsandrohung (§ 59 AufenthG) die Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 RFRL dar³⁸. Eine solche Auslegung entspricht auch der Intention des Gesetzgebers³⁹ und ist mit der Richtlinie ohne Bedenken vereinbar: Die Abschiebungsandrohung ordnet im Regelfall (vgl. § 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG) eine Frist für die freiwillige Ausreise des Aus-

³⁶ BVerwGE 143, 277 (295, Rn. 36). Die eigentliche Ausreisepflicht aber, mag sie auch auf einem Verwaltungsakt (z.B. einer Ausweisung) beruhen, ist immer eine gesetzliche, denn sie ergibt sich aus § 50 Abs. 1 AufenthG und damit unmittelbar aus dem Gesetz, vgl. *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 58 Rn. 8 (2015); VGH BW, B. v. 20.6.2016 – 11 S 914/16 – Rn. 5.

³⁷ Vgl. *S. Basse/A.-M. Burbaum/C. Richard*, Das „zweite Richtlinienumsetzungsgesetz“ im Überblick, in: ZAR 2011, S. 361 (364); vgl. auch *S. Keßler*, Der Einzelfall zählt. Die Rückführungsrichtlinie und das deutsche Ausländerrecht, in: Asylmagazin 2012, S. 142 (143).

³⁸ VGH BW, U. v. 7.12.2011 – 11 S 897/11 – Rn. 82; BGH, Beschl. v. 14.3.2013 – V ZB 135/12 – Rn. 7; *Franßen-de la Cerda*, Vergemeinschaftung (Fn. 25), S. 383; *Basse/Burbaum/Richard*, Richtlinienumsetzungsgesetz (Fn. 37), S. 364; *H.-P. Welte*, Die Ausweisung in der Form einer Rückkehrentscheidung, in: ZAR 2012, S. 424 (426); *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 79 f. Offen gelassen in BVerwG, U. v. 4.12.2012 – 1 C 12/11 – Rn. 18.

³⁹ BT-Drs. 17/5470, S. 24; BR-Drs. 210/11, S. 63 f.

länders an und stellt damit die Illegalität des Aufenthalts (nochmals) fest. Gleichzeitig stellt sie seine Verpflichtung zur Rückkehr fest und entspricht damit der Definition des Art. 3 Nr. 4 RFRL⁴⁰.

2. Rückkehrentscheidung bei auf behördlicher Entscheidung beruhender Ausreisepflicht

Weniger eindeutig ist die Entscheidung, ob auch ein die Ausreisepflicht erst begründender Verwaltungsakt (§ 51 Abs. 1 Nr. 3-5a AufenthG) – für die Zwecke dieser Arbeit also insbesondere die Ausweisung – eine Rückkehrentscheidung im Sinne der Richtlinie ist. Die Bedeutung dieses Problems ergibt sich aus der schon oben beschriebenen Festlegung der Richtlinie auf die Rückkehrentscheidung als ersten Verfahrensschritt für eine Rückführung⁴¹. Im Anwendungsbereich der RFRL sind mit der Rückführung zusammenhängende Zwangsmaßnahmen somit erst nach dem Erlass einer Rückkehrentscheidung zulässig⁴².

Gegen eine Charakterisierung der Ausweisung als Rückkehrentscheidung wendet der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg ein, der „Zweck der Richtlinie geh[e] jedoch nicht dahin, ein eigenständiges unionsrechtliches Instrumentarium zur Bekämpfung der Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schaffen, die von Drittstaatsangehörigen ausgehen“⁴³. Dieser Feststellung ist zwar zuzustimmen, als Argument gegen eine Rückkehrentscheidung ist sie indes nicht zu gebrauchen: Auch, wenn man die Ausweisung als Rückkehrentscheidung betrachten wollte, würde dies nichts an der Entscheidungshoheit der Bundesrepublik über die Entstehung einer Ausreisepflicht ändern. Die RFRL legt eben nur das Verfahren für eine Rückführung fest, enthält aber keine materiellen Vorgaben⁴⁴.

⁴⁰ Vgl. auch *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 2a (2016).

⁴¹ EuGH, U. v. 28.4.2011, Rs. C-61/11 PPU, Rn. 36 – *El-Dridi*: „einleitende[r] Schritt[s]“.

⁴² *C. Hörich*, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, in: ZAR 2011, S. 281 (284); *H. Winkelmann*, Die Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, 2013, S. 13, Beitrag aus: www.migrationsrecht.net (abrufbar unter <http://www.migrationsrecht.net/zur-nationalen-umsetzung-der-rueckfuehrungsrichtlinie/dokument-details.html?catid=86> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]).

⁴³ VGH BW, U. v. 7.12.2011 – 11 S 897/11 – Rn. 82.

⁴⁴ So auch *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 83.

Tragfähiger sind Argumente, die sich direkt auf den Wortlaut der RFRL berufen können. So spricht gegen die Einordnung der Ausweisung als Rückkehrentscheidung, dass die Ausweisung nicht etwa – wie in der Definition des Art. 3 Nr. 4 RFRL vorgesehen – die Illegalität des Aufenthalts *feststellt*. Stattdessen *begründet* die Ausweisung erst eine solche Illegalität, indem sie den erforderlichen Aufenthaltstitel aufhebt (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG). In die gleiche Richtung weist Art. 6 Abs. 6 RFRL, wonach „mit einer einzigen behördlichen oder richterlichen Entscheidung eine Entscheidung über die Beendigung eines legalen Aufenthalts sowie eine Rückkehrentscheidung“ erlassen werden kann. Die Richtlinie unterscheidet damit ausdrücklich zwischen der Entscheidung über die Beendigung des Aufenthaltes und der Rückkehrentscheidung. Auch diese Bedenken können aber letztlich nicht durchgreifen: Zunächst stellen die englische und die französische Fassung des Art. 3 Nr. 4 RFRL nicht so rigoros auf die Feststellung der Illegalität ab wie die deutsche Übersetzung. Dort liegt eine Rückkehrentscheidung auch dann vor, wenn der Aufenthalt als illegal „erklärt“ wird („stating or declaring the stay of a third-country national to be illegal“ bzw. „déclarant illégal le séjour d’un ressortissant d’un pays tiers“), worunter sich auch die Ausweisung subsumieren ließe⁴⁵. Und auch wenn sich das aus Art. 6 Abs. 6 RFRL gezogene Wortlautargument nicht von der Hand weisen lässt, ist doch die Folge einer Differenzierung zwischen der Entscheidung über die Beendigung des legalen Aufenthalts und der Rückkehrentscheidung fraglich. Der Teil der Ausweisung, der dem Ausländer die Verpflichtung zur Rückkehr auferlegt, ist jedenfalls eine Rückkehrentscheidung (vgl. Art. 3 Nr. 4 RFRL)⁴⁶. Nun lässt sich aber die einheitliche Anordnung der Ausweisung nur schwerlich und gekünstelt in zwei Einzelteile auseinandernehmen, sodass man auch bei einer strengen Zugrundelegung des Art. 6 Abs. 6 RFRL *insgesamt* von einer Rückkehrentscheidung ausgehen muss.

Die Ansicht, dass es sich bei dem die Ausreisepflicht bzw. Illegalität des Aufenthalts begründenden Verwaltungsakt um eine Rückkehrentscheidung handelt, teilt der Gesetzgeber, wenn er davon spricht, dass die Abschiebungsandrohung

⁴⁵ Hörich, Rückführungsrichtlinie (Fn. 42), S. 284.

⁴⁶ Für Hörich, Abschiebungen (Fn. 28), S. 72 ist daher die Verlässenspflicht einzig entscheidendes Kriterium für eine Rückkehrentscheidung.

die von der RFRL geforderte Rückkehrentscheidung darstelle, „sofern nicht bereits ein Verwaltungsakt ergangen ist, der eine Ausreisepflicht statuiert“⁴⁷. Dies verdeutlicht auch der § 59 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG, wonach im Falle einer Ausweisung der Erlass einer Abschiebungsandrohung – die ja nach oben Gesagtem in jedem Falle eine Rückkehrentscheidung wäre – nicht erforderlich ist⁴⁸.

Die besseren Argumente sprechen daher im Ergebnis für eine Einordnung der Ausweisung als Rückkehrentscheidung im Sinne der RFRL⁴⁹. Es ist dementsprechend zu prüfen, ob die Ausweisung den Anforderungen gerecht wird, die die Richtlinie an eine Rückkehrentscheidung stellt. Probleme wirft in dieser Hinsicht Art. 7 Abs. 1 S. 1 RFRL auf, wonach eine Rückkehrentscheidung grundsätzlich eine Ausreisefrist zwischen sieben und dreißig Tagen vorsieht. In Deutschland ist dies indes lediglich Aufgabe der Abschiebungsandrohung (vgl. § 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG), nicht der Ausweisung. Die Abschiebungsandrohung mag in vielen Fällen mit der Ausweisung verbunden sein – gesetzlich vorgesehen ist das aber nicht, und auch bei einer Verbindung bleibt es bei zwei eigenständigen Verwaltungsakten⁵⁰. Die deutsche Rechtslage bleibt hier folglich hinter den Anforderungen der Richtlinie zurück. Dem Argument von *Hörich*, Art. 7 Abs. 1 S. 1 RFRL sei lediglich eine Soll-Vorschrift und damit zu vernachlässigen⁵¹, kann nicht gefolgt werden. Begründet wird diese Annahme mit der englischen Fassung der Richtlinie – a „return decision shall [Hervorhebung des Verf.] provide for an appropriate period [...]“. Das englische „shall“ ist mit dem deutschen „soll“ jedoch nicht vergleichbar und wird vielfach bei verbindlichen Vorgaben internationaler Regelwerke verwendet⁵². Selbst das Refoulement-Verbot aus Art.

⁴⁷ BT-Drs. 17/5470, S. 24. Darauf weisen auch BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 14/12 – Rn. 11 sowie BGH, Beschl. v. 14.3.2013 – V ZB 135/12 – Rn. 7 hin. A.A. ohne ersichtlichen Grund VGH BW, Beschl. v. 19.12.2012 – 11 S 2303/12 – Rn. 5.

⁴⁸ BR-Drs. 210/11, S. 64. So auch *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 82 (2012).

⁴⁹ Bejahend auch *Basse/Burbaum/Richard*, Richtlinienumsetzungsgesetz (Fn. 37), S. 364; *Hörich*, Rückführungsrichtlinie (Fn. 42), S. 284; *Welte*, Ausweisung (Fn. 38), S. 424 ff.; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 2a (2016), 82 (2012); *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 81 ff.; wohl auch BGH, Beschl. v. 14.3.2013 – V ZB 135/12 – Rn. 7. A.A. hingegen VGH BW, U. v. 7.12.2011 – 11 S 897/11 – Rn. 81; OLG München, U. v. 16.7.2012 – 4 StRR 107/12 – Rn. 25; *Keßler*, Einzelfall (Fn. 37), S. 143; *Winkelmann*, Umsetzung (Fn. 42), S. 13. Offen gelassen in BVerwGE 143, 277 (300) sowie BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 44.

⁵⁰ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 85.

⁵¹ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 85.

⁵² So explizit für Art. 7 Abs. 1 RFRL auch *F. Lutz*, in: K. Hailbronner/D. Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Art. 7 RFRL Rn. 3: „Article 7 (1) is a mandatory („shall“) provision“.

33 Abs. 1 GFK ist lediglich eine „shall“-Vorschrift – die Verbindlichkeit der Regelung kann allerdings nicht angezweifelt werden. Es bleibt deshalb an dieser Stelle beim Verstoß gegen die RFRL⁵³.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es sich auch bei dem die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt um eine Rückkehrentscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie handelt. Das AufenthG ist an dieser Stelle allerdings richtlinienkonform so auszulegen, dass mit dem jeweiligen Verwaltungsakt (also insbesondere mit der Ausweisung) *zwingend* die eine Ausreisefrist enthaltene Abschiebungsandrohung nach § 59 AufenthG zu erlassen ist, wenn schon der Verwaltungsakt selbst keine Ausreisefrist enthält. Bedenken könnten dann zwar weiterhin insofern bestehen, als auch nach dieser Lösung letztlich *zwei* (verbundene) Verwaltungsakte vorliegen. Praktisch aber wird dadurch die Rückkehrentscheidung zusammen mit einer Ausreisefrist erlassen und damit den Anforderungen aus Art. 7 Abs. 1 S. 1 RFRL entsprochen.

3. Anforderungen der Rückführungsrichtlinie an die Abschiebung

Bei der Vollstreckung der Rückkehrentscheidung, d.h. bei der Abschiebung (vgl. Art. 3 Nr. 5 RFRL), sind die Mitgliedsstaaten an die Art. 8 ff. RFRL gebunden. Die Voraussetzungen einer Abschiebung enthält insbesondere Art. 8 RFRL selbst. Die Richtlinie macht indes keine besonderen Vorgaben für die tatsächliche Durchführung der Abschiebung; in dieser Hinsicht sind daher weiterhin die Mitgliedsstaaten zuständig⁵⁴.

IV. Zusammenfassung

Die Abschiebung gem. § 58 AufenthG ist eine Maßnahme zur Vollstreckung einer Ausreisepflicht, die in tatsächlicher Hinsicht zur Entfernung des Ausländers aus dem Gebiet der Bundesrepublik führt. Sind Sicherheitsgründe dafür verantwortlich, dass der Ausländer das Land verlassen muss, wird die Ausreisepflicht klassischerweise durch eine Ausweisung nach den §§ 53 ff. AufenthG angeordnet. Sie bildet das gefahrenabwehrrechtliche Instrument des Ausländerrechts,

⁵³ Auch bei *Franßen-de la Cerda*, Vergemeinschaftung (Fn. 25), S. 384 ist keine Rede von einer freiwilligen Fristsetzung.

⁵⁴ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 23.

ohne dabei völlig mit dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht übereinzustimmen. Beide Maßnahmen – Ausweisung sowie Abschiebung – sind an den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie zu messen. Die Ausweisung ist nach überzeugender Ansicht eine Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 RFRL, die den ersten Verfahrensschritt einer jeden Rückführung markieren muss. Sollte es an einem die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt fehlen und die Ausreisepflicht faktisch entstehen, nimmt die Abschiebungsandrohung gem. § 59 AufenthG diesen Platz ein.

B. Voraussetzungen der Abschiebung

Nach § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG ist ein Ausländer abzuschieben, „wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist, eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist, und die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert ist oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint.“ Es ergeben sich daraus folgende Voraussetzungen:

I. Vollziehbare Ausreisepflicht

Erstes Erfordernis einer Abschiebung ist immer eine Ausreisepflicht. Dies folgt schon aus der Natur der Vollstreckungsmaßnahme. Ob eine Ausreisepflicht vorliegt, bestimmt sich nach §§ 50, 51 AufenthG: Ist ein Ausländer nicht oder nicht mehr im Besitz eines Aufenthaltstitels, hat er das Bundesgebiet zu verlassen, § 50 Abs. 1, 2 AufenthG⁵⁵. Das Erlöschen eines bereits bestehenden Aufenthaltstitels regelt wiederum § 51 Abs. 1 AufenthG. Dabei sind für diese Arbeit, in der es um die Abschiebung aus Sicherheitsgründen geht, vor allem die Nr. 3-5a von Relevanz, also Rücknahme, Widerruf, Ausweisung und Abschiebungsanordnung. Der Ausländer erfüllt seine Ausreisepflicht durch die dauerhafte Verlegung seines Aufenthalts; ein bloß zum Schein erfolgender Grenzübertritt genügt nicht⁵⁶. § 50 Abs. 3 AufenthG fordert in Übereinstimmung mit Art. 3 Nr. 3 RFRL außerdem grundsätzlich die Ausreise aus dem gesamten Schengen-Gebiet⁵⁷.

⁵⁵ Die eigentliche Ausreisepflicht beruht daher stets unmittelbar auf dem Gesetz, *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 50 Rn. 5 (2015) sowie § 58 Rn. 8 (2015).

⁵⁶ BVerwG, B. v. 20.6.1990 – 1 B 80/89 – Rn. 3.

⁵⁷ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 45.

Nochmals wird darauf hingewiesen, dass Asylbewerber nach § 55 Abs. 1 S. 1 AsylG eine Aufenthaltsgestattung für die Dauer des Asylverfahrens erhalten⁵⁸. Sie sind demnach gerade nicht ausreisepflichtig und können für die Dauer der Aufenthaltsgestattung nicht abgeschoben werden⁵⁹. Die Aufenthaltsgestattung erlischt nach Maßgabe des § 67 Abs. 1 AsylG, insbesondere also, wenn die Entscheidung des BAMF über den Asylantrag unanfechtbar geworden ist (§ 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylG). Die „regulären“ Vorschriften über das Erlöschen eines Aufenthaltstitels aus § 51 AufenthG sind daneben nicht anzuwenden⁶⁰ und gelten erst nach Abschluss des Asylverfahrens wieder. Erlischt die Aufenthaltsgestattung, entsteht dadurch unmittelbar eine Ausreisepflicht nach § 50 Abs. 1 AufenthG⁶¹.

Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht regelt § 58 Abs. 2 AufenthG. Dabei enthält S. 1 spezielle ausländerrechtliche Fälle, in denen die Vollziehbarkeit kraft Gesetzes eintritt⁶². Für die hier vorgenommene Untersuchung spielen sie keine weitere Rolle. In den anderen Fällen wird der Vollziehbarkeit des die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsaktes gefolgt (§ 58 Abs. 2 S. 2 AufenthG)⁶³. Nach den Regeln des allgemeinen Vollstreckungsrechts ist ein Verwaltungsakt vollziehbar, wenn er unanfechtbar ist, die sofortige Vollziehung angeordnet wurde (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) oder Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben⁶⁴. Anders als bei Widerspruch und Klage gegen die Ablehnung der Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels (§ 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG) hat das Vorgehen gegen einen sonstigen, die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt (unter anderem also gegen eine Ausweisung) gem. § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG aufschiebende Wirkung, wenn auch die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes an sich davon nicht berührt wird⁶⁵. Im Fall einer Ausweisung ist die Behörde also gehalten, die Maßnahme mit der Anordnung der sofortigen

⁵⁸ *Bergmann*, in: ders./Dienelt, *Ausländerrecht*, 11. Aufl. 2016, § 55 AsylG Rn. 5: „gesetzliches Aufenthaltsrecht besonderer Art“. Dazu schon oben, § 2-C.-III.-2.-a).

⁵⁹ *Hailbronner*, *Ausländerrecht* (Fn. 11), Rn. 1143.

⁶⁰ *J. Bergmann* (Fn. 58), § 67 AsylG Rn. 2; R. Marx (Hrsg.), *Asylgesetz*, 9. Aufl. 2017, § 67 Rn. 3.

⁶¹ *A. Clodius*, in: Hofmann, *Ausländerrecht* (Fn. 6), § 67 AsylG Rn. 1.

⁶² Vgl. *I. Bauer*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht* (Fn. 58), § 58 AufenthG Rn. 13.

⁶³ Für die Begründung der Ausreisepflicht selbst genügt die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 50 Rn. 10 (2015).

⁶⁴ *Hailbronner* (Fn. 22), § 58 AufenthG Rn. 12 (2012); *W. Mosbach*, in: H. Engelhardt/A. Schlattmann (Hrsg.), *VwVG/VwZG*, 10. Aufl. 2014, § 6 VwVG Rn. 2; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 58 Rn. 11 (2015).

⁶⁵ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 58 Rn. 33 (2015).

Vollziehung zu verbinden, wenn sie die Abschiebung möglichst schnell erreichen möchte⁶⁶.

Unabhängig davon, ob die Ausreisepflicht kraft Gesetzes oder aufgrund eines Verwaltungsaktes entsteht, muss die Behörde den Ablauf einer gegebenenfalls gesetzten Ausreisefrist abwarten, bevor sie mit der Abschiebung beginnen kann (§ 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG)⁶⁷.

II. Abschiebungsandrohung und Ausreisefrist

Die Ausreisefrist wird mit der Abschiebungsandrohung (§ 59 AufenthG) festgesetzt. War die Abschiebungsandrohung noch bis vor kurzer Zeit als Soll-Vorschrift ausgestaltet (§ 59 Abs. 1 a.F.), so hat sich ihre Position mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2011⁶⁸ wesentlich verstärkt. Seitdem ist sie zwingend für die Durchführung einer Abschiebung erforderlich⁶⁹. Außerdem sind die Vorschriften über die Dauer der Ausreisefrist nunmehr differenzierter ausgestaltet, um den Anforderungen des Art. 7 RFRL zu entsprechen⁷⁰.

1. Funktionen und Rechtsnatur der Abschiebungsandrohung

Der Abschiebungsandrohung kommt eine Vielzahl von Funktionen zu. Sie hat zunächst vollstreckungsrechtlichen Charakter und eröffnet – wie im allgemeinen Recht der Verwaltungsvollstreckung (vgl. § 13 VwVG) – das Vollstreckungsverfahren, indem sie dem Ausländer die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht androht. Durch das Setzen der Ausreisefrist und das Verdeutlichen der Konsequenz einer Nichtbefolgung der Ausreisepflicht wird dem Ausländer die Möglichkeit gegeben, einer Abschiebung durch vorherige freiwillige Ausreise zu entgehen, womit auch einem Erfordernis der RFRL entsprochen wird⁷¹. Zudem erhält der Ausländer Zeit, mit der Ausreisepflicht einhergehende persönli-

⁶⁶ Vgl. B. Cziersky-Reis, in: Hofmann, Ausländerrecht (Fn. 6), § 53 AufenthG Rn. 51.

⁶⁷ Hailbronner (Fn. 22), § 58 AufenthG Rn. 15 (2012).

⁶⁸ Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex, BGBl. 2011 I S. 2258.

⁶⁹ Eine Abschiebungsanordnung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erforderlich; Hailbronner, Ausländerrecht (Fn. 11), Rn. 1141. Näher zu den Voraussetzungen einer solchen Abschiebungsanordnung BVerwG, B. v. 22.8.1986 – 1 C 34/83 – Rn. 4 ff.

⁷⁰ Vgl. Bauer (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 9 f.

⁷¹ Dass die RFRL die vorrangige Ermöglichung der freiwilligen Ausreise gebietet, verdeutlicht bereits Erwägungsgrund 10. Dazu auch Hörich, Abschiebungen (Fn. 28), S. 101.

che Angelegenheiten zu regeln sowie seine Rechtsschutzmöglichkeiten zu prüfen⁷². Letztgenannte Funktion bleibt auch bestehen, wenn die freiwillige Ausreise des Ausländers ausgeschlossen ist, von einer Ausreisefrist also eigentlich nicht mehr gesprochen werden kann⁷³.

Die Abschiebungsandrohung ist, wie im allgemeinen Vollstreckungsrecht, ein selbstständig anfechtbarer Verwaltungsakt⁷⁴, dessen Rechtmäßigkeit das „rechtliche Schicksal [...] des Grundverwaltungsakts“ teilt, auf dem die Ausreisepflicht beruht⁷⁵. Um den Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 RFRL gerecht zu werden, muss die Androhung mit dem Grundverwaltungsakt verbunden werden⁷⁶. Sie ergeht dann als sog. unselbstständige Androhung⁷⁷.

Eine Sonderregelung für den Erlass einer Abschiebungsandrohung enthält § 34 AsylG, der sich auf abgelehnte Asylbewerber bezieht. Eine solche Abschiebungsandrohung folgt allerdings zum Großteil den Prinzipien des AufenthG, wie bereits der Wortlaut des § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG verdeutlicht⁷⁸. Zuständig ist in diesem Fall das BAMF.

2. Voraussetzungen für den Erlass der Abschiebungsandrohung

Damit eine Abschiebungsandrohung im Sinne des § 59 AufenthG erlassen werden kann, muss jedenfalls eine wirksame Ausreisepflicht für den betreffenden Ausländer bestehen. Ob darüber hinaus die Ausreisepflicht entsprechend den Anforderungen an die Abschiebung selbst (§ 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG) auch

⁷² Zu den Funktionen der Abschiebungsandrohung u.a. BVerwG, U. v. 16.10.1979 – IC 20.75 – Rn. 17; VGH BW, U. v. 29.4.2003 – 11 S 1188/02 – Rn. 27; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 2, 12 (2016); *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 38 (2016). Zu den besonderen Bedürfnissen von Flüchtlingen, die naturgemäß nicht einfach in ihren Heimatstaat ausreisen können, was auch in der Ausreisefrist zu berücksichtigen ist, vgl. *Davy* (Rn. 12), Art. 32 Rn. 97.

⁷³ Dies ist der Fall, wenn ein Abschiebungsgrund i.S.d. § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorliegt. Näher unten, § 3-B.-III.

⁷⁴ St. Rspr., u.a. BVerwG, U. v. 2.12.1988 – 4 C 16/85 – Rn. 8 ff.; *T. Troidl*, in: Engelhardt/Schlatmann, VwVG/VwZG (Fn. 64), § 13 VwVG Rn. 1.

⁷⁵ BVerwGE 62, 215 (224); *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 10 (2016).

⁷⁶ S.o., § 3-A.-III.-3. *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 3 hält die Verbindung hingegen lediglich für „idR zweckmäßig und geboten“, ohne dabei jedoch auf Art. 7 Abs. 1 RFRL einzugehen.

⁷⁷ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 11 (2016).

⁷⁸ *Marx* (Fn. 60), § 34 Rn. 2 m.w.N.

vollziehbar sein muss, wurde lange Zeit nicht einheitlich beurteilt⁷⁹. Bejaht man diese Frage, so wird die mit der Androhung verbundene Ausreisefrist grundsätzlich⁸⁰ erst mit der Unanfechtbarkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsaktes beginnen, also mit Ablauf der Klagefrist, was faktisch eine Verlängerung der Ausreisefrist zur Folge hat.

Für das Erfordernis einer vollziehbaren Ausreisepflicht könnte der Charakter der Abschiebungsandrohung als Vollstreckungsmaßnahme sprechen, denn eine Vollstreckung in Form der Abschiebung ist, wie dargelegt, ebenfalls nur bei Vollziehbarkeit möglich⁸¹. Dies wäre allerdings ein vorschneller Schluss: Die Abschiebungsandrohung ist der Abschiebung vorgelagert und teilt nicht ihre Anforderungen. Insbesondere muss bei Erlass der Androhung noch gar nicht feststehen, dass letztlich die Ausreisepflicht auch zwangsweise durchgesetzt werden kann⁸². Auch mit Blick auf die Gesetzssystematik lässt sich feststellen, dass § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG wörtlich eine vollziehbare Ausreisepflicht fordert, § 59 AufenthG hingegen nicht⁸³. Zusätzlich kann weder § 50 Abs. 2 noch § 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG entnommen werden, dass der Gesetzgeber für den Ausländer eine faktische Verlängerung der Ausreisefrist im oben beschriebenen Sinne vorgesehen hat.

Bereits diese allgemeinen Erwägungen sprechen gegen das Erfordernis der Vollziehbarkeit. Zusätzlich sind nunmehr auch die Wertungen der RFRL zu beachten. Nach deren Art. 6 Abs. 1 sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, gegen alle illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen Rückkehrentscheidungen zu erlassen, die nach Art. 7 Abs. 1 mit einer Ausreisefrist zu verbinden sind. Die RFRL sieht nicht vor, dass eine solche Rückkehrentscheidung erst ergehen kann, wenn die

⁷⁹ Vgl. die ausführliche Darstellung des VGH BW, U. v. 29.4.2003 – 11 S 1188/02 – Rn. 29 ff. zu § 50 AuslG 1990.

⁸⁰ Ausnahmen bestehen bei sofortiger Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes.

⁸¹ So das VG Karlsruhe, U. v. 29.4.2008 – 5 K 2619/06 – Rn. 30. Gleiches Argument zum allgemeinen Vollstreckungsrecht bei G. Sadler (Hrsg.), VwVG – VwZG, 9. Aufl. 2014, § 13 VwVG Rn. 1, ohne dabei aber auf das § 13 Abs. 2 VwVG einzugehen, der eigentlich gegen das Erfordernis der Vollziehbarkeit spricht, vgl. *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 46 (2016).

⁸² VGH BW, U. v. 29.4.2003 – 11 S 1188/02 – Rn. 29; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 14 f. (2016).

⁸³ OVG NRW, B. v. 20.2.2009 – 18 A 2620/08 – Rn. 33.

zur Illegalität des Aufenthalts führende Ausreisepflicht vollziehbar ist⁸⁴. Im Gegenteil kann gem. Art. 9 RFRL auf Vollziehbarkeithemmnisse auch nach Erlass der Rückkehrentscheidung noch reagiert werden⁸⁵. Sieht man richtigerweise bereits den die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt als Rückkehrentscheidung an⁸⁶, so ließe sich zwar auch eine Lösung konstruieren, wonach die damit verbundene Androhung nur unter der aufschiebenden Bedingung der Vollziehbarkeit erfolgt, die Frist also erst beginnt, wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist⁸⁷. Die Rückkehrentscheidung wäre dann für sich genommen von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig. Derartige Gedankenspiele würden allerdings die Sachlage unnötig verkomplizieren und können von der Richtlinie so nicht vorgesehen sein. Daher kann auch im deutschen Recht nicht an dem zusätzlichen Erfordernis der Vollziehbarkeit festgehalten werden. Eine solche Sichtweise stünde nicht im Einklang mit der Richtlinie (Art. 4 Abs. 3 RFRL). Es bleibt demnach dabei, dass der Erlass einer Abschiebungsandrohung zunächst lediglich eine wirksame, nicht aber eine vollziehbare Ausreisepflicht voraussetzt⁸⁸.

Ansonsten muss für den Erlass einer Abschiebungsandrohung noch nicht sicher feststehen, dass eine Abschiebung auch tatsächlich durchgeführt werden kann – insbesondere müssen also noch keine Abschiebungsgründe nach § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorliegen⁸⁹. Hier gilt wiederum nichts Anderes als im allgemeinen Vollstreckungsrecht⁹⁰. Damit wird auch nicht die Rechtsschutzgarantie aus

⁸⁴ *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 6; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 51 (2016). Mit Verweis auf die RFRL, allerdings ohne nähere Argumentation auch OVG BB, U. v. 17.7.2014 – OVG 7 B 40.13 – Rn. 35.

⁸⁵ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 91.

⁸⁶ Dazu oben, § 3-A.-III.-2.

⁸⁷ Vgl. *Wenger* (Fn. 5), § 59 AufenthG Rn. 5; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 43 (2016).

⁸⁸ So auch VGH BW, U. v. 29.4.2003 – 11 S 1188/02 – Rn. 29 ff. zu § 50 AuslG 1990; OVG NRW, B. v. 20.2.2009 – 18 A 2620/08 – Rn. 30 ff. und OVG Nds., U. v. 12.11.2010 – 12 LB 245/08 – Rn. 14 ff. sowie *T. Masuch/T. Gordzielik*, in: B. Huber (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 59 AufenthG Rn. 8; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 14 ff. (2016); *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 13; OVG BB, U. v. 17.7.2014 – OVG 7 B 40.13 – Rn. 35; *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 91; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 42 ff. (2016) mit Blick auch auf die Entstehungsgeschichte. A.A. noch VG Karlsruhe, U. v. 29.4.2008 – 5 K 2619/06 – Rn. 30 sowie *K. Dienelt*, in: G. Renner (Hrsg.), Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 59 AufenthG Rn. 6, allerdings jeweils zu § 59 AufenthG a.F. und *Marx* (Fn. 60), § 34 Rn. 6.

⁸⁹ BVerwG, U. v. 4.10.1988 – 1 C 1/88 – Rn. 43 ff.; *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 6; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 52 f. (2016).

⁹⁰ BVerwG, U. v. 4.10.1988 – 1 C 1/88 – Rn. 43.

Art. 19 Abs. 4 GG unterlaufen, denn der Ausländer kann sich sowohl gegen die Androhung als auch gegen die Abschiebung selbst gerichtlich zu Wehr setzen⁹¹.

3. Fristsetzung und -dauer

a) Erwägungen zur gewöhnlichen Ausreisefrist

Grundsätzlich wird dem ausreisepflichtigen Ausländer in der Abschiebungsandrohung eine angemessene Ausreisefrist zwischen sieben und dreißig Tagen gesetzt, § 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG⁹². In § 59 Abs. 1 S. 2 und 3 sowie Abs. 5 AufenthG werden dann Fallgruppen statuiert, in denen die Frist sieben Tage noch unterschreiten kann oder von einer Frist oder gänzlich von einer Abschiebungsandrohung abgesehen werden kann. § 59 Abs. 1 S. 4 AufenthG wiederum erlaubt es, in Einzelfällen auch eine längere Ausreisefrist festzusetzen bzw. eine bestehende Frist zu verlängern. Der die Abschiebung androhenden Ausländerbehörde steht damit eine Fülle an Möglichkeiten zur Verfügung, wenn es um die Länge der Ausreisefrist geht⁹³. Eingeführt wurde dieses detaillierte System durch das Richtlinienumsetzungsgesetz 2011, um den Anforderungen der RFRL, namentlich des Art. 7, nachzukommen⁹⁴. Das Ermessen der Behörde hinsichtlich der Länge der Frist hat sich an den individuellen Belangen des betroffenen Ausländers zu orientieren und diese gegen das öffentliche Interesse an einer unverzüglichen Ausreise abzuwägen. Dabei sind insbesondere der jeweilige Organisationsaufwand einer Ausreise sowie die Möglichkeit der Erlangung effektiven Rechtsschutzes in den Blick zu nehmen⁹⁵. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, ob der Ausländer während der Ausreisefrist voraussichtlich Straftaten verüben wird⁹⁶.

Besonderheiten gelten auch im Bereich der Ausreisefrist für abgelehnte Asylbewerber. § 38 AsylG sieht für den Normalfall eine *fixe* Frist von dreißig Tagen

⁹¹ BVerwG, U. v. 4.10.1988 – 1 C 1/88 – Rn. 46.

⁹² Diese Frist ist inhaltsgleich mit der in § 50 Abs. 2 AufenthG beschriebenen Ausreisefrist: BVerwG, U. v. 22.12.1997 – 1 C 14/96 – Rn. 13. Kritisch zur Entscheidung für eine Frist von 30 Tagen anstelle einer Monatsfrist *R. Gutmann*, Die Befristung der Rückkehrentscheidung, in: *InfAuslR* 2008, S. 208 (209, Fn. 8).

⁹³ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 97 (2016) hält die geltende Rechtslage deshalb für „sehr fehleranfällig“.

⁹⁴ So ausdrücklich BT-Drs. 17/5470, S. 24. Vgl. auch *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 9 f. sowie im Einzelnen zu Art. 7 RFRL *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 102 ff.

⁹⁵ Näher BVerwG, U. v. 22.12.1997 – 1 C 14/96 – Rn. 15 sowie *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 100 ff. (2016).

⁹⁶ Vgl. BVerwG, B v. 22.8.1986 – 1 C 34/83 – Rn. 7 ff.; B. v. 2.6.1988 – 1 B 66/88 – Rn. 7.

vor⁹⁷. Diese Festsetzung ist mit der Richtlinie vereinbar, handelt es sich doch im Vergleich zu Art. 7 Abs. 1 RFRL um eine günstigere Bestimmung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 RFRL⁹⁸. Bei unbeachtlichen und offensichtlich unbegründeten Asylanträgen⁹⁹ beträgt die Ausreisefrist hingegen gem. § 36 Abs. 1 AsylG – ebenfalls zwingend – eine Woche. Auch hier ist das deutsche Recht für den Betroffenen günstiger als die Richtlinie, die bei unbeachtlichen und offensichtlich unbegründeten Anträgen in Art. 7 Abs. 4 sogar die Möglichkeit vorsieht, eine Frist von weniger als sieben Tagen festzusetzen oder gänzlich von einer Frist abzusehen¹⁰⁰.

Interessant ist das Verhältnis zwischen Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht und Dauer der Ausreisefrist. Zu erinnern ist daran, dass unabhängig von der Dauer der Ausreisefrist die Abschiebung nur dann vollstreckt werden kann, wenn die Ausreisepflicht auch vollziehbar ist. In den Fällen, in denen die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts durch einen Verwaltungsakt beendet wird, entfalten Widerspruch und Klage gem. § 84 Abs. 2 AufenthG aufschiebende Wirkung, sodass hier für die Vollziehbarkeit der Eintritt der Unanfechtbarkeit erforderlich ist. Verbindet daher die Behörde einen solchen Grundverwaltungsakt nicht mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO), ist eine die Rechtsbehelfsfrist unterlaufende Ausreisefrist für eine schnellere Abschiebung letztlich zwecklos und dürfte die Rechtslage für die Betroffenen stattdessen nur unnötig verkomplizieren. Es empfiehlt sich daher in Fällen, in denen die sofortige Vollziehung nicht angeordnet wird, die Ausreisefrist so zu bestimmen, dass sie frühestens mit dem Ablauf der Rechtsbehelfsfrist endet. So sieht es auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG (AufenthG-VwV), die freilich keinen Gesetzesrang hat, in Ziffer 59.1.1.2 vor¹⁰¹.

⁹⁷ *Bergmann* (Fn. 58), § 34 AsylG Rn. 3 vertritt allerdings, dass in richtlinienkonformer Auslegung des Art. 7 Abs. 2 RFRL und aus Praktikabilitätsgründen auch das BAMF – und nicht nur die Ausländerbehörden (vgl. §§ 34 Abs. 1 S. 3 AsylG i.V.m. 59 Abs. 1 S. 4 AufenthG) – befugt sein soll, im Einzelfall eine längere Frist zu erlassen.

⁹⁸ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 106.

⁹⁹ Näher zum Konzept des offensichtlich unbegründeten Asylantrags unten, § 5-C.-II.-1.

¹⁰⁰ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 107.

¹⁰¹ Eine inhaltsgleiche Regelung enthält im allgemeinen Vollstreckungsrecht bspw. auch § 63 Abs. 1 S. 2 VwVG NRW.

b) (Keine) Möglichkeit des Absehens von Fristsetzung und Abschiebungsandrohung

Seit dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2011 geben die § 59 Abs. 1 S. 2, 3 sowie Abs. 5 AufenthG deutlich vor, in welchen Fällen eine Frist von weniger als sieben Tagen gesetzt werden sowie von einer Fristsetzung oder sogar von einer Abschiebungsandrohung gänzlich abgesehen werden darf. Die Vereinbarkeit der deutschen Regelungen mit ihrem unionsrechtlichen Hintergrund ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Dies betrifft zuvorderst den Umstand, dass § 59 Abs. 1 S. 2 AufenthG entgegen Art. 7 Abs. 4 RFRL¹⁰² eine Generalklausel enthält, nach der die Frist allgemein verkürzt bzw. gänzlich ausgelassen werden kann, „wenn dies im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Belange zwingend erforderlich ist“. Die beiden in § 59 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 aufgeführten Fälle sollen dagegen, anders als in Art. 7 Abs. 4 RFRL, nur Beispiele dieser Generalklausel sein („insbesondere“)¹⁰³. Des Weiteren wird bezweifelt, ob der in § 59 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG statuierte „begründete Verdacht [...], dass der Ausländer sich der Abschiebung entziehen will“, den durch Art. 3 Nr. 7 RFRL geforderten „objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien“ zur Definition der Fluchtgefahr aus Art. 7 Abs. 4 RFRL genügt¹⁰⁴. Auch § 59 Abs. 5 S. 1 AufenthG, der eine Abschiebung ohne Fristsetzung direkt aus der Haft oder dem sonstigen öffentlichen Gewahrsam erlaubt und für dessen Rechtfertigung sich der Gesetzgeber auf Art. 2 Abs. 2 lit. b und 7 Abs. 4 RFRL beruft¹⁰⁵, wirft große Bedenken hinsichtlich seiner Richtlinienkonformität auf¹⁰⁶. Zuletzt stellt sich – unabhängig

¹⁰² Zur Auslegung der dort normierten „Gefahr für die öffentliche Ordnung“ vgl. aus jüngster Zeit EuGH, U. v. 11.6.2015 – C 554/13.

¹⁰³ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 114 hält die Generalklausel wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 4 RFRL für nicht anwendbar. *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 112 (2016) sowie *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 27 wollen ihr hingegen in richtlinienkonformer Auslegung einen Anwendungsbereich zugestehen: Da § 59 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AufenthG eine „erhebliche“ Gefahr fordere und damit über die in Art. 7 Abs. 4 RFRL geforderte schlichte Gefahr hinausgehe, könne für eine solche schlichte Gefahr die Generalklausel des § 59 Abs. 1 S. 2 AufenthG herangezogen werden. Dies dürfte in der Tat ein theoretisch noch gangbarer Weg sein, wenn auch mit den Worten von *Funke-Kaiser* praktisch „kaum handhabbar“. Zu kritisieren bleibt in jedem Falle die unnötig komplizierte Umsetzung des deutschen Gesetzgebers.

¹⁰⁴ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 112 f. unter Verweis auf BGH, B. v. 26.6.2014 – V ZB 31/14 – Rn. 24 („Pleonasmus ohne jeden Gewinn für die Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit“). A.A. hingegen noch *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 111 (2016).

¹⁰⁵ BT-Drs. 17/5470, S. 24.

¹⁰⁶ *B. Huber*, Das zweite Richtlinienumsetzungsgesetz und weitere Änderungen im Ausländerrecht, in: NVwZ 2012, S. 385 (387); *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 79

von den Anforderungen der Richtlinie – stets die Frage, in welchen Fällen es überhaupt möglich und sinnvoll sein soll, von einer Fristsetzung sowie einer Abschiebungsandrohung gänzlich abzusehen, da jede Abschiebung ohnehin eine gewisse Vorbereitungszeit benötigen wird¹⁰⁷.

Eine nähere Befassung mit diesen Problemen kann aber ausbleiben, wenn sie sich für Verfolgte im Sinne dieser Arbeit ohnehin nicht stellen. Hier ist § 60 Abs. 10 S. 1 AufenthG von Bedeutung, wonach gerade nicht davon abgesehen werden kann, die Abschiebung anzudrohen und eine angemessene Ausreisefrist zu setzen, wenn ein Ausländer abgeschoben werden soll, der die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG erfüllt. Damit werden die Anforderungen des an dieser Stelle erstaunlich wenig beachteten Art. 32 Abs. 3 S. 1 GFK umgesetzt. Hintergrund der zwingend zu gewährenden Ausreisefrist ist, dass Flüchtlinge – im Gegensatz zu anderen Ausländergruppen – nicht einfach in ihren Heimatstaat zurückkehren können und demnach zunächst versuchen werden, einen aufnahmebereiten Drittstaat zu finden¹⁰⁸.

§ 60 Abs. 10 AufenthG überrascht allerdings auf den ersten Blick insofern, als Menschen, die in ihrem Heimatstaat einer Verfolgung im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG ausgesetzt sind, nicht die Abschiebung angedroht (vgl. § 34 Abs. 1 AsylG), sondern ihr Asylantrag im Gegenteil anerkannt wird und sie einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 1, 2 AufenthG erhalten. Welcher Anwendungsbereich verbleibt also für § 60 Abs. 10 AufenthG? Zunächst werden von dem Gebot Personen erfasst, die unter § 60 Abs. 1 S. 2 AufenthG fallen, deren Schutzanspruch also nicht vom BAMF beurteilt wurde und die damit nicht unter das „klassische“ Schema fallen¹⁰⁹. Des Weiteren fallen darunter Ausländer, die zwar verfolgt im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG, aber dennoch ausreisepflichtig sind, z.B. weil sie noch vor Erlangung des Aufenthaltstitels aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen worden sind (§ 25 Abs. 1 S. 2 AufenthG) oder nach Erlangung des Aufenthaltstitels ausgewiesen werden¹¹⁰.

(2012); *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 115 f. Zuletzt auch VGH BW, Beschl. v. 30.8.2016 – 11 S 1660/17 – Rn. 7 ff.

¹⁰⁷ Ausführlich *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 147 ff. (2016).

¹⁰⁸ *Davy* (Fn. 12), Art. 32 Rn. 97.

¹⁰⁹ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 175 (2016)

¹¹⁰ Vgl. *Hailbronner* (Fn. 22), § 60 AufenthG Rn. 133 (2016). Näher zur Ausweisung Verfolgter unten, § 4-C.

Fraglich ist aber, ob das Gebot des § 60 Abs. 10 AufenthG darüber hinaus auch für Ausländer gilt, die sogar die Ausschlussklauseln des §§ 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) erfüllen¹¹¹. Der Wortlaut erlaubt hier keinen eindeutigen Schluss: § 60 Abs. 10 AufenthG gilt für Ausländer, bei denen „die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen“, während Abs. 8 statuiert, bei Vorliegen der Ausschlussklauseln würde jener Absatz 1 „keine Anwendung“ finden. Nun kann man dies so deuten, dass die Voraussetzungen dann eben nicht vorliegen¹¹²; auch eine Interpretation, die den Anwendungsausschluss lediglich auf die Rechtsfolge, nämlich das Abschiebungsverbot, bezieht, lässt sich aber hören. Den Tatbestand – und damit die Voraussetzungen – des § 60 Abs. 1 AufenthG würde der Ausländer bei solch einer Lesart weiterhin erfüllen. Auch keine Hilfe ist an dieser Stelle der Wortlaut des Art. 32 Abs. 3 S. 1 GFK: Zwar ist dort das Einräumen der angemessenen Frist unter keinen Vorbehalt gestellt¹¹³, die Rechte beziehen sich jedoch nur auf „Flüchtlinge“, was unter die Ausschlussklauseln fallende Personen gerade ausschließen könnte¹¹⁴.

Deutlicher in Richtung einer Anwendung des § 60 Abs. 10 AufenthG auch auf unter die Ausschlussklauseln fallende Personen weist die Gesetzessystematik. Nach §§ 34, 36 AsylG erlässt das BAMF bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen eine Abschiebungsandrohung mit einer fixen Ausreisefrist von einer Woche. Zur Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet kommt es indes nach § 30 Abs. 4 AsylG auch, wenn eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG vorliegt. Es erscheint unsinnig, dem BAMF eine starre Frist vorzuschreiben, den Ausländerbehörden hingegen – die gewöhnlich für Abschiebungsandrohungen gegen schon länger in Deutschland lebende Verfolgte zuständig sind – sogar das gänzliche Absehen von einer Fristsetzung oder Abschiebungsandrohung zu ermöglichen. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man Sinn und Zweck des Gebots aus § 60 Abs. 10 AufenthG in Betracht zieht. Denn unter § 60 Abs. 8 AufenthG fallende Ausländer können sogar

¹¹¹ Zu den Voraussetzungen der Ausschlussklauseln ausführlich unten, § 5-B.

¹¹² So *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 176 (2016); *Hailbronner* (Fn. 22), § 60 AufenthG Rn. 133 (2016).

¹¹³ *Davy* (Fn. 12), Art. 32 Rn. 97: „Refugees have a right under Art. 32, para. 3 of the 1951 Convention even if the chances are small“.

¹¹⁴ Ob auch Art. 33 Abs. 2 GFK (§ 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG) zum Verlust der Flüchtlingseigenschaft führt, ist streitig. Dazu unten, § 5-C.-I.-2.-d).

in den Verfolgerstaat abgeschoben werden und haben damit ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsschutz; sie werden insbesondere eine Ausreisefrist nutzen wollen, um eventuell doch einen aufnahmebereiten Drittstaat zu finden¹¹⁵.

Die besseren Argumente sprechen deshalb dafür, das Gebot des § 60 Abs. 10 AufenthG auch dann anzuwenden, wenn ein ausreisepflichtiger Ausländer den Tatbestand des § 60 Abs. 8 AufenthG erfüllt¹¹⁶. Dies ist auch nicht *per se* aufgrund der besonderen Gefährlichkeit von unter die Ausschlussklauseln fallenden Ausländern zu kritisieren, denn der Staat verfügt über genügend Kontrollmechanismen – sei es aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, sei es aus dem Ausländerrecht (vgl. z.B. § 50 Abs. 4-6 AufenthG) – um Straftaten während der Ausreisefrist zu verhindern. Außerdem kann die zu setzende „angemessene“ Frist aus § 60 Abs. 10 AufenthG ohne Weiteres im Sinne einer angemessenen kurzen Frist zu verstehen sein, wobei sich hier eine Orientierung an der einwöchigen Frist des § 36 AsylG anbietet¹¹⁷. Eine Unterschreitung jener Frist lässt sich jedenfalls aus den oben beschriebenen Gründen mit der Gesetzessystematik kaum in Einklang bringen.

Von einer Abschiebungsandrohung samt Fristsetzung kann somit bei einer geplanten Abschiebung von Verfolgten niemals abgesehen werden.

c) Keine Ankündigung des Termins der Abschiebung

Gem. § 59 Abs. 1 S. 8 AufenthG darf – ohne Auswirkungen auf die vorherige Abschiebungsandrohung – der konkrete Termin der Abschiebung nach Ablauf der Ausreisefrist dem Ausländer nicht mehr angekündigt werden. Eingeführt

¹¹⁵ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 176 (2016), der auch die Entstehungsgeschichte heranzieht.

¹¹⁶ So auch *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 176 (2016) sowie im Bezug auf Art. 33 Abs. 2 GFK wohl auch *A. Zimmermann/P. Wennholz*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 12), Art. 33, para. 2 Rn. 42: „[E]xpulsion and return under art. 33, para. 2 are conditioned upon the obligation of the State to grant the refugee a reasonable period of time and all necessary facilities to obtain admission into another country“. Dies folge aus dem Verhältnis zu Art. 31, 32 GFK. A.A. hingegen wohl *Hailbronner* (Fn. 22), § 60 AufenthG Rn. 133 (2016).

¹¹⁷ Es muss hingegen bezweifelt werden, dass, wie von *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 176 (2016) vertreten, auch das BAMF beim Erlass einer Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG die Möglichkeit hat, abweichend von den §§ 36, 38 AsylG eine „angemessene Frist“ zu setzen (unklar bleibt, ob das auch eine kürzere Frist sein kann). Eher ist der Verweis des § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG auf §§ 59, 60 Abs. 10 AufenthG so zu verstehen, dass bei abgelehnten Asylbewerbern die Abschiebung abweichend vom allgemeinen Ausländerrecht niemals ohne Abschiebungsandrohung und Fristsetzung durchgeführt werden darf. So *Marx* (Fn. 60), § 34 Rn. 3.

wurde dieses Verbot mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. Oktober 2015 („Asylpaket I“)¹¹⁸, um zu verhindern, dass die Betroffenen sich der Abschiebung entziehen, z.B. durch Untertauchen. Da nach vorheriger Rechtslage nicht etwa ein *Gebot* bestand, den Termin anzukündigen, bewirkt die Neuregelung für den ausreisepflichtigen Ausländer keine Verschlechterung, sondern vielmehr nur eine Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis, die sowohl mit rechtsstaatlichen Grundsätzen als auch mit der RFRL ohne Weiteres vereinbar ist¹¹⁹. Denn aufgrund der zuvor festgesetzten Ausreisefrist weiß der Ausländer weiterhin, ab welchem Zeitpunkt mit einer Abschiebung zu rechnen ist. Und auch die Richtlinie verlangt in Art. 7 Abs. 1 nicht mehr als das Setzen einer Ausreisefrist; im Gegenteil fordert sie die Mitgliedsstaaten auf, Maßnahmen zur Ermöglichung einer wirksamen Rückführung zu ergreifen¹²⁰, was auch die Beseitigung praktischer Durchsetzungsschwierigkeiten erfasst¹²¹.

4. Der Umgang der Abschiebungsandrohung mit Abschiebungsverboten

Wie die Abschiebungsandrohung mit der Abschiebung entgegenstehenden Hindernissen umgeht, regeln die § 59 Abs. 2 und 3 AufenthG.

a) Erlass der Abschiebungsandrohung trotz entgegenstehender Hindernisse

Gem. § 59 Abs.3 S. 1 AufenthG steht dem Erlass der Abschiebungsandrohung das Vorliegen von Abschiebungsverboten und Gründen für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegen, sondern bewirkt lediglich die Einschränkungen der Sätze 2 und 3. Dies stimmt mit dem Grundsatz, dass die Androhung rechtswidriger Vollstreckungsmaßnahmen ebenfalls rechtswidrig ist¹²², nur auf den ersten Blick nicht überein. Denn die Abschiebungsverbote des § 60

¹¹⁸ BGBl. I S. 1722.

¹¹⁹ Kluth, Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (Fn. 24), S. 342.

¹²⁰ Vgl. Erwägungsgrund (4): „wirksame Rückkehrpolitik“; Erwägungsgrund (13): „Der Rückgriff auf Zwangsmaßnahmen sollte [...] den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Wirksamkeit unterliegen“; Art. 8 Abs. 1: „Die Mitgliedsstaaten ergreifen alle *erforderlichen* [Hervorhebung des Verf.] Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung“.

¹²¹ Kluth, Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (Fn. 24), S. 342.

¹²² Hailbronner (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 20 (2016); Funke-Kaiser (Fn. 7), § 59 Rn. 54 (2016).

AufenthG sind insoweit relativ, als sie sich nur auf bestimmte Staaten und auf bestimmte dort herrschende Umstände beziehen, die sich auch wieder ändern mögen. Sie verbieten deshalb eine Abschiebung nicht *per se*, weshalb auch deren Androhung grundsätzlich möglich bleiben muss¹²³. Das Vorliegen von Abschiebungsverboten führt dementsprechend auch nicht zur Rechtswidrigkeit der gesamten Abschiebungsandrohung, sondern gem. § 59 Abs. 3 S. 2, 3 AufenthG nur zur Rechtswidrigkeit des Teils, der die von den Abschiebungsverboten betroffenen Staaten bezeichnet¹²⁴. Diese Staaten sind hingegen in der Androhung zu bezeichnen, § 59 Abs. 3 S. 2 AufenthG.

Ziel dieser Regelungen sind die Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung: Durch die frühzeitige Klärung von Abschiebungshindernissen soll zunächst die eigentliche Vollstreckungsphase entlastet werden. Gleichzeitig erlaubt der § 59 Abs. 3 S. 1 AufenthG aber auch eine Abschiebungsandrohung „auf Vorrat“, die den Ausländern zur freiwilligen Erfüllung der Ausreisepflicht drängen und damit Vollstreckungsmaßnahmen überhaupt unnötig machen soll¹²⁵. Gegen das Interesse des Gesetzgebers an einer zügigen und wirkungsvollen Vollstreckung seiner Ausreisegebote ist prinzipiell nichts einzuwenden, auch bleibt die Beachtung der Abschiebungsverbote durch § 59 Abs. 3 S. 2 und 3 AufenthG gewahrt. In den allermeisten Fällen ist daher der Erlass einer Abschiebungsandrohung trotz der Abschiebung entgegenstehender Hindernisse rechtlich zulässig.

b) Benennung des Zielstaates

Die Abschiebungsandrohung „soll“ gem. § 59 Abs. 2 AufenthG den Zielstaat der Abschiebung bezeichnen; gleichzeitig soll der Ausländer darauf hingewiesen

¹²³ BT-Drs. 12/2062, S. 44; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 20 (2016).

¹²⁴ BVerwGE 102, 249 (257); 118, 308 (313); *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 20 (2016); *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 42.

¹²⁵ Vgl. BT-Drs. 12/2062, S. 43 f.; BVerwGE 118, 308 (312 f.); *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 55 (2016). Anderes mag für Fälle gelten, in denen die Abschiebung aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit auf Dauer *absolut* ausgeschlossen ist. Vgl. dazu *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 29 (2016). *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 92 f., zufolge sei für den Erlass der Abschiebungsandrohung die Vollstreckbarkeit der Ausreisepflicht erforderlich, weil die RFRL zwingend entweder die Aufenthaltsbeendigung oder die Legalisierung des Aufenthalts vorsehe und einen Zustand dauerhafter Illegalität nicht erlaube. Ähnlich auch *Gutmann*, Befristung (Fn. 92), S. 209. Da aber die Abschiebungsandrohung den Aufenthaltsstatus des Ausländers gänzlich unberührt lässt und seine bereits bestehende Ausreisepflicht nur verkündet, sie also gar nicht selbst den Zustand dauerhafter Illegalität begründet, kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden.

werden, dass er auch in einen anderen Staat abgeschoben werden kann, in den er einreisen darf oder der zu seiner Übernahme verpflichtet ist¹²⁶. Auch dies dient der Verfahrensbeschleunigung: Die Festlegung auf einen Zielstaat erlaubt die frühzeitige Klärung etwaig entgegenstehender Hindernisse und entlastet damit die eigentliche Vollstreckungsphase; durch den Hinweis auf mögliche andere Zielstaaten wird außerdem sichergestellt, dass die Behörde nicht im Nachhinein eine gänzlich neue Abschiebungsandrohung erlassen muss¹²⁷. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass jedenfalls vor der Durchführung der Abschiebung der Zielstaat konkret zu bezeichnen ist¹²⁸.

Da ein Staat, für den Abschiebungsverbote nach § 60 AufenthG bestehen, als Zielstaat nicht in Betracht kommt, ist dieser Staat ebenfalls in der Abschiebungsandrohung zu bezeichnen, § 59 Abs. 3 S. 2 AufenthG. Zu erinnern ist aber daran, dass bei Vorliegen der Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylVfG) sogar eine Abschiebung in den Verfolgerstaat selbst in Betracht kommt¹²⁹.

III. Abschiebungsgrund

Dass der Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist und innerhalb der durch die Abschiebungsandrohung gewährten Ausreisefrist nicht ausgereist ist, ist allein für die Zulässigkeit einer Abschiebung noch nicht ausreichend. Hinzukommen muss ein in § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG beschriebener sog. Abschiebungsgrund, nämlich dass „die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert ist oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint“.

¹²⁶ Die Rechtsfolgen des Fehlens der Zielstaatsbestimmung sind umstritten. Für die Rechtswidrigkeit der Abschiebungsandrohung Hess. VGH, B. v. 20.10.1993 – 12 TH 1303/93 – Rn. 4 sowie VGH BW, B. v. 18.6.1996 – 13 S 1281/95 – Rn. 6. A.A. OVG HH, B. v. 5.5.1993 – BS VII 65/93 – Rn. 20 f.; *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 41 f. (2016); wohl auch BVerwGE 111, 343, Rn. 11.

¹²⁷ BT-Drs. 12/2062, S. 43 f.; vgl. auch BVerwGE 111, 343 (345 f.) sowie *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 40: „vollstreckungsrechtl[iche] Grundverfügung zur Durchsetzung der vollziehbaren Ausreisepflicht [...], die einen flexiblen u[nd] effektiven Vollzug erlaubt“.

¹²⁸ BVerwGE 111, 343, Rn. 14; VGH BW, B. v. 13.9.2007 – 11 S 1684/07 – Rn. 7. Zur Rechtsnatur einer nachträglichen Benennung des Zielstaates *Hailbronner* (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 39 (2016): „Anordnung sui generis“.

¹²⁹ Zu den Voraussetzungen der Ausschlussklauseln ausführlich unten, § 5-B.

Wann dies der Fall ist, wird durch § 58 Abs. 3 AufenthG spezifiziert. Die dortige beispielhafte („insbesondere“) Aufzählung bezieht sich zwar dem Wortlaut nach nur auf den Abschiebungsgrund der Überwachungsbedürftigkeit, betrifft aber in tatsächlicher Hinsicht auch die nicht gesicherte Erfüllung der freiwilligen Ausreise (vgl. die Nr. 2, 6 und 7)¹³⁰. Wird einer der aufgeführten Fälle erfüllt, so „ist“ die Überwachung erforderlich, sodass eine Abschiebung zwingend erforderlich ist – ein Ermessen der Behörde, dennoch die freiwillige Ausreise zuzulassen, besteht hier nicht¹³¹.

Nach § 58 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG liegt ein Abschiebungsgrund vor, wenn der Ausländer innerhalb der ihm gesetzten Ausreisefrist nicht ausgereist ist. Es kann aber auch bereits von vornherein feststehen, dass ein Abschiebungsgrund vorliegt und eine freiwillige Ausreise in jedem Falle ausscheidet. Dies ist unter anderem bei dem für diese Arbeit relevanten Bereich der Sicherheitsgründe der Fall: Nach § 58 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG ist die Überwachung erforderlich, wenn der Ausländer auf Grund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Absatz 1 i.V.m. § 53 AufenthG ausgewiesen worden ist. In solchen Fällen verkommt die weiterhin vor der Abschiebung zu erlassene Abschiebungsandrohung letztlich zur Abschiebungsankündigung, denn eine Chance, der Vollstreckung durch vorherige freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht zu entgehen, besteht für den Ausländer dann nicht mehr¹³². Entbehrlich ist sie dadurch jedoch ebenso wenig wie eine Fristsetzung; beiden kommt immer noch die Funktion zu, den Termin der Abschiebung vorhersehbar zu machen sowie dem Ausländer die Gelegenheit zur Regelung seiner Angelegenheiten und zum Ersuchen um Rechtsschutz zu geben¹³³.

Ein Verstoß gegen den durch die RFRL statuierten Vorrang der freiwilligen Ausreise ist in einer solchen gesetzlichen Regelungstechnik nicht zu sehen, denn zum

¹³⁰ *Hailbronner* (Fn. 22), § 58 AufenthG Rn. 38 (2012); *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 58 Rn. 47 (2015)

¹³¹ BVerwG, B. v. 22.8.1986 – 1 C 34/83 – Rn. 13; OVG HH, Beschl. v. 24.6.1996 – BS VI 51/96 – Rn. 2; OVG BW, U. v. 19.10.2005 – 11 S 646/04 – Rn. 51 f.; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 110 (2016); *Bauer* (Fn. 62), § 58 AufenthG Rn. 23. A.A. hingegen *Hailbronner* (Fn. 22), § 58 AufenthG Rn. 36 (2012), dessen Interpretation des Begriffs „insbesondere“ aber nicht zugestimmt werden kann. Eher ist hier *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 58 Rn. 47 (2015) zu folgen, der das Absehen von Abschiebung in Ausnahmefällen durch eine restriktive Auslegung der in Abs. 3 aufgeführten Fällen erreichen will.

¹³² *Bauer* (Fn. 62), § 59 AufenthG Rn. 6; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 59 Rn. 38 (2016).

¹³³ BVerwG, B. v. 22.8.1986 – 1 C 34/83 – Rn. 13; OVG HH, B. v. 15.11.1989 – Bs IV 503/88 u.a. – Rn. 14.

einen folgt auch das deutsche Gesetz diesem Vorrang grundsätzlich und normiert die Abschiebungsgründe lediglich als Ausnahmen. Zum anderen stellt selbst die RFRL in ihrem zehnten Erwägungsgrund den Vorrang der freiwilligen Ausreise unter den Vorbehalt, dass das Rückkehrverfahren dadurch nicht gefährdet ist, was beim Vorliegen von Abschiebungsgründen aber der Fall wäre¹³⁴. Auch Art. 8 Abs. 2 RFRL wird gewahrt, erfolgt doch selbst bei Vorliegen eines Abschiebungsgrundes die Abschiebung erst nach Fristablauf (§ 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Kritisieren lässt sich lediglich die Wortwahl des Gesetzes, die für den Laien kaum zu durchschauen ist: Ist von einer „Abschiebungsandrohung“ sowie einer „Frist für die freiwillige Ausreise“ die Rede (§ 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG), sollte man eigentlich damit rechnen dürfen, auch tatsächlich die Gelegenheit zur Ausreise zu erhalten, um der Abschiebung zu entgehen.

Dass der Ausländer trotz Vorliegens eines Abschiebungsgrundes nicht ausreist und sich dadurch der Abschiebung entzieht, kann die Behörde durch verschiedene Maßnahmen sicherstellen. Diese reichen von der Verpflichtung, den Wohnsitz an einem bestimmten Ort zu nehmen (§ 46 Abs. 1 AufenthG), über den Passenzug gem. § 50 Abs. 5 AufenthG bis hin zur Abschiebungshaft nach Maßgabe des § 62 AufenthG. Auch die Mitwirkungspflichten des Ausländers aus § 82 AufenthG verschaffen den Ausländerbehörden ein gewisses Maß an Kontrolle.

IV. Keine Abschiebungsverbote oder -hindernisse

Für den Zielstaat der Abschiebung dürfen keine Abschiebungsverbote oder -hindernisse bestehen¹³⁵. Grundsätzlich erhält der Ausländer bei Vorliegen eines Abschiebungsverbotes aus § 60 AufenthG einen Aufenthaltstitel, sodass eine Abschiebung überhaupt nicht möglich ist. Ist er dennoch ausreisepflichtig, so kann die sich um eine Abschiebung bemühende Behörde versuchen, einen aufnahmebereiten Drittstaat zu finden, für den kein Abschiebungsverbot besteht. Schlägt dies fehlt, besteht die Möglichkeit, die Abschiebung aufzuschieben und dem Ausländer eine Duldung zu erteilen (§ 60a Abs. 2 AufenthG), was nach Art. 9

¹³⁴ Hailbronner (Fn. 22), § 59 AufenthG Rn. 48 (2016).

¹³⁵ Vgl. Hailbronner, Ausländerrecht (Fn. 11), Rn. 1163 ff.

RFRL grundsätzlich auch zulässig ist¹³⁶. Die Ausreisepflicht wird dadurch nicht tangiert (§ 60a Abs. 3 AufenthG)¹³⁷.

V. Zusammenfassung

Die Voraussetzungen der Abschiebung, obschon seit den Regelungen des AuslG 1965, spätestens seit denen des AuslG 1990 in den Grundzügen unverändert, sind hinsichtlich einiger zentraler Punkte weiterhin umstritten. Ausgangspunkt ist zum Teil der unklare Wortlaut des Gesetzes. Insbesondere der Umgang mit Verfolgten, die sich naturgemäß auf ein Abschiebungsverbot berufen können, kann hier Schwierigkeiten bereiten.

Die Voraussetzungen einer Abschiebung nach den §§ 58, 59 AufenthG folgen zu großen Teilen den Regeln des allgemeinen Vollstreckungsrechts. Erforderlich ist als erster Schritt der Erlass einer Abschiebungsandrohung, in der dem Ausländer eine Ausreisefrist gesetzt wird, nach deren Ablauf eine Abschiebung erst erfolgen darf. Vom Erlass einer Abschiebungsandrohung mit einer angemessenen Frist kann gem. § 60 Abs. 10 AufenthG und entgegen § 59 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 5 AufenthG bei Verfolgten nicht abgesehen werden.

Weitere Voraussetzung für die Abschiebung – nicht aber für den Erlass der Abschiebungsandrohung – ist die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht, was bei der Fristsetzung bedacht werden sollte. In eilbedürftigen Fällen ist der die Ausreisepflicht begründende Verwaltungsakt (z.B. eine Ausweisung) daher mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO zu verbinden. Der nach § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG ebenfalls erforderliche Abschiebungsgrund wird in Fällen, in denen Sicherheitsgründe eine Ausreise erfordern, klassischerweise vorliegen. Die zuletzt zu beachtenden Abschiebungsverbote gelten relativ und verhindern eine Abschiebung deshalb nicht per se, sondern verbieten sie nur in bestimmte Staaten. Auf sie ist gegebenenfalls, wenn auch die Abschiebung in Drittstaaten nicht möglich ist, mit dem Erlass einer Duldung nach § 60a AufenthG zu reagieren.

¹³⁶ Näher *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 121 ff.

¹³⁷ Nach EuGH, U. v. 5.6.2014, Rs. C-146/14 PPU, Rn. 87 ff. – *Mahdi* ergibt sich bei Unmöglichkeit der Abschiebung auch kein Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Vgl. auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 328.

Liegen die Voraussetzungen für eine Abschiebung vor, so hat sie nach § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG („ist“) auch zu erfolgen; ein Ermessen für die Behörden besteht nicht¹³⁸.

C. Umsetzung der rechtlichen Vorgaben: Die Durchführung der Abschiebung

Nachdem damit die normativen Grundlagen der Abschiebung geklärt sind, soll im nächsten Schritt der Übergang zu ihrer tatsächlichen Umsetzung vollzogen werden. Nur wenn Ausreisepflichten notfalls auch tatsächlich mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, ist die Integrität eines Systems der Migrationskontrolle gewahrt¹³⁹. Indes ist zu konstatieren, dass die Zahl der Abschiebungen – wenn gleich ihre rechtlichen Voraussetzungen, wie aufgezeigt, generell selbst bei Verfolgten keine unüberwindbaren Hürden darstellen – oftmals in keinem Verhältnis zur Zahl der Ausreisepflichtigen steht¹⁴⁰. Die Gründe dafür sind vielfältig. Zum einen kann eine Abschiebung an der mangelnden Kooperationsbereitschaft des ausreisepflichtigen Ausländers oder des Zielstaats der Abschiebung scheitern¹⁴¹. Diese können auf relativ einfache Art eine Abschiebung verhindern, ist doch zur

¹³⁸ Statt aller *Hailbronner*, *Ausländerrecht* (Fn. 11), Rn. 1185.

¹³⁹ *G. Noll*, *Rejected asylum seekers: the problem of return* (UNHCR Working Paper No. 4), Lund 1999, S. 4.

¹⁴⁰ Im Jahr 2016 wurden 25.375 Abschiebungen durchgeführt (BT-Drs. 18/10955, S. 3 ff.). Hinzu kamen 20.851 Zurückweisungen, davon 434 aus Sicherheitsgründen (BT-Drs. 18/10955, S. 13 ff., 26 ff.) und 1.279 Zurückschiebungen (BT-Drs. 18/10955, S. 13 ff.). Damit ist die Zahl der Abschiebungen nochmals angestiegen (vgl. zu den Zahlen aus dem Jahr 2015 BT-Drs. 18/7588, S. 2 ff.). Insbesondere die Zahl der Zurückweisungen hat sich aufgrund der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen (vgl. *BMI*, *Migrationsbericht 2015*, S. 18) signifikant erhöht (im Jahr 2015 noch 8.913, BT-Drs. 18/7522, S. 12 ff.). Der Anstieg zwangsweiser Aufenthaltsbeendigungen hat jedoch auch mit der hohen Einwanderung zu tun und steht hinter der Zahl der vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer immer noch weit zurück. So hielten sich nach dem Entwurf des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht zum 31.1.2017 ausweislich des Ausländerzentralregisters 213.439 vollziehbar ausreisepflichtige Personen in Deutschland auf (BR-Drs. 179/17, S. 8); der Entwurf geht davon aus, dass diese Zahl noch ansteigt. *A. Ellermann*, *Street-level Democracy? How Immigration Bureaucrats Manage Public Opposition*, in: *West European Politics* 29 (2006), S. 293 (294) spricht insofern von einem „deportation gap“.

¹⁴¹ Eine Auflistung praktischer Probleme findet sich bei *A. Kreienbrink*, *Freiwillige und zwangsweise Rückkehr von Drittstaatsangehörigen aus Deutschland*, in: BAMF (Hrsg.), *Rückkehr aus Deutschland*, 2006, S. 25 (115 ff.). Etliche Gründe für die Vollzugsschwierigkeiten werden auch vorgestellt bei *C. Klos*, *Aufenthaltsrecht vor dem Infarkt*, in: G. Jochum/W. Fritzemeyer/M. Kau (Hrsg.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, S. 123 ff. (insbesondere S. 134 f.).

Bestimmung des Zielstaates grundsätzlich die Feststellung der Staatsangehörigkeit des Ausländers erforderlich. Folgeschwer offenbarte sich dieses Problem am Beispiel des für den Terroranschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt an der Gedächtniskirche vom 19. Dezember 2016 verantwortlichen Tunesiers Anis Amri, dessen Abschiebung nach Tunesien zuvor gescheitert war¹⁴². Abschiebungen können zudem an Widerstandshandlungen des Ausländers sowie an medizinischen Ursachen scheitern¹⁴³. Zum anderen konnte für die verhältnismäßig geringe Zahl von Abschiebungen lange Zeit auch das „liberale Paradox“ westlicher Gesellschaften verantwortlich sein, die einerseits Einwanderung kontrollieren und begrenzen wollen, andererseits jedoch eine konsequente Umsetzung ihrer normativen Befugnisse scheuen¹⁴⁴. Angesichts der hohen Zuwanderungszahlen mag hier allerdings gegenwärtig ein Gesinnungswandel stattfinden. Zuletzt besteht grundsätzlich ein Vorrang der freiwilligen Ausreise vor der Durchsetzung der Ausreisepflicht im Wege der Abschiebung. Aus diesem Grund existieren in Deutschland zahlreiche Programme, die bei der freiwilligen Ausreise unterstützen und beispielsweise Perspektiven im Heimatstaat der Betroffenen aufzeigen¹⁴⁵. Auch die Zielgruppe der freiwillig ausreisenden Ausländer fällt naturgemäß nicht unter die Abschiebungsstatistiken.

¹⁴² Vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-12/berlin-breitscheidplatz-gedaechtniskirche-weihnachtsmarkt> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

¹⁴³ Vgl. die Statistiken für das Jahr 2015 in BT-Drs. 18/7588, S. 34 ff. Durch das Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11. März 2016, BGBl. I S. 390 („Asylpaket II“) sollen – u.a. durch präzisere Anforderungen an ärztliche Atteste – gesundheitsbedingte Vollzugsschwierigkeiten abgebaut werden (vgl. BT-Drs. 18/7538, S. 18 f. sowie die neugefassten §§ 60 Abs. 7 S. 2-4, 60a Abs. 2c, 2d AufenthG). Dazu u.a. *D. Thym*, Die Auswirkungen des Asylpakets II, in: NVwZ 2016, S. 409 (412 f.).

¹⁴⁴ *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 335. *Ders.* spricht auf S. 326 ff. aufgrund der Vollzugsdefizite auch von einer „Krise des Ordnungsrechts“. Ähnlich *Klos*, Aufenthaltsrecht, ebda., S. 134 f. Die These belegen auch die Aussagen deutscher Vollzugsbeamter in den bei *Ellermann*, Democracy (Fn. 140), S. 300 f. geführten Interviews.

¹⁴⁵ Ausführlich *J. Grote*, Irreguläre Migration und freiwillige Rückkehr – Ansätze und Herausforderungen der Informationsvermittlung (BAMF Working Paper 65), 2015. Die Mittel für die Programme zur freiwilligen Rückkehr liegen gem. § 75 Nr. 7 AufenthG beim BAMF. Im Jahr 2015 sind 37.220 Personen freiwillig aus Deutschland mit Unterstützung des Bund-Länder-Rückkehrförderprogramms REAG/GARP (Reintegration and Emigration Programme for Asylum-Seekers in Germany/Government Assisted Repatriation Programme) ausgereist (BT-Drs. 18/7588, S. 46 f.). Insgesamt wurden im Jahr 2015 859.278 Fortzüge von Ausländern registriert (*BMI*, Migrationsbericht 2015, S. 172), wobei die Zahl nicht zwischen kurzfristigen Aufenthalten im Ausland differenziert (vgl. *BMI*, ebda., S. 170).

Die folgenden Abschnitte stellen die Umsetzung der rechtlichen Vorgaben zur Abschiebung vor. Zu diesem Zweck wird sowohl auf das tatsächliche Abschiebungsverfahren als auch auf die Kooperation mit den Zielstaaten der Abschiebung eingegangen. Stets werden dabei die tatsächlichen Probleme aufgezeigt, die einer Abschiebung entgegenstehen können.

I. Abschiebungsverfahren

Das Abschiebungsverfahren unterliegt – anders als die rechtlichen Voraussetzungen einer Abschiebung – kaum unionsrechtlichen Vorgaben. Art. 8 RFRL betrifft zwar die Abschiebung, ist aber wenig konkret¹⁴⁶. Der Grund dafür liegt allerdings auch darin, dass in diesem Bereich allgemein nicht formelle Gesetze, sondern eher Verwaltungsvorschriften dominieren.

1. Zuständige Behörden

Die Zuständigkeit für die Abschiebung liegt gem. § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG bei den Ausländerbehörden, und zwar unabhängig davon, ob die Abschiebungsandrohung gem. § 59 AufenthG durch die Ausländerbehörde oder gem. § 34 AsylG durch das BAMF erlassen wurde¹⁴⁷. Dies bescheinigt schon § 5 Abs. 1 S. 2 AsylG, wonach das Bundesamt für ausländerrechtliche Maßnahmen nur nach Maßgabe des AsylG zuständig ist – die Abschiebung aber ist im AufenthG normiert (§ 58). Im Falle einer durch das BAMF erlassenen Abschiebungsandrohung muss die zuständige Ausländerbehörde lediglich nach Maßgabe des § 40 AsylG unterrichtet werden.

Mit der Festlegung des § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG auf die Ausländerbehörden ist indes nur die sachliche Zuständigkeit geklärt, die Zuteilung der örtlichen Zuständigkeiten obliegt hingegen den Ländern¹⁴⁸. Ihnen ist es auch gestattet, sog. Zentrale Ausländerbehörden einzurichten (§ 71 Abs. 1 S. 2 AufenthG), die aufgrund ihrer Spezialisierung und der damit verbundenen Erfahrungen für schnellere

¹⁴⁶ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 23.

¹⁴⁷ *Bergmann* (Fn. 58), § 34 AsylG Rn. 3.

¹⁴⁸ Vgl. *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 117 f.; *H. Winkelmann*, in: *Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht (Fn. 58), § 71 AufenthG Rn. 2.

Verfahren sorgen können¹⁴⁹. Eine Ausnahme von den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen bildet der im Jahr 2017 an praktischer Bedeutung gewinnende¹⁵⁰ § 58a AufenthG, der den Erlass einer sofort vollziehbaren Abschiebungsanordnung ohne vorherige Androhung durch die obersten Landesbehörden (Abs. 1) bzw. durch das Bundesministerium des Innern (Abs. 2) bei besonderen Gefahrenlagen ermöglicht¹⁵¹.

Die generell normierte sachliche Zuständigkeit in § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG legt die Ausländerbehörde als „insgesamt zuständige Behörde“¹⁵² fest – das bedeutet aber nicht, dass auch tatsächlich Amtswalter der Ausländerbehörden die Ausreisepflicht vollstrecken. Diese Aufgaben nehmen stattdessen regelmäßig die Polizeien der Länder (§ 71 Abs. 5 AufenthG) sowie die Bundespolizei als Grenzschutzbehörde im Sinne des § 71 Abs. 3 Nr. 1d AufenthG (vgl. §§ 1 Abs. 2, 2

¹⁴⁹ Näher *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 117 f. Vgl. beispielhaft für Nordrhein-Westfalen die Verordnung über Zuständigkeiten im Ausländerwesen (ZustAVO) sowie den Runderlass des Innenministeriums über Besondere Zuständigkeitsregelungen der Zentralen Ausländerbehörden (ZAB) und Bestimmung der Zentralen Ausländerbehörde Bielefeld als Zentrale Stelle des Landes NRW für Flugabschiebungen (ZFA), in denen die Zentralen Ausländerbehörden Bielefeld, Dortmund und Köln eingerichtet werden. Zum Einsatz zentralisierter Behörden für die Pass- bzw. Passersatzbeschaffung auch *M. Kohls*, Wirksamkeit von Wiedereinreisesperren und Rückübernahmeabkommen (BAMF Working Paper 58), 2014, S. 25.

¹⁵⁰ Die Norm ist – wohl unter dem Eindruck des Terroranschlags in Berlin am 19.12.2016 – im Frühjahr 2017 erstmalig angewendet worden, um Abschiebungsandrohungen gegen einen Nigerianer und gegen einen Algerier zu erlassen. Beide standen im Verdacht, terroristische Anschläge in Deutschland begehen zu wollen; konkrete Anschlagpläne oder -ziele sowie die Begehung von Straftaten standen für die Behörden aber noch nicht fest. Das gem. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO im ersten und letzten Rechtszug zuständige BVerwG hat mit zwei Beschlüssen vom 21.3.2017 – 1 VR 1/17 und 1 VR 2/17 – beide Abschiebungsandrohungen für rechtmäßig befunden. Es hat den § 58a AufenthG für verfassungskonform erklärt (1 VR 1/17, Rn. 5 ff.) und sich zu seinen Voraussetzungen geäußert (1 VR 1/17, Rn. 14 ff.). Da das BVerwG die Hürden für den Erlass einer Abschiebungsanordnung angesichts der schwerwiegenden Gefahren, die von terroristischen Anschlägen ausgehen, nicht allzu hoch setzt, steht zu erwarten, dass von dem Instrument in Zukunft vermehrt Gebrauch gemacht werden wird. Tatsächlich hatte das BVerwG binnen kürzester Zeit bereits zwei Mal Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu bestätigen (Beschl. v. 31.5.2017 – 1 VR 4/17; Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3/17 (derzeit vor dem EGMR anhängig)). Das daraufhin angerufene BVerfG ist der Einschätzung des BVerwG mit Nichtannahmebeschl. v. 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17 – gefolgt und hat dabei insbesondere Stellung zu den Kompetenzen des Vermittlungsausschusses (Rn. 21 ff.) und zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes (Rn. 37 ff.) bezogen.

¹⁵¹ Ausführlich mit § 58a AufenthG beschäftigt sich *J.E.M. Kühn*, Abschiebungsanordnung und Abschiebungshaft, 2008, S. 27 ff.

¹⁵² BVerwGE 123, 382 (384).

Abs. 1 BPolG¹⁵³) wahr. Die Ausländerbehörde als „Herrin des Verfahrens“¹⁵⁴ entscheidet dabei über das „Ob“ der Abschiebung, wohingegen die Landes- und Bundespolizei in gesetzlich vorgeschriebener Vollzugshilfe über das „Wie“ entscheiden¹⁵⁵. Die Rolle wurde der Bundespolizei wurde mit dem sog. „Asylpaket II“¹⁵⁶ nochmals verstärkt, um das Rückkehrverfahren zu erleichtern¹⁵⁷: Nach § 73 Abs. 3 Nr. 7 AufenthG n.F. ist die Bundespolizei *generell* für die Beschaffung von Heimreisedokumente im Wege der Amtshilfe zuständig.

In unionsrechtlicher Hinsicht ist die Entscheidung 2004/573/EG¹⁵⁸ beachtenswert, die die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung ausreisepflichtiger Ausländer aus mehreren Mitgliedsstaaten betrifft und damit zur Effizienzsteigerung der gemeinsamen Rückkehrpolitik innerhalb der Europäischen Union beitragen soll¹⁵⁹. Hier ist eine Koordinierung mit den betreffenden Behörden der anderen Mitgliedsstaaten erforderlich¹⁶⁰.

2. Tatsächlicher Ablauf

Diese behördliche Zuständigkeitsverteilung zugrunde legend wird im nächsten Schritt aufgezeigt, wie sich ein Abschiebungsverfahren in tatsächlicher Hinsicht darstellen kann.

Mit Abschiebung ist die „Entfernung des Ausländers aus Deutschland und die Verbringung in einen anderen Staat“¹⁶¹ gemeint. Dies kann grundsätzlich auf

¹⁵³ Bundespolizeigesetz vom 19.10.1994, BGBl. I S. 2978.

¹⁵⁴ *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 117.

¹⁵⁵ BVerwGE 123, 382, (384, 387); *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 603.

¹⁵⁶ Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11. März 2016, BGBl. I S. 390.

¹⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 18/7538, S. 20 sowie *Thym*, Auswirkungen (Fn. 143), S. 412.

¹⁵⁸ Entscheidung des Rates vom 29.4.2004 betreffend die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen, die individuellen Rückführungsmaßnahmen unterliegen, aus dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 261 S. 28.

¹⁵⁹ Zu den gemeinsamen Abschiebemaßnahmen aus dem Jahr 2016 vgl. BT-Drs. 18/10955, S. 30 ff.

¹⁶⁰ Zur Kontrolle der Migrationsströme setzt die Union auch sonst weniger auf die Normierung eines gemeinsamen Abschiebungsverfahrens, sondern eher auf eine informationelle und operative Zusammenarbeit, vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 358 ff.

¹⁶¹ BVerwGE 105, 322 (324). Inhaltsgleich Art. 3 Nr. 5 RFRL, wonach Abschiebung „die Vollstreckung der Rückkehrverpflichtung, d.h. die tatsächliche Verbringung aus dem Mitgliedsstaat“ bedeutet.

dem Wasser-, Land- oder Luftweg erfolgen, wobei letzteres der Regelfall ist¹⁶². Konkret sieht der Vollzug der Abschiebung so aus, dass die zuständige Ausländerbehörde der Vollzugshilfe leistenden Landespolizeidienststelle in einem ersten Schritt die erforderlichen Unterlagen zusendet (unter anderem den Vollstreckungsauftrag und den Pass bzw. das sonstige Identitätsdokument¹⁶³ des abzuschickenden Ausländers)¹⁶⁴. Bereits hier können sich erhebliche Probleme ergeben, wenn der Ausländer keinen oder nur einen gefälschten Pass besitzt und auch sonst bei der Klärung seiner Staatsangehörigkeit nicht behilflich ist¹⁶⁵. Die Landespolizei klärt im Anschluss das weitere Verfahren mit der Bundespolizei, insbesondere also Zeit und Ort der Abschiebung. Der Ausländer wird durch die Landespolizei zum vereinbarten Flugplatz befördert und dort an die Bundespolizei übergeben, welche den Zeitpunkt der Übernahme bestätigt und diesen der Ausländerbehörde mitteilt¹⁶⁶. Die Durchführung der Abschiebung durch die Landespolizei (§ 71 Abs. 5 AufenthG) bis zum Zeitpunkt der Übergabe richtet sich dabei nach den landesrechtlichen Regeln über die Anwendung unmittelbaren Zwangs¹⁶⁷.

Abschiebungen auf dem Luftweg unterliegen den Gemeinsamen Leitlinien für Sicherheitsvorschriften bei gemeinsamen Rückführungen auf dem Luftweg im Anhang zur Entscheidung 2004/573/EG, welche gem. Art. 8 Abs. 5 RFRL nunmehr für alle Abschiebungen verbindlich sind¹⁶⁸. Die Rückführungen selbst können dann begleitet oder unbegleitet stattfinden. Ersteres ist insbesondere bei Ausländern angebracht, bei denen die Gefahr des Widerstandes gegen die Rückführung besteht oder die eine Bedrohung für andere Fluggäste bedeuten¹⁶⁹. Dies hängt allerdings genauso vom Einzelfall ab wie die Modalitäten der Begleitung, sodass pauschale Aussagen nicht möglich sind. Gleiches gilt für die Entschei-

¹⁶² *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 155; *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 606. Diese Regel äußert sich auch in den Statistiken, vgl. BT-Drs. 18/10955, S. 3 ff.

¹⁶³ Vgl. § 4 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV) vom 25.11.2004, BGBl. I S. 2945.

¹⁶⁴ AufenthG-VwV, Ziff. 58.0.2.

¹⁶⁵ Näher *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 12 f.; *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 130 ff. zu Problemfällen und Lösungsmöglichkeiten für die Ausländerbehörden.

¹⁶⁶ AufenthG-VwV, Ziff. 58.0.3.

¹⁶⁷ AufenthG-VwV, Ziff. 58.0.1. Zum Abschiebungsverfahren auch *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 153 ff.

¹⁶⁸ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 148.

¹⁶⁹ *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 155; *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 606. Über die Erforderlichkeit einer Begleitung entscheidet die für die Abschiebung zuständige Stelle; an eine Beurteilung der Ausländerbehörde ist sie dabei nicht gebunden, Bay. VGH, B. v. 14.2.2012 – 10 C 11.2591 – Rn. 14.

dung, Flugzeuge eigens für Rückführungen zu chartern oder den abzuschleppenden Ausländer mit anderen „regulären“ Fluggästen zusammen fliegen zu lassen¹⁷⁰.

Leistet der Ausländer während des Fluges Widerstand, regeln Nr. 3 der Gemeinsamen Leitlinien für Sicherheitsvorschriften bei gemeinsamen Rückführungen auf dem Luftweg sowie die nationalen Bestimmungen über die Rückführung ausländischer Staatsangehöriger auf dem Luftweg – eine Verwaltungsvorschrift –, welche Reaktionen der Bundespolizeibeamten (z.B. Fesselung) zulässig sind¹⁷¹. An Bord eines Flugzeuges ist außerdem der Luftfahrzeugführer (der Pilot) als Legalbeliehener gem. § 12 LuftSiG¹⁷² dazu ermächtigt, gegebenenfalls mit Zwangsmitteln für die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung zu sorgen¹⁷³.

Versucht der Ausländer, sich der Abschiebung durch Untertauchen zu entziehen bzw. hat dies bereits getan oder hindern sonstige Umstände eine unverzügliche Durchführung der Abschiebung, so können die zuständigen Behörden darauf mit der Ausschreibung zur Fahndung nach § 50 Abs. 6 AufenthG oder mit Abschiebungshaft nach Maßgabe der §§ 62-62b AufenthG reagieren. Gerade die Voraussetzungen und die Durchführung der Abschiebungshaft sind jedoch seit jeher Standpunkt lebhafter Debatten, auf die hier im Einzelnen nicht eingegangen werden kann¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 156. Zu den Problemen bei der Benutzung von Linienflügen *Ellermann*, Democracy (Fn. 140), S. 301 ff. Die Benutzung von sog. Sammelcharters für die Abschiebung einer großen Anzahl von Personen fällt nicht unter das Verbot der Kollektivausweisung, wie es z.B. Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK statuiert. Denn die Begründung der Ausreisepflicht bleibt weiterhin vom Einzelfall abhängig. Im Jahr 2016 wurden 13.464 Personen im Rahmen von Sammelabschiebungen abgeschoben (BT-Drs. 18/10955, S. 29 f.).

¹⁷¹ Näher *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 156.

¹⁷² Luftsicherheitsgesetz vom 11.1.2005, BGBl. I S. 78.

¹⁷³ Im Einzelnen sehr streitig sind allerdings das Verhältnis der Bordgewalt des Piloten zur Hoheitsgewalt der sich an Bord befindenden Bundespolizisten sowie die Ausübung von Hoheitsgewalt, sobald der deutsche Luftraum verlassen wurde. Dazu *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 607 ff.

¹⁷⁴ Aus jüngerer Zeit sei nur verwiesen auf *Basse/Burbaum/Richard*, Richtlinienumsetzungsgesetz (Fn. 37), S. 365 f.; EuGH, U. v. 17.7.2014, Rs. C-473/13 u. C-514/13 – *Bero und Bouzalmate* (zur Abschiebungshaft in speziellen Hafteinrichtungen nach Art. 16 Abs. 1 RFRL); VGH BW, Beschl. v. 30.8.2016 – 11 S 1660/17 – Rn. 7 ff. (zur Vereinbarkeit von § 59 Abs. 5 S. 1 AufenthG mit Art. 7 Abs. 4 RFRL); *J. Grote*, Abschiebungshaft und Alternativen zur Abschiebungshaft (BAMF Working Paper 59), 2014; *W. Kluth*, Aktuelle Fragen der Durchführung der Abschiebungshaft, in: ZAR 2015, S. 285 ff. sowie *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 150 ff. Durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017 (BGBl. I S. 2780) ist – wohl als Reaktion auf den Anschlag

II. Kooperation mit den Ziel- und Transitstaaten

Ein weiteres Hindernis auf dem Weg zur Abschiebung kann die fehlende Kooperationsbereitschaft der Zielstaaten sein, wenn es um die (Rück-)Übernahme der Ausländer geht¹⁷⁵. Die rechtliche Pflicht dazu hängt maßgeblich davon ab, ob es sich um den Heimatstaat des Ausländers oder um einen Drittstaat handelt.

1. Abschiebungen in den Heimatstaat

In rechtlicher Hinsicht geklärt ist die Lage bei beabsichtigten Abschiebungen in den Heimatstaat des Ausländers, wengleich auch hier die Abschiebungsverfahren oftmals Schwierigkeiten bereiten.

Schon nach Völkergewohnheitsrecht ist der Heimatstaat nämlich verpflichtet, seine eigenen Staatsangehörigen wiederaufzunehmen, wenn diese abgeschoben werden sollen¹⁷⁶, und dies aus mehreren Gründen. Das am häufigsten anzufindende Argument bezieht sich auf die Territorialhoheit des Aufenthaltsstaates und die Personalhoheit des Heimatstaates: Aus der Territorialhoheit folgt das grundsätzliche – für Verfolgte freilich eingeschränkte – Recht eines Staates, über den Aufenthalt ausländischer Personen in seinem Staatsgebiet zu entscheiden und diese bei Bedarf auszuweisen. Die Entfernung unerwünschter Ausländer darf

in Berlin am 19.12.2016 – mit § 62 Abs. 3 S. 4 AufenthG eine verschärfte Sicherungshaft für solche Ausländer eingefügt worden, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht (BR-Drs. 179/17, S. 4). Zudem ist die Dauer des Ausreisegewahrsams nach § 62b AufenthG auf höchstens zehn Tage verlängert worden. Zu den Fristverlängerungen *C. Hörich/H. Tewocht*, Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, in: NVwZ 2017, S. 1153 (1154 f.).

¹⁷⁵ Auch die Abschiebung des für den Berliner Anschlag vom 19.12.2016 verantwortlichen Tunesiers Anis Amri war daran gescheitert, dass die tunesischen Behörden die Rückübernahme ablehnten, vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-12/berlin-breitscheidplatz-gedaechtniskirche-weihnachtsmarkt> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017).

¹⁷⁶ Dieser Grundsatz ist seit langem anerkannt, wie die – trotz des Entstehungskontextes verwertbaren – Schriften von *H. Lessing*, Das Recht der Staatsangehörigkeit und die Aberkennung der Staatsangehörigkeit zu Straf- und Sicherungszwecken, Leiden 1937, S. 117 sowie *E. Castrén*, Die gegenseitigen Pflichten der Staaten in Bezug auf den Aufenthalt und die Aufnahme ihrer Staatsangehörigen und der Staatenlosen, in: ZaöRV 11 (1942-43), S. 325 (373) belegen. Aus der jüngeren Literatur *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 165; *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 603; *Grimm*, Rückführung (Fn. 1), S. 50; *Kohls*, Wirksamkeit (Fn. 149), S. 32; *A. M. Riebau*, Rückübernahmeabkommen und partnerschaftliche Steuerungsinstrumente: Menschenrechte als wirtschaftliche Tauschware auf dem politischen Tableau, in: ZAR 2015, S. 61 (61).

dann aber nicht faktisch an der mangelnden Aufnahmebereitschaft anderer Staaten scheitern. Als Korrelat der Territorialhoheit besteht daher die Pflicht des Heimatstaates, der kraft seiner Personalhoheit ohnehin eine Fürsorgepflicht für seine Staatsangehörigen hat, diese wieder aufzunehmen¹⁷⁷. Andere Argumente beziehen sich auf die individuellen Rechte der Staatsangehörigen auf Rückkehr in ihren Heimatstaat, wie sie unter anderem in Art. 13 Abs. 2 AEMR, 12 Abs. 4 IPbpr¹⁷⁸ sowie Art. 3 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK kodifiziert sind. Ein solches völkerrechtlich gewährleistetes Rückkehrrecht wäre aber wertlos, wenn ihm nicht wiederum eine Aufnahmepflicht des Heimatstaates entspräche¹⁷⁹.

Die Pflicht zur Rückübernahme eigener Staatsangehöriger gilt uneingeschränkt und kennt keine Vorbehalte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wäre damit doch die größere Verantwortung des Heimatstaates unterlaufen und wiederum die Territorialhoheit des Aufenthaltsstaates verletzt¹⁸⁰. So kann der Heimatstaat beispielsweise nicht die Rückübernahme (mutmaßlicher) Terroristen ablehnen¹⁸¹.

Auch wenn die Aufnahmepflicht bereits gewohnheitsrechtlich gilt und damit nicht von der Normierung in völkerrechtlichen Verträgen abhängt, haben sowohl die Bundesrepublik als auch die nach Art. 79 Abs. 3 AEUV dazu ermächtigte Europäische Union zahlreiche Rückübernahmeabkommen geschlossen, insbesondere mit solchen Staaten, die häufig das Ziel von Abschiebungen sind¹⁸². Solche Abkommen sollen die Durchsetzung der Aufnahmepflicht sichern. Denn

¹⁷⁷ *Lessing*, Recht, ebda., S. 117; *R. Plender*, The Exodus of Asians from East and Central Africa. Some Comparative and International Law Aspects, in: *American Journal of Comparative Law* 19 (1971), S. 287 (317 ff.); *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 20; *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 22.

¹⁷⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1553.

¹⁷⁹ *Plender*, Exodus (Fn. 177), S. 317 ff.; *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 9 f.; vgl. auch EuGH, U. v. 4.12.1974, Rs. 41/74, Rn. 21 ff. – *van Duyn*.

¹⁸⁰ *R. Higgins*, The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country, in: *International Affairs* 49 (1973), S. 341 (350): „A national whose presence is wholly undesirable in his own state cannot with reason or comity be wished upon another state“. So auch *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 14, 24.

¹⁸¹ Proteste der tunesischen Bevölkerung gegen die Rückübernahme von Extremisten/Terroristen (vgl. <http://www.faz.net/aktuell/politik/anschlag-in-berlin/proteste-gegen-rueckfuehrung-von-extremisten-nach-tunesien-14591433.html> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]) können daher nicht durchdringen.

¹⁸² Eine Liste der Rückübernahmeabkommen ist abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Migration-Integration/Aufenthaltsrecht/Rueckkehrpolitik/rueckkehrpolitik_node.html (zuletzt abgerufen am 27.6.2017). Ausführlich zu einzelnen bilateralen Abkommen der Bundesrepublik *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 41 ff.

auch wenn sich dem Völkergewohnheitsrecht das Verbot entnehmen lassen mag, die Rückübernahmepflicht durch übertriebene Nachweisanforderungen zu untergraben, so hat sich doch ein konkretes Verfahren, an das sich alle Staaten gebunden fühlen würden, noch nicht herausgebildet¹⁸³. Die praktische Durchsetzung einer Rückführung kann deshalb ohne vertraglich vereinbartes Abschiebungsverfahren leicht an der mangelnden Kooperationsbereitschaft des Zielstaates scheitern, wenn dieser z.B. wie im Fall Anis Amri die Staatsangehörigkeit des Ausländers nicht anerkennt oder die Ausstellung von Passersatzpapieren von nicht zu erfüllenden Anforderungen abhängig macht¹⁸⁴. Die Rückübernahmeabkommen enthalten dementsprechend in der Regel neben der deklaratorisch aufgeführten Rücknahmepflicht für eigene Staatsangehörige Regelungen über den Nachweis der Staatsangehörigkeit sowie Einzelheiten zum Rückkehrverfahren wie der Art des Rücknahmeersuchens und der dafür zuständigen Behörden¹⁸⁵.

Gewohnheitsrechtlich ebenfalls anerkannt, in der Praxis aber weniger relevant, ist die Rückübernahme Staatenloser jedenfalls dann, wenn der ehemalige Heimatstaat die betreffende Person während eines Auslandsaufenthalts ausgebürgert hat. Durch einen solchen einseitigen Akt kann sich der Staat nicht seiner Verantwortung entziehen¹⁸⁶.

¹⁸³ *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 34 ff.

¹⁸⁴ Vgl. *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 15 ff.; *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 166 sowie *BMI*, Migration und Integration, 2014, S. 165. Bei den Verhandlungen über den Abschluss eines Rückübernahmeabkommens verknüpfen die Bundesrepublik und auch die Union nach dem Motto „Zuckerbrot und Peitsche“ (*Thym*, Migrationsverwaltungsrecht [Fn. 16], S. 368) oftmals die Erfüllung der Rücknahmepflichten mit der Gewährung von Vorteilen. Vgl. dazu auch die Aussagen des damaligen Bundeswirtschaftsministers Sigmar Gabriel, bei mangelnder Kooperation nordafrikanischer Staaten die Entwicklungshilfe zu kürzen: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/koeln-uebergrieffe-an-silvester-vizekanzler-gabriel-fordert-hartes-vorgehen-gegen-taeter-a-1071009.html> (zuletzt abgerufen am 27.6.2017). Kritisch zu dieser Vorgehensweise *Riebau*, Rückübernahmeabkommen (Fn. 176), S. 62 ff.

¹⁸⁵ Näher *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 166 f. Vgl. beispielhaft Art. 1, 2 und 8 des Protokolls über die Umsetzung des Abkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Kroatien über die Rückübernahme von unerlaubt aufhältigen Personen (BGBl. 2012 II S. 1340). Für die Ausgestaltung der Rückübernahmeabkommen kann auf ein Modellabkommen der EU zurückgegriffen werden (Empfehlung des Rates vom 30.11.1994, ABl. 1996 Nr. C 274 S. 20).

¹⁸⁶ *Lessing*, Recht (Fn. 176), S. 118 ff.; *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 45; *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 603.

2. Abschiebungen in Drittstaaten

Abschiebungen von Verfolgten in ihren Heimatstaat sind allerdings, wie oben beschrieben, nur in Ausnahmefällen möglich, namentlich bei Vorliegen der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG). Und selbst bei deren Vorliegen können die komplementären Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG greifen, die ausnahmslos gelten. Für ausreisepflichtige Verfolgte kommt daher der Frage nach der Möglichkeit einer Abschiebung in Drittstaaten eine besondere Bedeutung zu, ist sie doch oftmals der einzige Weg, die Ausreisepflicht durchzusetzen. Anders als bei Abschiebungen in den Heimatstaat kennt das geltende Recht indes keine gewohnheitsrechtliche Pflicht zur Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen¹⁸⁷. Es fehlt hier schlicht an einem der Staatsangehörigkeit vergleichbaren allgemeinen Anknüpfungspunkt, der die überwiegende Verantwortlichkeit eines Drittstaates begründen sollte. (Rück-)Übernahmepflichten können daher nur mittels völkerrechtlicher Verträge begründet werden¹⁸⁸.

Im Rahmen des gemeinsamen Europäischen Asylsystems (Art. 78 Abs. 2 AEUV) haben die Dublin-Verordnungen ein umfassendes – wenngleich im Jahr 2015 faktisch zusammengebrochenes und daher weiter reformbedürftiges¹⁸⁹ –

¹⁸⁷ *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 71 ff.; *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 165; *Grimm*, Rückführung (Fn. 1), S. 50; *Riebau*, Rückübernahmeabkommen (Fn. 176), S. 62.

¹⁸⁸ Zu den auf Drittstaatsangehörige bezogenen Rückübernahmeabkommen *S.H. Legomsky*, Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection, in: UNHCR (Hrsg.), Legal and Protection Policy Research Series, Genf 2003, S. 22 ff.

¹⁸⁹ Einen Zusammenbruch konstatieren auch *H. Dörig/C. Langenfeld*, Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa, in: NJW 2016, S. 1 (3); *A. Nußberger*, Flüchtlingschicksale zwischen Völkerrecht und Politik, in: NVwZ 2016, S. 815 (817) sowie *H.-J. Papier*, Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU, in: NJW 2016, S. 2391 (2393), der mit Recht den Vorwurf eines „historisch negativ bedeutsamen Politikversagens“ in den Raum stellt. Vgl. im Bezug zum der EU innewohnenden Solidaritätsgedanken des Weiteren *P. Hilpold*, Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: EuR 51 (2016), S. 373 (392 f.). Die Kommission hat auf die Krise reagiert und am 4.5.2016 eine Reform des Dubliner Systems vorgeschlagen, das einen Verteilungsmechanismus vorsieht, der eingreift, wenn das Asylbewerberabkommen in einem Mitgliedsstaat 150% eines zuvor berechneten Referenzrahmens überschreitet. Ein Mitgliedsstaat kann entscheiden, an der Verteilung nicht teilzunehmen, muss dann aber 250.000€ pro Person an den Mitgliedsstaat zahlen, der an seiner Stelle einen ihm nach dem Fairnessmechanismus zugeordneten Asylbewerber übernimmt (vgl. Kapitel VII

Regelwerk zur Rückübernahme von Asylbewerbern geschaffen, das in den meisten Fällen den Mitgliedstaat der ersten illegalen Einreise als zuständig für die Prüfung des Asylantrags bestimmt (Art. 13 Dublin-III-VO). Nennenswert ist auch die – regelmäßig als Abkommen bezeichnete¹⁹⁰ – Erklärung des Europäischen Rates und der Türkei vom 18. März 2016, die die irreguläre Migration von der Türkei nach Griechenland beenden und damit das Geschäftsmodell der Schleuser zerschlagen soll¹⁹¹. Danach werden alle irregulären Migranten, die ab dem 20. März 2016 von der Türkei auf die griechischen Inseln gelangen, in die Türkei rückgeführt¹⁹²; die Kosten dafür trägt die EU. Im Gegenzug wird für jeden von den griechischen Inseln in die Türkei rückgeführten Syrer ein anderer Syrer aus der Türkei in der Europäischen Union neu angesiedelt¹⁹³; außerdem stellt die Union der Türkei eine beschleunigte Aufhebung der Visumpflicht für türkische Staatsangehörige sowie bedeutende finanzielle Mittel für flüchtlingsbezogene Projekte in der Türkei in Aussicht¹⁹⁴. Die Erklärung zeigt zwar faktisch Wirkung und führt zu einem Rückgang der illegalen Migration über die Ägäis¹⁹⁵, wirft auf der anderen Seite aber auch etliche rechtliche Probleme auf¹⁹⁶. Auf sie kann hier im Einzelnen jedoch nicht eingegangen werden, denn in dieser Arbeit geht es um

des Vorschlags vom 4.5.2016, COM [2016] 270 final). Insgesamt kritisch wird der Vorschlag beurteilt von *R. Marx*, Reform des Dubliner Systems – Kritische Auseinandersetzung mit den Plänen der Europäischen Kommission, in: ZAR 2016, S. 366 ff.

¹⁹⁰ Vgl. die Nachweise bei *R. Hofmann/A. Schmidt*, Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, in: NVwZ-Extra 11/2016, S. 1 (abrufbar unter http://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/NVwZ-Extra_2016_11.pdf [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]).

¹⁹¹ Vgl. die Pressemitteilung 144/16 des Europäischen Rates vom 18.3.2016 (abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]).

¹⁹² Ziff. 1 der Erklärung.

¹⁹³ Ziff. 2 der Erklärung.

¹⁹⁴ Ziff. 5 und 6 der Erklärung.

¹⁹⁵ *BMI*, Migrationsbericht 2015, S. 21.

¹⁹⁶ Es stellen sich insbesondere Fragen nach der Rechtsnatur der Erklärung (bspw. ist nach Ansicht des Juristischen Dienstes des Europäischen Parlaments die Erklärung nicht verbindlich, vgl. ZAR 2016, S. 277; a.A. *Hofmann/Schmidt*, Erklärung [Fn. 190], S. 3 ff.), nach der Einhaltung unionsrechtlicher Verfahrensvorschriften sowie nach der Rechtmäßigkeit aus flüchtlingsrechtlicher Perspektive, v.a. im Hinblick auf die Verfahrensrichtlinie und das Konzept des sicheren Drittstaates. Zu allem ausführlich, insgesamt an der Rechtmäßigkeit zweifelnd *Hofmann/Schmidt*, Erklärung (Fn. 190), S. 3 ff. Zur Frage, ob es sich bei den Rückführungen in die Türkei um der EMRK zuwiderlaufende Massenausweisung handelt *Nußberger*, Flüchtlingschicksale (Fn. 189), S. 821. Zur Beurteilung der auch bei der Rückführung in die Türkei eingesetzten „Hotspots“ *N. Markard/H. Heuser*, „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen: Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, in: ZAR 2016, S. 165 ff.

die Abschiebung Verfolgter, die bereits den Weg nach Deutschland gefunden haben und für die die europäisch-türkische Erklärung demnach keine Relevanz (mehr) hat.

Auch außerhalb des Dubliner-Systems ist entscheidendes Merkmal für eine Rückführung von Drittstaatsangehörigen oftmals der illegale Grenzübertritt¹⁹⁷. Typischerweise enthalten die gängigen Rückübernahmeabkommen daher die Pflicht, solche Drittstaatsangehörige wiederaufzunehmen, die illegal aus dem einen in den anderen Vertragsstaat eingereist sind¹⁹⁸. Die Beweisprobleme, die schon oben bei der Aufnahme eigener Staatsangehöriger angesprochen wurden, gelten hier allerdings in einem noch erhöhten Maße, insbesondere, wenn sich der Ausländer bereits im Drittstaat illegal aufhielt und dort gar nicht registriert wurde¹⁹⁹.

Besteht keine vertraglich festgelegte Rückübernahmepflicht, so ist eine Abschiebung in einen Drittstaat nur möglich, wenn dieser sich zur Aufnahme des Ausländers bereit erklärt²⁰⁰. Sind Sicherheitsgründe für die Ausreisepflicht verantwortlich, wird dies naturgemäß im Regelfall nicht passieren. Die Chancen, einen solchen Verfolgten auch in einen anderen als den Heimatstaat abschieben zu können, sind daher sehr gering²⁰¹.

3. Kooperation mit Transitstaaten

Grundsätzlich wird sich der abschiebende Staat um einen Direktflug in den Zielstaat der Abschiebung bemühen. Ist aber eine Zwischenlandung nötig, so sind die Details mit dem jeweiligen Transitstaat zu klären²⁰². Innerhalb der EU regelt

¹⁹⁷ *Riebau*, Rückübernahmeabkommen (Fn. 176), S. 62.

¹⁹⁸ Vgl. Art. 2 des Musterabkommens der EU (Fn. 185). Weitere Gründe für eine Rückübernahmepflicht können sein, dass der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis in dem Drittstaat besitzt oder Inhaber eines Reiseausweises gem. Art. 28 GFK ist (vgl. Paragraph 13 Abs. 1 des Anhangs zur GFK). Zu letzterem vgl. *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 78 ff.

¹⁹⁹ Vgl. *Hailbronner*, Rückübernahme (Fn. 1), S. 52 ff.

²⁰⁰ *Westphal/Stoppa*, Ausländerrecht (Fn. 27), S. 606. Vgl. auch Art. 3 Nr. 3 RFRL: „[A]nderes Drittland, in das der betreffende Drittstaatsangehörige freiwillig zurückkehren will und in dem er aufgenommen wird“.

²⁰¹ So auch *D. Fröhlich*, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 72 f.: „Schließlich scheiterte die mit Blick auf den Refoulement-Schutz zwar grundsätzlich mögliche Rückführung in sichere Drittstaaten in der Praxis regelmäßig an deren fehlender Übernahmefähigkeit“.

²⁰² Vgl. Art. 7 des Musterabkommens der EU (Fn. 185) sowie *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 17 und *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 169.

die sog. Durchbeförderungsrichtlinie²⁰³ das in diesen Fällen anzuwendende Verfahren.

III. Zusammenfassung

Sachlich zuständig für die Durchführung der Abschiebung ist die Ausländerbehörde als „Herrin des Verfahrens“. Dabei arbeitet sie jedoch eng mit den Landes- und Bundespolizeibehörden zusammen, die die Ausreisepflicht tatsächlich durchsetzen und den Ausländer – im Regelfall auf dem Luftweg – außer Landes bringen. In rechtlicher Hinsicht unproblematisch ist die Abschiebung des Ausländers in seinen Heimatstaat, der bereits völkergewohnheitsrechtlich zu Rücknahme verpflichtet ist. Eine solche Pflicht besteht für Drittstaaten hingegen nur ausnahmsweise und nur, wenn sie vertraglich vereinbart ist. Die Abschiebung ist somit im Regelfall von der Aufnahmebereitschaft des Drittstaates abhängig. Bereits aus diesem Grund wird die Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen in der Regel überhaupt nur möglich sein, wenn die Ausnahmeklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) erfüllt sind und somit auch eine Abschiebung in den Heimatstaat möglich ist – vorausgesetzt, es liegen keine anderen zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbote gem. § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG vor.

Tatsächliche Hindernisse können indes bei jeder Abschiebung leicht auftreten. Letztlich sind die abschiebenden Behörden zu einem hohen Grad auf die Kooperation sowohl des ausreisepflichtigen Ausländers als auch des Zielstaates der Abschiebung angewiesen, für die es damit relativ leicht ist, die Abschiebung jedenfalls zu verzögern. Die Probleme beginnen mit der Identifizierung des Ausländers und enden bei Widerstand während der tatsächlichen Rückführungen im Flugzeug. Um diese Probleme zu überwinden und die Entstehung eines „deportation gap“²⁰⁴ – verbunden mit der Erteilung langjähriger Duldungen²⁰⁵ – zu vermeiden, empfiehlt sich die Kombination verschiedener Maßnahmen. Als zielfüh-

²⁰³ Richtlinie 2003/110/EG des Rates vom 25.11.2003 über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftweg, ABl. Nr. L 321 S. 26.

²⁰⁴ *Ellermann*, Democracy (Fn. 140), S. 294.

²⁰⁵ Dass diese Konstellation unerwünscht ist, zeigt bereits der Charakter der Duldung als *vorübergehende* Aussetzung der Abschiebung, die die Ausreisepflicht unberührt lässt (§ 60a Abs. 3 AufenthG). Vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 327 ff.

rend haben sich hier die frühzeitige Aufklärung des Ausländers über die Bedeutung der Abschiebung und Förderung der freiwilligen Rückkehr sowie der Abschluss von Rückübernahmeabkommen mit den gewöhnlichen Zielländern der Abschiebung erwiesen²⁰⁶. Im Ernstfall ist der Staat aber – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – auch dazu berufen, sein Gewaltmonopol in der Form körperlichen Zwangs einzusetzen.

D. Rechtsfolgen der Abschiebung

Zuletzt werden im Folgenden die wichtigsten Rechtsfolgen der Abschiebung vorgestellt, wobei wiederum ein Hauptaugenmerk auf die Personengruppe der aus Sicherheitsgründen abgeschobenen Ausländer gelegt wird.

I. Einreise- und Aufenthaltsverbot

1. Wirkungen des Einreise- und Aufenthaltsverbots

„Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf weder erneut in das Bundesgebiet einreisen, noch sich darin aufhalten, noch darf ihm, selbst im Falle eines Anspruchs nach diesem Gesetz, ein Aufenthaltstitel erteilt werden“, § 11 Abs. 1 AufenthG. Die Umsetzung dieses sog. Einreise- und Aufenthaltsverbot in Deutschland wurde lange Zeit kontrovers diskutiert, insbesondere hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der RFRL. Durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015²⁰⁷ hat der Gesetzgeber jedoch – wenn auch auf Kosten der vorherigen kürzeren Fassung – einige begrüßenswerte Neuerungen und Klarstellungen vorgenommen, womit sich die meisten Probleme erledigt haben.

Der Inhalt des in § 11 Abs. 1 AufenthG normierten Einreise- und Aufenthaltsverbots ergibt sich relativ deutlich aus dem Wortlaut: Ein Ausländer, der mit einem solchen Verbot belegt ist, darf sich weder in Deutschland aufhalten, noch darf er in das Bundesgebiet einreisen, noch darf ihm ein Aufenthaltstitel erteilt werden²⁰⁸. Über den Wortlaut hinaus entfaltet das Verbot auch Wirkung für den gesamten Schengen-Raum. Praktisch erreicht wird dies durch die Ausschreibung

²⁰⁶ *Ellermann*, Democracy (Fn. 140), S. 305 f.; *Noll*, Asylum (Fn. 139), S. 16; *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 165 ff.

²⁰⁷ BGBl. I S. 1386.

²⁰⁸ Beachte aber § 11 Abs. 4 S. 2 AufenthG.

zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) gem. Art. 24 Abs. 2, 3 der SIS-II-VO²⁰⁹. Eine solche Ausschreibung führt gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 13 Abs. 1 S. 1 des Schengener Grenzkodex²¹⁰ zur Abweisung an den Außengrenzen des Schengen-Raums und gem. Art. 32 Abs. 1 lit. a sublit. v des Visakodex²¹¹ zur Visumverweigerung²¹². Auf legalem Weg kann ein solcher Ausländer daher das Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten nicht mehr erreichen. Die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung steht zwar dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 2, 3 SIS-II-VO nach im Ermessen der Mitgliedsstaaten. Um aber unionsweit eine effektive Rückkehrpolitik zu erreichen und dem Einreiseverbot den im 14. Erwägungsgrund der RFRL geforderten „europäischen Zuschnitt“ zu verleihen, ist nach Inkrafttreten der RFRL dieses Ermessen auf Null reduziert, soweit die Richtlinie ein Einreiseverbot gebietet²¹³. Die Mitgliedsstaaten *müssen* dann die Ausschreibung im SIS II vornehmen.

§ 11 AufenthG geht auf Art. 11 RFRL zurück. Definiert ist das dort geregelte Einreiseverbot in Art. 3 Nr. 6 RFRL als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht“. Demgegenüber ergeht nach deutschem Recht das Einreise- und Aufenthaltsverbot gem. § 11 Abs. 1 AufenthG bei Ausweisungen, Zurückschiebungen und Abschiebungen –

²⁰⁹ Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. Nr. L 381 S. 4. Näher zum SIS II und zur operativen Zusammenarbeit in den Mitgliedsstaaten *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 16), S. 358 ff.; *Kohls*, Wirksamkeit (Fn. 149), S. 15 f.

²¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. Nr. L 105/1.

²¹¹ Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl. Nr. L 243 S. 1.

²¹² Die Verweise auf das SIS in den zitierten Vorschriften sind heute als Verweise auf das SIS II zu verstehen, vgl. *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 225.

²¹³ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 225 f. Der 14. Erwägungsgrund sowie auch Art. 3 Nr. 6 RFRL fordern ebenfalls ausdrücklich ein Einreise- und Aufenthaltsverbot für das Hoheitsgebiet sämtlicher Mitgliedsstaaten. So auch *Lutz* (Fn. 52), Art. 11 RFRL Rn. 1, 5.

anders als nach Abs. 6²¹⁴ – schon kraft Gesetzes, und nicht erst durch eine behördliche oder richterliche Entscheidung, weshalb sich hier an der Unionsrechtskonformität zweifeln ließe. Da nach neuer Rechtslage allerdings auch in Deutschland vom Amts wegen eine Ermessensentscheidung über die Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbotes zu ergehen hat (§ 11 Abs. 2 S. 1, 3 S. 1 AufenthG), sind diese Bedenken letztlich unangebracht. Denn so ist sichergestellt, dass doch noch eine behördliche Einzelfallentscheidung getroffen wird; und auch im Unionsrecht ist eine Auswahlmöglichkeit der Behörden eher für die Befristungsdauer als für die Verhängung des Verbotes an sich vorgesehen (vgl. Art. 11 Abs. 2, 3 RFRL)²¹⁵.

Die Unionsrechtskonformität der gesetzlich angeordneten Verbindung einer *Ausweisung* mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG lässt sich auch deshalb in Frage stellen, weil die RFRL ein Einreiseverbot zwingend nur in den Fällen des Art. 11 Abs. 1 S. 1 anordnet, worunter die Ausweisung aber nicht in jedem Fall subsumiert werden kann²¹⁶. Indes ist der Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 RFRL so weit, dass er auch eine Auslegung zulässt, die den Mitgliedsstaaten selbst – und nicht nur den Behörden – die Entscheidung zugesteht, auch in anderen Fällen als den in Art. 11 Abs. 1 S. 1 RFRL genannten ein, dann ebenfalls zwingendes, Einreiseverbot vorzuschreiben²¹⁷. Die gesetzliche Anordnung aus § 11 Abs. 1 AufenthG ist daher insgesamt unionsrechtskonform.

2. Die Befristungsentscheidung

Die Rechtslage vor dem Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015 wurde vor allem deshalb kritisiert, weil nach § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. für eine Befristung des Einreise- und

²¹⁴ Im Fall des § 11 Abs. 6 AufenthG besteht schon ein Ermessen für die Entscheidung, ob überhaupt ein Einreise- und Aufenthaltsverbot *behördlich* angeordnet wird. Vgl. dazu *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 32 (2015).

²¹⁵ Wie hier für die Unionsrechtskonformität *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 11 Rn. 45 (2015), der auch die „nationale Regelungstradition“ als Argument heranzieht.

²¹⁶ Für die Unionsrechtswidrigkeit daher *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 221 ff., der in richtlinienkonformer Auslegung eine Verbindung von Ausweisung und Einreiseverbot nur nach behördlicher Ermessensentscheidung zulassen will, wie sie in Art. 11 Abs. 1 S. 2 RFRL vorgesehen ist. Für Abschiebungen ergibt sich das Problem im Übrigen nicht, da diese zwingend den Ablauf der Ausreisefrist fordern, was unter Art. 11 Abs. 1 S. 1 lit. b RFRL fällt (*Hörich*, Abschiebungen [Fn. 28], S. 221).

²¹⁷ So wohl auch *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 2 (2015). Auf die Problematik wird ansonsten, soweit ersichtlich, nicht eingegangen.

Aufenthaltsverbots ein Antrag des Ausländers erforderlich war, was im deutlichen Widerspruch zu Art. 11 Abs. 1 RFRL stand. Während das Bundesverwaltungsgericht sich um eine richtlinienkonforme Auslegung bemühte²¹⁸, hat der Europäische Gerichtshof das Erfordernis eines auch nur irgendwie gearteten Antrags für unvereinbar mit der Richtlinie erklärt²¹⁹. Darauf hat der Gesetzgeber reagiert²²⁰, sodass nunmehr auch nach deutscher Rechtslage die Befristung von Amts wegen erfolgt, wie § 11 Abs. 2 S. 1 AufenthG ausdrücklich anordnet.

Die Entscheidung über die Befristungsdauer selbst ist ein eigenständig anfechtbarer Verwaltungsakt²²¹ und nach ebenfalls ausdrücklicher Bestimmung in § 11 Abs. 3 S. 1 AufenthG als Ermessensentscheidung normiert. Damit erteilt der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Absage, die im offenen Wortlaut des § 11 Abs. 1 AufenthG a.F. eine gebundene, und damit gerichtlich voll überprüfbare, Entscheidung gesehen hatte²²². Die gesetzliche Festlegung auf eine Ermessensentscheidung ist mit der Richtlinie vereinbar, die in Art. 11 Abs. 1 in dieser Hinsicht ebenfalls keine klaren Vorgaben enthält²²³. Sie ist inzwischen auch vom Bundesverwaltungsgericht abgesegnet worden²²⁴.

Auch auf die nach alter Rechtslage herrschende Unklarheit bezüglich des Zeitpunkts der Befristung und des Fristbeginns hat der Gesetzgeber reagiert: Im Fall der Ausweisung wird die Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots mit der Ausweisungsverfügung verbunden, ansonsten „soll“ sie mit der Abschiebungsandrohung, spätestens aber mit der Abschiebung oder Zurückschiebung festgesetzt werden (§ 11 Abs. 2 S. 3, 4 AufenthG)²²⁵. Wenn auch das Einreise- und Aufenthaltsverbot sowie seine Befristung bereits mit der Ausweisungsverfügung entstehen, beginnt die Frist selbst erst mit der Ausreise, § 11 Abs. 2 S. 2

²¹⁸ BVerwGE 143, 277 (295 f.); BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 14/12 – Rn. 11. Dazu auch *Marx*, § 11 AufenthG (Fn. 20), S. 282 f.

²¹⁹ EuGH, U. v. 19.9.2013, Rs. C-297/12, Rn. 25 ff. – *Filev und Osmani*.

²²⁰ BT-Drs. 18/4097, S. 35.

²²¹ BT-Drs. 18/4097, S. 35; *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 32 (2015).

²²² BVerwGE 142, 29 (44 ff.). Die Gesetzesbegründung drückt sich etwas milder aus, wenn sie nur davon spricht, den Wortlaut zu konkretisieren, vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 36.

²²³ So auch *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 72 ff. (2016); *M. Fleuß*, Einreise und Aufenthaltsverbote gemäß § 11 AufenthG im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: ZAR 2017, S. 49 (52 f.) sowie Bay. VGH, U. v. 12.7.2016 – 10 BV 14.1818 – Rn. 64 ff. A.A. allerdings *Cziersky-Reis* (Fn. 66), § 53 AufenthG Rn. 78 sowie VGH BW, U. v. 9.12.2015 – 11 S 1857/15 – Rn. 25 ff.

²²⁴ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 65.

²²⁵ Zur alten Rechtslage BVerwGE 143, 277 (292 f.) sowie *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 239 ff. m.w.N.

AufenthG, womit nach § 50 Abs. 3 AufenthG grundsätzlich die Ausreise aus dem gesamten Schengen-Gebiet gemeint ist. Damit steht das AufenthG im Einklang mit der Richtlinie²²⁶ und verhindert zugleich, dass der ausreisepflichtige Ausländer den Ablauf der Frist einfach im Inland abwarten kann²²⁷.

Mit der Möglichkeit, das Fristende zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung an eine Bedingung zu knüpfen (§ 11 Abs. 2 S. 5, 6 AufenthG), hat der Gesetzgeber eine zuvor gängige Praxis kodifiziert²²⁸, deren Unionsrechtskonformität umstritten²²⁹, im Ergebnis aber zu bejahen ist. Dafür spricht bereits der offene Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 RFRL, der bezüglich der Befristungsdauer lediglich im Falle der Überschreitung der grundsätzlichen Obergrenze von fünf Jahren nähere Vorgaben macht²³⁰. Auch verträgt sich die Auferlegung von Bedingungen gut mit den Zielen der Richtlinie, namentlich einer effektiven, gleichwohl die Menschenrechte beachtenden Rückkehrpolitik. Denn nicht in jedem Fall ist bereits im Zeitpunkt der Befristungsentscheidung absehbar, wie sich der Ausländer entwickeln wird, sodass eine Beurteilung des Zeitpunkts, zu dem die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht mehr gefährdet ist, schwerfallen kann. In diesem Fall kann eine Bedingung im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 5, 6 AufenthG sowohl die Sicherheit des (derzeitigen) Aufenthaltsstaats gewährleisten als auch dem betroffenen Ausländer selbst die Möglichkeit geben, durch eigene Handlungen die Dauer des Einreiseverbotes zu verkürzen²³¹. Die Bedingung ist dann letztlich ein milderer Mittel als die Festsetzung einer längeren Frist und entspricht damit den Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zuletzt trägt auch das Argument nicht, mit der Auferlegung

²²⁶ *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 242 f.

²²⁷ BT-Drs. 18/4097, S. 35.

²²⁸ *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 50 (2015). Die Bedingungen des Nachweises der Straf- und Drogenfreiheit (§ 11 Abs. 2 S. 5 AufenthG) sind lediglich beispielhaft genannt („insbesondere“).

²²⁹ Gegen die Unionsrechtskonformität *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 235 ff.; a.A. Bay. VGH, B. v. 21.11.2013 – 19 C 13.1206 – Rn. 11 ff. *Armbruster/Hoppe*, Rechtsprechung (Fn. 28), S. 314 f. sowie *M. Lenz*, Die Befristung der Wirkung der Ausweisung, in: NVwZ 2013, S. 624 (625 f.) sind zwar auch für die Unzulässigkeit der Verbindung der Befristungsentscheidung mit Nebenbestimmungen, gehen dabei aber nicht auf die RFRL, sondern lediglich auf die im AufenthG fehlende Ermächtigungsgrundlage ein. Dieses Problem hat sich mit der Normierung in § 11 Abs. 2 S. 5, 6 AufenthG erledigt.

²³⁰ Bay. VGH, B. v. 21.11.2013 – 19 C 13.1206 – Rn. 22 f.

²³¹ Bay. VGH, B. v. 21.11.2013 – 19 C 13.1206 – Rn. 21; *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 55 (2015).

einer Bedingung wären eine unbestimmte Befristungsdauer und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Nr. 6 RFRL verbunden²³²; schließlich sieht der neue § 11 Abs. 2 S. 6 AufenthG vor, dass für den Fall, dass die Bedingung nicht eintritt, eine von vornherein festgesetzte längere Frist in Kraft tritt²³³. § 11 Abs. 2 S. 5 und 6 AufenthG stehen somit im Einklang mit der RFRL. Freilich muss die Bedingung, wie jede Maßnahme der Verwaltung, den Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit entsprechen, was erfordert, dass sie an das vorherige Verhalten des Ausländers anknüpft und zur Beurteilung der Gefährdungslage für die öffentliche Sicherheit und Ordnung beitragen kann²³⁴.

3. Fristdauer

Die Dauer der Befristung liegt im Ermessen der Behörden, der Gesetzgeber sowie der Richtliniengeber haben hier größtenteils nur grobe Vorgaben gemacht. So ist die Frist nach § 11 Abs. 3 S. 2 AufenthG in Einklang mit Art. 11 Abs. 2 S. 1 RFRL grundsätzlich auf fünf Jahre beschränkt. Diese Frist kann gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 RFRL, § 11 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 AufenthG überschritten werden, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt, wobei in diesem Fall – der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folgend²³⁵ – die Frist zehn Jahre nicht übersteigen soll (§ 11 Abs. 3 S. 3 AufenthG). Zusätzlich gilt in Deutschland die nationale Besonderheit, dass eine Überschreitung der Fünfjahresgrenze auch bei einer Ausweisung aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung möglich ist (§ 11 Abs. 3 S. 2 1. Fall AufenthG). Für diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber die opt-out-Klausel des Art. 2 Abs. 2 lit. b RFRL herangezogen, sodass die Richtlinie hier keine Geltung entfaltet²³⁶.

Für die Bestimmung der genauen Fristdauer folgt das Bundesverwaltungsgericht bei Ausweisungen in ständiger Rechtsprechung einer zweistufigen Prüfung. Hierbei werden in einem ersten Schritt das Gewicht des Ausweisungsgrundes und der mit der Ausweisung verfolgte Zweck berücksichtigt, um einzuschätzen,

²³² So *Hörich*, Abschiebungen (Fn. 28), S. 235 f.

²³³ Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 36; *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 56 (2015).

²³⁴ *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 59 ff. (2015).

²³⁵ BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 14/12 – Rn. 14.

²³⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 36. Dies verkennen *Huber*, Richtlinienumsetzungsgesetz (Fn. 106), S. 387 und *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 112 (2015).

wie lange das Verhalten des Betroffenen das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr zu tragen vermag. Das so vorgefundene Ergebnis wird in einem zweiten Schritt an höherrangigem Recht gemessen und ist gegebenenfalls zu relativieren²³⁷. Wann eine schwerwiegende Gefahr für die in Art. 11 Abs. 2 S. 2 RFRL genannten Schutzgüter vorliegt, ist in der Richtlinie im Einzelnen nicht definiert²³⁸. Der Europäische Gerichtshof hat den Mitgliedsstaaten für den Begriff der öffentlichen Ordnung einen weiten Einschätzungsspielraum gegeben: Ihnen stehe es im Wesentlichen frei, „nach ihren nationalen Bedürfnissen, die je nach Mitgliedstaat und Zeitpunkt unterschiedlich sein können, zu bestimmen, was die öffentliche Ordnung erfordert“; wichtig sei allerdings eine Einzelfallabwägung²³⁹. Die Entscheidung erging zwar zu Art. 7 Abs. 4 RFRL, es ist aber nicht ersichtlich, warum die Ausführungen nicht auf Art. 11 Abs. 2 S. 2 RFRL übertragbar sein sollten²⁴⁰.

Eine Besonderheit in der Systematik des § 11 AufenthG stellt dessen Abs. 5 dar. Danach ergeht kraft Gesetzes ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot, wenn der Ausländer wegen eines Verbrechens gegen den Frieden, eines Kriegsverbrechens oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit ausgewiesen oder auf Grund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde. Die Vorschrift wurde mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 eingefügt und lehnt sich deutlich an Art. 1 F lit. a GFK an²⁴¹. Nach Inkrafttreten der RFRL stellt sich auch hier wieder die Frage nach der Unionsrechtskonformität. Dabei ist zunächst eine Untersuchung gefordert, ob die Richtlinie überhaupt unbefristete Einreiseverbote zulässt. Dies ist allerdings zu bejahen: Zwar mag ein unbefristetes Einreiseverbot nicht dem Grundgedanken der Richtlinie entsprochen haben. Andererseits beschränkt sie sich darauf, eine grundlegende Höchstfrist von fünf Jahren zu statuieren, die in Ausnahmen nach

²³⁷ U.a. BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 14/12 – Rn. 14 f. Dazu auch *Kraft*, Rechtsprechung (Fn. 17), S. 1226; *Marx*, § 11 AufenthG (Fn. 20), S. 285 f.; *Fleuß*, Einreise (Fn. 223), S. 53.

²³⁸ Die deutsche Rechtsprechung hat eine solche Gefahr z.B. im Falle schwerster Drogenkriminalität (Bay. VGH v. 3.9.2012 – 10 BV 10.1237), im Falle schwerster Gewaltdelikte (BVerwG v. 13.12.2012 – 1 C 14/12 – Rn. 16) oder bei Gefahr der Vorfeldunterstützung des Terrorismus (BVerwG v. 30.7.2013 – 1 C 9/12 – Rn. 42) angenommen.

²³⁹ EuGH, U. v. 11.6.2015, C-554/13, Rn. 48 ff. – *Z. Zh.*

²⁴⁰ *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 117 f. (2015).

²⁴¹ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 11 Rn. 75 (2015). Die Norm folgt einer Empfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 15/955, S. 10.

Art. 11 Abs. 2 S. 2 auch überschritten werden kann. Eine absolute Höchstgrenze wird nicht genannt, ist in der Richtlinie also auch nicht vorgesehen²⁴².

Die Richtlinie setzt für die Überschreitung der Fünfjahresgrenze indes stets eine erhebliche – konkrete – Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit voraus. Damit ist die generelle Festlegung eines unbefristeten Einreise- und Aufenthaltsverbots in bestimmten Fällen ohne weitere Prüfung nicht vereinbar. § 11 Abs. 5 AufenthG muss daher richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass das unbefristete Verbot nur nach vorheriger Feststellung der konkreten Gefahr ergehen kann²⁴³. In den von § 11 Abs. 5 AufenthG bezeichneten Fällen dürfte dies allerdings selten Probleme bereiten.

II. Kostentragungspflicht

Die Pflicht zur Tragung der durch die Abschiebung entstandenen Kosten ist in den §§ 66 ff. AufenthG geregelt.

Gem. § 66 Abs. 1 AufenthG hat die Kosten einer Abschiebung – vorbehaltlich der in den weiteren Absätzen speziell geregelten Fälle – der Ausländer selbst zu tragen²⁴⁴. Das AufenthG folgt damit dem Grundsatz der Veranlasserhaftung²⁴⁵. Den Umfang der Kosten regelt § 67 Abs. 1 AufenthG; erfasst sind danach die Beförderungskosten (Nr. 1), die Vorbereitungs- und sonstigen Durchführungskosten (Nr. 2) sowie die Begleitungskosten, soweit eine Begleitung erforderlich war (Nr. 3)²⁴⁶. Die Einbeziehung der Vorbereitungskosten nach Nr. 2 belegt be-

²⁴² Bay. VGH, U. v. 21.22.2013 – 19 C 13.1206 – Rn. 22; *Lutz* (Fn. 52), Art. 11 RFRL Rn. 13; *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 11 Rn. 74 (2015); *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 131 f. (2015).

²⁴³ *Funke-Kaiser* (Fn. 7), § 11 Rn. 73 (2015); *Hailbronner* (Fn. 22), § 11 AufenthG Rn. 133 (2015). Das BVerwG hat die Vereinbarkeit mit der RFRL bisher offengelassen, aber betont, dass ein Einreise- und Aufenthaltsverbot jedenfalls nicht allein aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung eintreten könne, sondern einer behördlichen Entscheidung bedürfe (BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3/17 – Rn. 71).

²⁴⁴ Zur Haftung der Eltern für die durch die Abschiebung ihrer minderjährigen Kinder angefallenen Abschiebungskosten vgl. BVerwGE 124, 1.

²⁴⁵ Bay. VGH, B. v. 14.2.2012 – 10 C 11.2591 – Rn. 11 sowie *Bauer* (Fn. 62), § 66 AufenthG Rn. 2 mit Verweis auf § 13 des inzwischen außer Kraft getretenen Verwaltungskostengesetzes (VwKostG), auf das § 69 Abs. 2 S. 2 AufenthG gleichwohl weiterhin verweist.

²⁴⁶ Zum Umfang der Begleitungskosten aus § 67 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG vgl. BVerwGE 111, 284.

reits, dass die Kostentragungspflicht auch bei einer nicht erfolgreich durchgeführten Abschiebung entsteht²⁴⁷. Die Kosten werden gem. § 67 Abs. 3 S. 1 in der Höhe, in der sie tatsächlich entstanden sind, per Leistungsbescheid erhoben. Zuständig für die Erhebung der gesamten Kosten ist die Ausländerbehörde als „insgesamt zuständige Behörde“, § 71 Abs. 1 AufenthG, und zwar auch soweit es um Kosten geht, die tatsächlich eine andere Behörde (insbesondere die zuständige Landes- und Bundespolizeistelle) verauslagt hat²⁴⁸.

Die Ansprüche auf die Erstattung der in § 67 Abs. 1 AufenthG genannten Kosten verjähren sechs Jahre nach Eintritt der Fälligkeit, § 70 Abs. 1 S. 1 AufenthG²⁴⁹. Wegen Mittellosigkeit sowie eingedenk der zahlreichen Probleme, die die räumliche Entfernung mit sich bringt, gelingt es tatsächlich aber in den wenigsten Fällen, die Kosten zu vereinnahmen²⁵⁰.

E. Zusammenfassung

Als Abschiebung wird die unmittelbare Zwangsmaßnahme zur Vollstreckung einer Ausreisepflicht bezeichnet, mit der ein Ausländer faktisch vom Bundesgebiet entfernt wird. Die Ausreisepflicht kann dabei faktisch entstehen oder auf einem Verwaltungsakt beruhen (vgl. §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 AufenthG). Klassisches Instrument des Ausländerrechts zur Gefahrenabwehr und damit für diese Arbeit besonders relevant ist das Instrument der Ausweisung gem. §§ 53 ff. AufenthG, das klassischerweise ein Gebot zur Ausreise mit einem Verbot der Wiedereinreise verbindet. Abschiebung und Ausweisung bilden zusammen die „Zentralinstitut[e] der Gefahrenabwehr-Perspektive auf das Migrationsgeschehen“²⁵¹. Beide Instrumente sind an der sog. Rückführungsrichtlinie zu messen, deren Ziel die Einführung einer wirksamen, d.h. effektiven, Rückführungs politik in den

²⁴⁷ *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 90; *Bauer* (Fn. 62), § 66 AufenthG Rn. 4.

²⁴⁸ BVerwGE 123, 382 (384 ff.).

²⁴⁹ Ein Rückgriff auf § 20 Abs. 1 S. 1 2. Fall VwKostG für die Beschränkung der sog. Festsetzungsverjährung – also der Frist, innerhalb derer die Ausländerbehörde die Kosten erheben muss – ist dabei nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts und entgegen der bislang wohl h.M. ausgeschlossen: BVerwG, U. v. 8.5.2014 – 1 C 3/13 – Rn. 9 ff., mit Verweisen auch auf die a.A. Die Vorschrift des § 70 Abs. 1 AufenthG sei abschließend zu verstehen.

²⁵⁰ *Kreienbrink*, Rückkehr (Fn. 141), S. 90.

²⁵¹ *Bast*, Aufenthaltsrecht (Fn. 11), S. 76.

Mitgliedsstaaten unter Beachtung der Menschenrechte ist²⁵². Dabei ist die Ausweisung eine Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 RFRL (str.), die nach der Systematik der Richtlinie stets den ersten Schritt zu einer Rückführung bildet. Entsteht die Ausreisepflicht faktisch, so ist die Abschiebungsandrohung als Rückkehrentscheidung zu sehen. Für die Durchführung der Abschiebung enthält die RFRL indes kaum genaue Vorgaben.

Die Voraussetzungen für eine Abschiebung finden sich im deutschen Recht in den §§ 58 ff. AufenthG. Erforderlich sind insbesondere eine vollziehbare Ausreisepflicht, der Ablauf der durch die Abschiebungsandrohung gesetzten Ausreisefrist sowie das Vorliegen eines Abschiebungsgrundes, was bei der Personengruppe der aus Sicherheitsgründen abzuschiebenden Ausländer freilich selten fehlen dürfte (vgl. nur § 58 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG). Die Einzelheiten einer Abschiebungsandrohung nach § 59 AufenthG werden teilweise immer noch unterschiedlich beurteilt. Richtigerweise muss sie bereits aufgrund des Art. 7 Abs. 1 RFRL zusammen mit der Ausweisung (oder einem anderen, die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt) verfügt werden. Für Verfolgte im Sinne der vorliegenden Arbeit ist ein Absehen vom Erlass der Abschiebungsandrohung und/oder von der Festsetzung einer Ausreisefrist wegen § 60 Abs. 10 AufenthG nicht möglich. Das gilt auch für solche Ausländer, die eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) erfüllen.

Das Vorliegen eines Abschiebungsverbots nach § 60 AufenthG gilt aufgrund der Beschränkung auf einen bestimmten Staat nur relativ und steht einer Abschiebung daher nicht grundsätzlich entgegen. Möglich bleibt dann die Abschiebung in einen Drittstaat. In tatsächlicher Hinsicht wird dies jedoch insbesondere dann, wenn die Ausreisepflicht auf Sicherheitsgründen beruht, kaum gelingen. Zur Rückübernahme verpflichtet ist nach Völkergewohnheitsrecht nämlich nur der Heimatstaat, Rückübernahmepflichten für Drittstaaten können lediglich durch spezielle Rückübernahmeabkommen vereinbart werden. Dies ist bei den weiteren Untersuchungen dieser Arbeit zu bedenken. Auch generell bereitet der tatsächliche Vollzug der Abschiebung allerdings oftmals Probleme. Grund dafür ist, dass die vollziehenden Behörden – also Ausländerbehörden, Länderpolizeien und Bundespolizei – letztlich, beginnend bereits mit der Identitätsfeststellung, auf die Kooperation sowohl des abzuschiebenden Ausländers als auch der Zielstaaten angewiesen sind. Auch hier spielen Rückübernahmeabkommen eine

²⁵² Vgl. EuGH, U. v. 5.6.2014, Rs. C-146/14 PPU, Rn. 38 – *Mahdi* sowie Art. 1 RFRL.

wichtige Rolle, kann durch sie doch zumindest das Verfahren verbindlich festgelegt werden.

An Abschiebung und Ausweisung schließt sich gem. § 11 Abs. 1 AufenthG kraft Gesetzes ein Einreiseverbot an. Mit dem Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015 wurden zahlreiche begrüßenswerte Anpassungen und Klarstellungen vorgenommen, die dazu führen, dass § 11 AufenthG nunmehr größtenteils auf einer Linie mit der RFRL ist. Insbesondere ist das Einreise- und Aufenthaltsverbot jetzt von Amts wegen zu befristen. Die Befristung unterbleibt jedoch gem. § 11 Abs. 5 AufenthG weiterhin bei Schwerstgefährdern, wenngleich hier in richtlinienkonformer Auslegung zunächst das Vorliegen einer konkreten Gefahr geprüft werden muss. Die Kosten der Abschiebung trägt gem. § 66 Abs. 1 AufenthG grundsätzlich der Ausländer selbst. Die tatsächliche Eintreibung misslingt indes in den meisten Fällen.

§ 4: Die Ausweisung Verfolgter im neuen Ausweisungsrecht

A. Einleitung

Sollen Verfolgte abgeschoben werden, so muss zwischen der Abschiebung in Verfolger- und in Nichtverfolgerstaaten unterschieden werden. Erstere negiert den Verfolgungsschutz als solchen und kann daher nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen; sie ist dementsprechend nur möglich, wenn die strengen Voraussetzungen des § 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) erfüllt sind. Die Abschiebung in Nichtverfolgerstaaten unterliegt dieser Hürde zwar nicht, sodass hier grundsätzlich das Bestehen (irgend-)einer Ausreisepflicht ausreicht¹. Das in Deutschland für die Begründung einer Ausreisepflicht aus Sicherheitsgründen vorgesehene Institut ist die Ausweisung nach den §§ 53 ff. AufenthG², die in diesem Abschnitt näher betrachtet wird. Das Ausweisungsrecht wurde durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015³ mit Wirkung zum 1. Januar 2016 vollständig neu geregelt⁴. Die Änderungen betreffen dabei sowohl die grundlegende Systematik als auch die inhaltlichen Anforderungen an die Ausweisung. Aus diesen Gründen wird das neue Ausweisungsregime in einem ersten Schritt einer allgemeinen Überprüfung unterzogen, die insbesondere die sich veränderte Struktur und die sich daraus ergebende Prüfungsreihenfolge herausarbeitet. In einem zweiten Schritt wird dann auf die Besonderheiten für Verfolgte, wie sie in § 53 Abs. 3 AufenthG normiert sind, eingegangen. Hier offenbart sich – wie allgemein in der „zweiten Phase des Öffentlichen Rechts“⁵ – der große Einfluss

¹ Rein faktisch wird die Abschiebung in Drittstaaten – insbesondere, wenn es um eine Abschiebung aus Sicherheitsgründen geht – mangels Aufnahmebereitschaft kaum jemals in Betracht kommen; s.o. § 3-C-II.-2.

² *J. Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 76: „Zentralinstitut der Gefahrenabwehr-Perspektive auf das Migrationsgeschehen“. Vgl. auch *K. Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 1009.

³ BGBl. I S. 1386.

⁴ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁵ Begriffsprägend *R. Wahl*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, in: *Der Staat* 38 (1999), S. 495 ff.; vgl. auch *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 206 ff.

internationalen und insbesondere europäischen Rechts auf das ehemals rein nationale Institut der Ausweisung.

B. Die Struktur des neuen Ausweisungsrechts

I. Gründe für die Gesetzesreform

Bis zur Gesetzesänderung zum 1. Januar 2016 und seit dem AuslG 1990 war das Ausweisungsrecht einer starren Systematik unterworfen: Unterschieden wurde zwischen der Ist-Ausweisung nach § 53 AufenthG a.F., der Regel-Ausweisung nach § 54 AufenthG a.F. und der Ermessensausweisung nach § 55 AufenthG a.F.⁶. In den Fällen der Ist-Ausweisung war der Ausländer nach der gesetzlichen Zielsetzung ohne weitere Prüfung auszuweisen – hier ging der Gesetzgeber aufgrund der Schwere des Regelverstößes von einem unbedingten öffentlichen Interesse an der Ausreise aus⁷. Ähnlich gelagert waren die Fälle der Regel-Ausweisung nach § 54 AufenthG a.F., in denen die Ausländerbehörden im Regelfall ebenfalls ohne Weiteres eine Ausweisung verfügen mussten und nur in Ausnahmefällen in eine individuelle Ermessensprüfung einsteigen durften⁸. In den Fällen des § 55 AufenthG a.F. war die Ermessensprüfung hingegen stets eröffnet. Für besondere Personengruppen – unter ihnen Verfolgte im Sinne dieser Arbeit –, die in § 56 Abs. 1 S. 1 AufenthG a.F. festgelegt waren, generierte das Gesetz daneben einen besonderen Ausweisungsschutz, der sich sowohl auf Tatbestandsseite durch das Erfordernis „schwerwiegender Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ (§ 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F.) als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite durch die Herabstufung der Ist- zur Regel-Ausweisung sowie der Regel- zur Ermessensausweisung niederschlug (§ 56 Abs. 1 S. 4, 5 AufenthG a.F.).

Aufgrund der Einwirkungen europäischer Vorschriften auf das nationale Ausweisungsrecht ließ sich das starre gesetzliche Schema in der Praxis allerdings

⁶ *Hailbronner*, Ausländerrecht (Fn. 2), Rn. 1008.

⁷ *I. Bauer*, in: G. Renner/J. Bergmann/K. Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 53 AufenthG Rn. 2 f.

⁸ BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.5.2007 – 2 BvR 304/07 – Rn. 41: „Denn die durch den besonderen Ausweisungsschutz bewirkte Zurückstufung der zwingenden zu einer Regel-Ausweisung führt zur selben Rechtsfolge – einer zwingend zu verfügenden Ausweisung –, sofern kein vom Regelfall abweichender (Ausnahme)Fall angenommen wird“. Siehe auch *B. Huber/R. Göbel-Zimmermann*, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1037.

schon seit längerem nicht mehr halten⁹. Stattdessen ergab sich eine „grundlegende Verunsicherung“¹⁰, wie das Ausweisungsrecht praktisch zu handhaben war. Mit gutem Recht konnte man von einem „Musterbeispiel einer Intransparenz durch Überregulierung“¹¹ sprechen, denn der alleinige Blick ins AufenthG genügte zur Lösungsfindung nicht mehr¹². Insbesondere der Umgang der deutschen Ausweisungsvorschriften mit Art. 8 EMRK in der Konturierung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bereitete Probleme.

Der Gerichtshof hat 1991 begonnen, Ausweisungen am Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs.1 EMRK zu messen¹³ und hat dies bis heute in einer kaum noch zu überschauenden Kasuistik¹⁴ bestätigt. Einen besonderen Fokus hat der EGMR dabei auf die sog. faktischen Inländer gelegt, also insbesondere Migranten der zweiten Generation, die im Aufenthaltsstaat verwurzelt sind und kaum noch Bindungen zu ihrem (formellen) Heimatstaat haben¹⁵. Da Eingriffe in Art. 8 Abs. 1 EMRK allerdings nur über die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Kriterien zu rechtfertigen sind und dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine große Rolle spielt, war die Rechtsprechung des EGMR schwer in Einklang mit dem starren Ausweisungsrecht der §§ 53 ff. AufenthG

⁹ Vgl. K. Hailbronner (Hrsg.), *Ausländerrecht, Kommentar*, § 53 AufenthG Rn. 3 ff. (2016).

¹⁰ *D. Thym*, Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung – Zugleich ein Beitrag zur Vielfalt europäischer Grundrechtsordnungen, in: DVBl. 2008, S. 1346 (1348). So auch *K.-G. Mayer*, Systemwechsel im Ausweisungsrecht – der Schutz „faktischer Inländer“ mit und ohne familiäre Bindungen nach dem Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in: VerwArch 101 (2010), S. 482 (483): „[T]iefgreifende Verunsicherung, teilweise auch Überforderung von Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten“.

¹¹ *U. Berlit*, *Ausländerrecht im Wandel – neuere Rechtsprechung zum Ausländerrecht*, in: ZAR 2014, S. 261 (275).

¹² Vgl. *J. Bergmann*, Abschied vom deutschen Ausländerrecht – Europarechtliche Provokationen, in: ZAR 2013, S. 318 (322).

¹³ EGMR Nr. 12313/86 v. 18.2.1991 – *Moustaquin/Belgien*.

¹⁴ *Bergmann*, Abschied (Fn. 12), S. 319. Kritik an diesem kasuistisch geprägten Ansatz kommt selbst innerhalb des EGMR auf. Vgl. EGMR Nr. 25404/94 v. 21.10.1997 – *Boujlifa/Frankreich*, Sondervotum der Richter Baka und van Dijk: „It would therefore seem to be highly desirable that the Court should abandon its casuistic approach to the matter and take a clear position“.

¹⁵ Näher zur Rechtsprechung des EGMR *D. Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht* (Fn. 5), S. 236 f. Zur Definition der „faktischen Inländer“ ausführlich *Mayer*, *Systemwechsel* (Fn. 10), S. 522 ff.

a.F. zu bringen, das individuelle Belange in den meisten Fällen schematisch ausblendete¹⁶. Auch der Europäische Gerichtshof stand aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften einer schematischen Ausweisung kritisch gegenüber¹⁷. Die deutsche Rechtsprechung hingegen umging dieses Problem zunächst, indem sie dem deutschen Ausweisungsrecht bescheinigte, es würde mit seinen Abstufungen bereits generell den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK und damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen¹⁸.

Dies änderte sich jedoch im Jahr 2007 durch zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹⁹ und eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts²⁰. Zunächst entschied das Bundesverfassungsgericht, dass der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Konturierung durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 8 Abs. 2 EMRK [es nicht zulässt], das Gewicht des für eine Ausweisung sprechenden öffentlichen Interesses allein anhand der Typisierung der den Ausweisungsanlass bildenden Straftaten in den Ausweisungsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes zu bestimmen“²¹. Auch wenn die Regelvermutung für das Vorliegen schwerwiegender Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gem. § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. erfüllt sei, entbinde dies die Ausländerbehörden und Gerichte nicht von der Pflicht, „die Straftaten unter Berücksichtigung sämtlicher – auch subjektiver – Tatumstände und der sich aus den Taten ergebenden Gefahren für Dritte zu gewichten“²². Das Bundesverfassungsgericht ging also von der schematischen Prüfung der Ausweisungsvorschriften zur Einzelfallprüfung mit individueller Abwägung über²³.

Noch im gleichen Jahr zog das Bundesverwaltungsgericht nach und änderte seine Rechtsprechung ebenfalls: Ein Ausnahmefall von der Regelausweisung gem.

¹⁶ Vgl. *B. Cziersky-Reis*, in: R. M. Hofmann (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 53 AufenthG Rn. 11.

¹⁷ EuGH, U. v. 29.4.2004, Rs. C-482/01 und 493/01 – *Orfanopoulos und Oliveri*.

¹⁸ BVerwG, B. v. 10.12.1993 – 1 B 160/93 – Rn. 3; BVerwGE 107, 58 (73); B. v. 11.7.2003 – 1 B 252/02 – Rn. 4; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 1.3.2004 – 2 BvR 1570/03 – Rn. 21.

¹⁹ BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.5.2007 – 2 BvR 304/07; Kammerbeschl. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06.

²⁰ BVerwGE 129, 367.

²¹ BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.5.2007 – 2 BvR 304/07 – Rn. 42.

²² BVerfG, ebda., Rn. 42.

²³ Dieser Grundsatz wurde nur drei Monate später in BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06 – Rn. 19 f. bestätigt. Zur verfassungsdogmatischen Einordnung beider Entscheidungen *Thym*, *Abschied* (Fn. 10), S. 139 f.

§ 54 AufenthG a.F. – und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung – solle bereits dann vorliegen, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten würden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass schutzwürdige, vom Tatbestand des § 56 Abs. 1 AufenthG a.F. nicht voll erfasste Belange des Ausländers schematisierend ausgeblendet würden²⁴. Aufgrund des weiten Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 EMRK konnte diese Rechtsprechungsänderung, wie das Bundesverwaltungsgericht selbst erkannte, zu einer Umkehr von Ausnahme- und Regelfällen im System des § 54 AufenthG a.F. führen; im Zweifel sei einer Behörde sogar anzuraten, von einem Ausnahmefall auszugehen²⁵. Des Weiteren bezog sich der Sachverhalt in der betreffenden Entscheidung zwar wiederum auf einen Fall der Verwurzelung, dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wie erwähnt besonderes Gewicht beimisst. Allerdings stellte das Bundesverwaltungsgericht kryptisch fest, dass sich „auch in anderen Fällen [...] der schematische Blick der Verwaltung auf die Ist- und Regelausweisung als wenig hilfreich [erweist], um das gesamte Spektrum betroffener Belange in den Blick nehmen zu können“ und die „Ermessensentscheidung als der dritte vom Gesetzgeber vorgesehene Entscheidungsmodus [...] demgegenüber in der Verwaltungspraxis höhere Gewähr für eine Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalles und die angemessene Gewichtung anlässlich der Entscheidung über den Erlass einer Ausweisung [bietet]“²⁶.

Diese zwei Gesichtspunkte trugen maßgeblich dazu bei, dass die drei höchstrichterlichen Entscheidungen einerseits zu einer begrüßenswerten Annäherung an die europäischen Vorgaben führten, andererseits für die praktische Anwendung aber auch Schwierigkeiten hinterließen. Insbesondere wurde durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht hinreichend klar, ob es nun grundsätzlich beim abgestuften System des Ausweisungsrechts bleiben sollte oder ob die Ausländerbehörden schlicht in allen Fällen – und mit § 53 AufenthG a.F. kaum in Einklang zu bringen – zu einer Ermessensprüfung samt individueller Abwägung übergehen sollten²⁷. So kam es zum oben beschriebenen Problem, dass der einfache

²⁴ BVerwGE 129, 367 (373 f.).

²⁵ BVerwGE 129, 367 (374).

²⁶ BVerwGE 129, 367 (374).

²⁷ So verstanden durch *Mayer*, Systemwechsel (Fn. 10), S. 491 ff., der die „Unberührtheitsklausel“ des § 1 Abs. 1 S. 5 AufenthG zur Lösung heranzieht, die sich auch auf die

„Blick ins Gesetz“ kaum noch ausreichte, um im der „Pluralität normativer Vorgaben“²⁸ unterworfenen Ausweisungsrecht zu einer praktischen Falllösung zu gelangen. Die Literatur sprach sich daher bereits länger für eine Neuregelung des Ausweisungsrechts aus, die die verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben einbeziehen und Abstand vom System der Ist- und Regel-Ausweisung nehmen sollte²⁹.

Mit dem Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015³⁰ hat der Gesetzgeber reagiert und das Ausweisungsrecht grundlegend geändert. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers soll die Gesetzeslage damit an die Entwicklung der Rechtsprechung angepasst werden sowie Rechtsunsicherheiten beseitigen³¹.

II. Voraussetzungen einer Ausweisung nach der Reform

Die (einzige) Ermächtigungsgrundlage und damit die Grundnorm des neuen Ausweisungsrechts ist § 53 Abs. 1 AufenthG³². Künftig werden sich somit alle Ausweisungen an dieser Norm zu orientieren haben, die Unterscheidung zwischen Ist-, Regel- und Ermessensausweisungen entfällt hingegen³³. Nach § 53 Abs. 1 AufenthG wird ein Ausländer, dessen Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, ausgewiesen, wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt. In den §§ 54 und 55 AufenthG sind sodann Ausreise- und Bleibeinteressen normiert und gewichtet, die – ebenso wie die in

EMRK erstrecken soll. A.A. Hess. VGH, B. v. 14.1.2009 – 9 A 1622/08.Z – Rn. 16 ff., wobei der VGH auch die Unschärfe des Bundesverwaltungsgerichts kritisiert.

²⁸ Thym, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 5), S. 228.

²⁹ Vgl. nur H. Dörig, Europarecht und deutsches Aufenthaltsrecht, in: NVwZ 2010, S. 921 (922); Bergmann, Abschied (Fn. 12), S. 323. A.A. Mayer, Systemwechsel (Fn. 10), S. 498, der die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts insofern für klar genug hält.

³⁰ BGBl. I S. 1386.

³¹ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

³² Bay. VGH, U. v. 8.3.2016 – 10 B 15-180 – Rn. 26; BVerwG, U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 17; I. Bauer/S. Beichel-Benedetti, Das neue Ausweisungsrecht, in: NVwZ 2016, S. 416 (416); A. Funke, Die Normstruktur im neuen Ausweisungsrecht, in: ZAR 2016, S. 209 (209 f.).

³³ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

§ 53 Abs. 2 genannten Kriterien – in der Abwägung zu berücksichtigen sind. § 53 Abs. 3 und 4 AufenthG enthalten Besonderheiten für Verfolgte im Sinne dieser Arbeit.

1. Keine Ermessensentscheidung

Es handelt sich bei der Ausweisung nach § 53 Abs. 1 AufenthG um eine gebundene Entscheidung und *nicht* um eine Ermessensentscheidung³⁴. Die geforderte Abwägung der öffentlichen Ausreiseinteressen mit den individuellen Bleibeinteressen ist daher Tatbestandsmerkmal³⁵. Dies geht bereits aus dem Wortlaut hervor, wonach ein Ausländer bei Vorliegen der Voraussetzungen ausgewiesen „wird“, und nicht etwa ausgewiesen werden „kann“. Auch die Gesetzesbegründung stellt klar, dass „die von der Ausländerbehörde durchzuführende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [...] gerichtlich voll überprüfbar“ ist³⁶, was aber nur bei Tatbestandsmerkmalen der Fall ist, wohingegen Ermessensentscheidungen lediglich eingeschränkt auf Ermessensfehler überprüfbar sind (vgl. § 114 VwGO)³⁷. Noch deutlicher wird es durch die Betonung, dass es „[a]nders als bei einer Ermessensentscheidung [Hervorhebung durch den Verf.]“ keine gerichtliche Verpflichtung der ausweisenden Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes geben kann; „die gerichtliche Entscheidung ersetzt oder bestätigt das behördliche Ergebnis“³⁸.

³⁴ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 21; VG Oldenburg, U. v. 11.1.2016 – 11 A 892/15 – Rn. 23; VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 49 („gesetzliche[r] Systemwechsel“); Bay. VGH, B. v. 16.3.2016 – 10 ZB 15.2109 – Rn. 14; *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 30; *A. Kießling*, Fremdenpolizeirecht im Rechtsstaat (?) – Zu Herkunft und Zukunft des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2016, S. 45 (51 f.); *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 416. Inzwischen auch *R. Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn. 63, der in der Voraufgabe (5. Aufl. 2015, § 7 Rn. 163) noch eine a.A. vertreten hatte.

³⁵ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 23; U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 17; *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 210.

³⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

³⁷ Statt aller *W.-R. Schenke*, in: F. O. Kopp/ders., Verwaltungsgerichtsordnung, 22. Aufl. 2016, § 114 Rn. 1a.

³⁸ BT-Drs. 18/4097, S. 49 f. Irritierend ist jedoch, dass diese Formulierung dem § 113 Abs. 5 VwGO und damit der Situation der Verpflichtungsklage entnommen ist. Die Ausweisung wird hingegen im Wege der Anfechtungsklage angegriffen. Vgl. *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 51; *I. Bauer*, in: J. Bergmann/K. Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 53 AufenthG Rn. 5 sowie *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 210.

Die Einbeziehung der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Abwägungskriterien für eine Ausweisung schon auf Tatbestandsebene begegnet keinen rechtlichen Bedenken³⁹. Die EMRK selbst enthält als völkerrechtlicher Vertrag keine genauen Vorgaben darüber, *wie* sie in das nationale Recht umzusetzen ist, dies bleibt den Vertragsstaaten überlassen⁴⁰. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wiederum orientiert sich in seiner Judikatur am jeweils vorliegenden Einzelfall, schreibt den Vertragsstaaten also ebenfalls nicht vor, wie seine Rechtsprechung umzusetzen ist⁴¹. Entscheidend ist lediglich, dass die aus der EMRK folgenden Anforderungen überhaupt beachtet werden, was bei einer Abwägung auf Tatbestandsebene grundsätzlich ebenso gewährleistet scheint wie auf der Rechtsfolgenseite.

Die Entscheidung für eine gebundene statt für eine Ermessensentscheidung hat nachhaltige Folgen im gerichtlichen Verfahren⁴². Die Verwaltungsgerichte haben die durch die Ausländerbehörde vorgenommene Abwägung nicht mehr auf Ermessensfehler hin zu überprüfen, sondern eine eigene Abwägung vorzunehmen. Kommen sie dabei zum selben Ergebnis wie die Ausländerbehörden, hat die Ausweisung Bestand – unabhängig davon, ob die Behörde zuvor einzelne

³⁹ Vgl. auch VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 151; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 5 sowie *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 210 f. *Ders.* verbindet auf S. 215 ff. mit der Statuierung einer Abwägung auf Tatbestandsseite allerdings zahlreiche Probleme im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz. Kritisch zum fehlenden Ermessen *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 51 f., die v.a. bedauert, dass das Ausweisungsrecht durch die Verlagerung der Abwägung auf die Tatbestandsebene weiter vom allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht abrückt. Diese Kritik ist durchaus nachvollziehbar, begründet aber keine rechtlichen Bedenken, sondern wendet sich eher in tatsächlicher Hinsicht gegen die Entscheidung des Gesetzgebers. Das BVerwG setzt sich in seinem U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 61 ff. mit dem Übergang von einer Ermessens- auf eine gebundene Entscheidung auseinander und sieht darin sogar eine partielle Verbesserung der Rechtsstellung des Ausländers.

⁴⁰ Vgl. schon oben, § 2-B.-I.-3.-b).

⁴¹ Insofern deutlich die Große Kammer in EGMR Nr. 60654/00 v. 15.1.2007, Rn. 90 – *Sisojeva u.a./Lettland*: „The Court further reiterates that the machinery for the protection of fundamental rights established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. The Convention does not lay down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of the Convention. The choice as to the most appropriate means of achieving this is in principle a matter for the domestic authorities, who are in continuous contact with the vital forces of their countries and are better placed to assess the possibilities and resources afforded by their respective domestic legal systems“. Vgl. außerdem *Thym*, Abschied (Fn. 10), S. 1348.

⁴² Dazu *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 30.

Abwägungskriterien übersehen oder falsch gewichtet hat⁴³. Die gerichtliche Entscheidung bestätigt das behördliche Ergebnis somit oder ersetzt es und hebt die Ausweisung auf. Eine erneute Entscheidung der Behörden kommt ohne das Vorliegen neuer, zuvor unbekannter Anhaltspunkte nicht in Betracht. Damit kann das Verfahren beschleunigt werden⁴⁴.

2. Im Grundsatz zweistufige Prüfung

§ 53 Abs. 1 AufenthG fordert zum einen, dass der Aufenthalt des betreffenden Ausländers die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Zum anderen muss die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergeben, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt. Deutlich unterscheidet die Norm damit zwischen der Gefahr für die betreffenden Schutzgüter und der Abwägung im Einzelfall. Die Frage, die sich daran anschließt, ist die, ob sich daraus auch zwei separate Prüfungsschritte ergeben oder ob beide Merkmale zusammen geprüft werden müssen, die Abwägung also gewissermaßen in den ersten Schritt bereits einfließt. Nach dieser Lesart läge eine Gefahr für die Schutzgüter nur vor, wenn auch die Abwägung zu Lasten des Ausländers ausfällt.

Die Gesetzesbegründung ist diesbezüglich nicht eindeutig. So heißt es bei der Erläuterung zu § 53 Abs. 1 AufenthG: „Die Ausweisung im Sinne von § 53 Absatz 1 setzt tatbestandlich *zunächst* [Hervorhebung durch den Verf.] voraus, dass der weitere Aufenthalt des Ausländers eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik Deutschland darstellt“. Dies spricht für eine zweistufige Prüfung, in der in einem ersten Schritt „zunächst“ das Bestehen einer Gefahr für die genannten Schutzgüter geprüft werden muss⁴⁵. Andererseits wird aber noch im selben Absatz der Gesetzesbegründung klargestellt, dass in „die Abwägung nach § 53 Absatz 1 [...] die in § 54 und § 55 vorgesehenen Ausweisungs- und Bleibeinteressen mit der im Gesetz vorgenommenen grundsätzlichen

⁴³ Vgl. *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 6.

⁴⁴ BT-Drs. 18/4097, S. 50. Den Erfolg der Verfahrensbeschleunigung hinterfragt *Kießling*, *Fremdenpolizeirecht* (Fn. 34), S. 51, die den angesprochenen Punkt, dass es in Zukunft nur noch auf das Ergebnis der Abwägung ankommen wird, allerdings übersieht.

⁴⁵ Vgl. *Kießling*, *Fremdenpolizeirecht* (Fn. 34), S. 50.

Gewichtung einzubeziehen sind“, was man auch im Sinne einer einstufigen Prüfung nach oben genanntem Muster verstehen könnte. Auch das Bundesverwaltungsgericht, das im Februar 2017 erstmals Stellung zum neuen Ausweisungsrecht beziehen konnte, scheint von einer einstufigen Prüfung auszugehen. Eine klare Begründung oder auch nur eine Auseinandersetzung mit der Problematik lässt es aber vermissen; stattdessen werden wie selbstverständlich die einzelnen Kriterien des § 53 Abs. 1 AufenthG vermengt⁴⁶.

Die überzeugenden Argumente sprechen allerdings für eine zweistufige Prüfung: Zu dem bereits aufgeführten Punkt, dass „zunächst“ eine Gefahr im Sinne der Vorschrift vorliegen muss, kommt hinzu, dass der Gesetzgeber diese Gefahr wie im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht verstanden wissen möchte⁴⁷. Hier wird indes allenfalls im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsprognose abgewogen, keinesfalls werden dagegen alle individuellen Belange des Gefährders, wie sie unter anderem in § 55 AufenthG aufgeführt sind, bereits an dieser Stelle mit einbezogen⁴⁸. Die Prüfung der „Gefahr“ würde somit auch unnötig kompliziert, was dem Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr widerspräche. Im Ergebnis muss daher in Zukunft für die Ausweisung eine zweistufige Prüfung erfolgen, in der zunächst das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder für sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik geprüft und dann die Abwägung der Ausreise- mit den Bleibeinteressen vorgenommen werden muss. Liegt schon keine Gefahr vor, scheidet die Ausweisung bereits deshalb aus, eine Abwägung kann dann unterbleiben⁴⁹.

⁴⁶ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 20 ff.

⁴⁷ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁴⁸ Zur Prüfung der Gefahr siehe im Einzelnen sogleich.

⁴⁹ Wie hier *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 20 sowie *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 210. *Marx*, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 165 hingegen geht ohne gesonderte Begründung von einer einstufigen Prüfung aus. Die Rechtsprechung prüft die Rechtmäßigkeit einer Ausweisung nach § 53 Abs. 1 AufenthG n.F. bislang oftmals noch recht unstrukturiert und unterscheidet nicht genau zwischen einzelnen Prüfungsschritten, vgl. u.a. VG Oldenburg, U. v. 11.1.2016 – 11 A 892/15 – Rn. 22 ff.; VG Berlin, U. v. 29.2.2016 – 21 K 447.15 – Rn. 37; Hess. VGH, U. v. 2.3.2016 – 9 B 1756/15 – Rn. 10 ff.

3. Erster Prüfungspunkt: Gefahr für die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG

Zunächst muss der Aufenthalt des Ausländers in Deutschland also die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährden.

a) Eingrenzung der Schutzgüter

Für eine in der praktischen Arbeit handhabbare Prüfung ist es erforderlich, die in § 53 Abs. 1 AufenthG genannten Schutzgüter – also die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie die sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland – einzugrenzen. Der Gesetzgeber beschränkt sich in seinen Vorgaben darauf, dass die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu verstehen seien, auf die anderen Schutzgüter geht er gar nicht ein⁵⁰. Gemeinsam ist allen Schutzgütern ihre generalklauselartige Weite⁵¹ – insbesondere gilt dies für die „sonstigen erheblichen Interessen“⁵² –, sodass hier auf den ersten Blick ein großer Spielraum eröffnet scheint. Indes wird man bei richtiger Sichtweise und trotz missverständlicher Gesetzssystematik bereits an dieser Stelle die in § 54 AufenthG getroffenen Wertungen des Gesetzgebers in die Auslegung einbeziehen müssen. Die dort vertypten Gefährdungslagen dienen damit als Konkretisierung der in § 53 Abs. 1 AufenthG genannten Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie der sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland, auf die nur subsidiär zurückgegriffen werden kann und muss⁵³.

⁵⁰ BT-Drs. 18/4097, S. 49. Dies kritisiert auch *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50.

⁵¹ Vgl. bereits zum alten Ausweisungsrecht *T. Discher*, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, § 55 AufenthG Rn. 55 f. (2009).

⁵² Vgl. *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13.

⁵³ So auch BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 26; *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50; *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 416; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13 sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 9 (2016). Vgl. auch VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 121. A.A. *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 21, § 54 AufenthG Rn. 1 sowie *Marx*, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 69, der allerdings von einer enumerativen Konkretisierung ausgeht und damit einen Rückgriff auf die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG wohl nicht zulassen will, was vorliegend anders beurteilt wird.

aa) Einbeziehung der in § 54 AufenthG vertypen Gefährdungslagen

Betrachtet man Wortlaut und Systematik der §§ 53, 54 AufenthG, so spricht zunächst wenig dafür, dass letzterer bereits bei der Prüfung der Gefahr eine Rolle spielen könnte⁵⁴. Nach § 53 Abs. 1 AufenthG wird ein Ausländer, dessen Aufenthalt die Schutzgüter gefährdet, ausgewiesen, „wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt“. Werden in § 54 Abs. 1 und 2 AufenthG sodann besonders schwerwiegende und schwerwiegende Ausweisungsinteressen „im Sinne von § 53 Abs. 1“ vorgestellt, so deutet das zwar deutlich darauf hin, dass diese für die spätere Interessenabwägung relevant sind, nicht aber, dass bereits die Feststellung einer Gefahr für die Schutzgüter durch sie determiniert sein soll. Denn in § 53 Abs. 1 AufenthG wird auf die „Interessen an der Ausreise“ nur im Rahmen der Einzelfallabwägung eingegangen und auch die Wortwahl der „schwerwiegenden“ Interessen passt zu einer Abwägung und nicht zu einer Gefahrenprüfung. Diese aus Wortlaut und Systematik gezogenen Argumente kann auch die Gesetzesbegründung nicht entkräften, eher im Gegenteil, heißt es dort doch: „In die Abwägung nach § 53 Absatz 1 sind die in § 54 und § 55 vorgesehenen Ausweisungs- und Bleibeinteressen mit der im Gesetz vorgenommenen grundsätzlichen Gewichtung einzubeziehen“⁵⁵. Dass die Fälle des § 54 AufenthG aber auch schon die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG konkretisieren sollen, darüber wird kein Wort verloren. Darüber hinaus sollen nach der Gesetzesbegründung die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu verstehen sein⁵⁶. Versteht man dies als Verweis auf die Generalklauseln des Polizeirechts⁵⁷, so lässt sich feststellen, dass dort eine nähere Ausformung der Schutzgüter gerade nicht stattfindet.

⁵⁴ Vgl. auch *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50 sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 9 (2016).

⁵⁵ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁵⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 50.

⁵⁷ Z.B. § 8 Abs. 1 PolG NRW.

Dennoch ist im Ergebnis einer Sichtweise, die in § 54 AufenthG eine Konkretisierung der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG erblickt⁵⁸, der Vorzug zu geben. Grund dafür ist allerdings nicht, dass in § 53 Abs. 1 AufenthG von in die Abwägung einzubeziehenden *Ausreiseinteressen*, in § 54 AufenthG hingegen von *Ausweisungsinteressen* die Rede ist. Dabei dürfte es sich lediglich um eine ungenaue Formulierung handeln – Hinweise, dass mit dem unterschiedlichen Wortlaut auch inhaltlich eine Differenzierung bezweckt wird, lassen sich jedenfalls nicht finden⁵⁹. Es lassen sich jedoch an anderen Stellen im Gesetz Anhaltspunkte finden, die eine Intention des Gesetzgebers belegen, die in § 54 AufenthG aufgeführten Fällen im Sinne einer Konkretisierung zu verstehen. So unterliegt gem. § 56 Abs. 1 S. 1 AufenthG derjenige Ausländer einer Meldeverpflichtung, gegen den eine Ausweisungsverfügung *auf Grund* eines Ausweisungsinteresses nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 bis 5 besteht. Ebenso ist eine Überwachung der Ausreise nach § 58 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG insbesondere erforderlich, wenn der Ausländer *auf Grund* eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Absatz 1 in Verbindung mit § 53 ausgewiesen worden ist⁶⁰. Das Gesetz geht an diesen Stellen also davon aus, dass das jeweilige Ausweisungsinteresse im Sinne des § 54 AufenthG der Grund für die Ausweisung ist, und nicht nur ein Faktor in der Abwägung. Den Grund einer Ausweisung kann aber, wie oben beschrieben, nur die vom Ausländer bzw. seinem Aufenthalt ausgehende Gefahr ausmachen, die Abwägung schließt sich an die Feststellung einer solchen Gefahr nur an. Auch wird in § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nach dessen ausdrücklichem Wortlaut verdeutlicht, in welchen Fällen das Schutzgut der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gefährdet sein soll⁶¹. Das erlaubt einen Rückschluss darauf, dass auch die anderen Beispielfälle des § 54 AufenthG als nähere Bestimmung der in § 53 Abs. 1 AufenthG geforderten Gefahr für die Schutzgüter gemeint sind. Zuletzt spricht für die Annahme einer Konkretisierungswirkung des § 54 AufenthG, dass doch letztlich jedes öffentliche Interesse an einer Ausweisung voraussetzen muss, dass der zugrundeliegende Sachverhalt überhaupt

⁵⁸ So *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 416; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13 sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 9 (2016). Angedeutet auch bei *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 211.

⁵⁹ Auch die Gesetzesbegründung verwendet die Begriffe synonym, es soll sich daraus also kein Unterschied ergeben; vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁶⁰ Darauf weist *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 16 hin.

⁶¹ Vgl. BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 34.

einen Grund für eine Ausweisung bedeutet⁶². Mit anderen Worten: Stellt ein Sachverhalt für sich genommen noch keinen Anlass für eine Ausweisung dar, so kann bei einem solchen Sachverhalt auch kein öffentliches Interesse an der Ausweisung des betreffenden Ausländers bestehen. Von einer Konkretisierungswirkung des § 54 AufenthG scheint auch das BVerwG auszugehen, wenn auch abermals ohne Begründung⁶³.

Im Endeffekt lässt sich dem Gesetz also doch entnehmen, dass § 54 AufenthG bereits für die Prüfung der Gefahr nach § 53 Abs. 1 AufenthG heranzuziehen ist und nicht erst bei der anschließenden Abwägung eine Rolle spielt. Kritisieren muss man dabei aber, dass die Gesetzeshinweise doch reichlich gut „versteckt“ sind. Rechtssicherheit und eine Erleichterung der Arbeit mit dem Gesetz⁶⁴ werden so nicht erreicht.

Im Ergebnis kommt § 54 AufenthG damit eine „Doppelnatur“⁶⁵ zu⁶⁶: Die dort aufgeführten Fälle bilden zum einen den Ausweisungsanlass, an dessen Bestehen sich für die Ausländerbehörden im ersten Schritt lediglich noch die Prüfung der Wiederholungsgefahr anschließt (dazu sogleich). Zum anderen sind die schwerwiegenden und besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG mit der gesetzlich vorgesehenen Gewichtung im zweiten Schritt Bestandteil der Abwägung im Einzelfall. Welches der drei Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG in den einzelnen Fällen des § 54 AufenthG jeweils konkretisiert wird, ist – mit Ausnahme des Abs. 1 Nr. 2, der ausdrücklich von einer Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgeht⁶⁷ – nicht ganz eindeutig⁶⁸. Letztendlich kann die Zuordnung zu einem konkreten Schutzgut des § 53 Abs. 1 AufenthG in praktischer Hinsicht aber auch dahinstehen; diesbezüglich reicht es, dass jedenfalls *ein* Schutzgut betroffen ist.

⁶² *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13.

⁶³ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 26.

⁶⁴ So aber die Zielsetzung, vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁶⁵ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 23 (2016).

⁶⁶ Kritisch zu dieser Doppelfunktion *K. Neundorff/T. Brings*, Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, in: ZRP 2015, S. 145 (146) sowie *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50.

⁶⁷ Vgl. dazu BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 34; VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 121.

⁶⁸ Mit Ausnahme des angesprochenen § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG scheint es ausnahmslos um die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gehen. Zweifelhaft mag dies noch bei Abs. 1 Nr. 3 („Gedanken der Völkerverständigung“) sowie Abs. 2 Nr. 7 und 8 sein, die man auch den „sonstigen erheblichen Interessen“ zuordnen könnte. In der Literatur wird

bb) Verhältnis zu den Generalklauseln des § 53 Abs. 1 AufenthG

Dies vorangestellt ist nunmehr der Frage nachzugehen, welche Rolle die in § 53 Abs. 1 AufenthG aufgezählten Schutzgüter – also die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie die sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland – neben den Konkretisierungen durch § 54 Abs. 1 AufenthG noch spielen. Ziel der Neuregelung des Ausweisungsrechts kann es jedenfalls nicht gewesen sein, in § 53 Abs. 1 AufenthG drei rein symbolische Begriffe zu formulieren. Daher muss den Schutzgütern auch ein Anwendungsbereich verbleiben und dementsprechend ist ein Rückgriff auf die Generalklauseln des § 53 Abs. 1 AufenthG grundsätzlich dann möglich, wenn kein Fall des § 54 AufenthG vorliegt⁶⁹. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass die Konkretisierungen in § 54 AufenthG *abschließend* sein sollen⁷⁰. Solch ein Rückgriff hat die Wertungen des § 54 AufenthG allerdings zu respektieren, macht der Gesetzgeber dort doch deutlich, in welchem Rahmen er (erst) von einem Ausweisungsanlass ausgehen möchte⁷¹. Ein Beispiel: Wird ein Ausländer wegen einer Straftat geringen Gewichts zu einer Haftstrafe von sechs Monaten verurteilt und liegen auch die zusätzlichen Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG⁷² nicht vor, so muss man eine Gefahr für die Schutzgüter des § 53

diese Frage – soweit ersichtlich – kaum aufgeworfen. Lediglich *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 16 vertritt eine Zuordnung zum *jeweiligen Tatbestand* des § 53 Abs. 1 AufenthG unter Heranziehung der Konkretisierungen in § 54 AufenthG, sieht also drei Schutzgüter in § 54 AufenthG konkretisiert.

⁶⁹ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 24; *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 29 (2016).

⁷⁰ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 24 sowie *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 418 scheinen hingegen davon auszugehen, dass jedenfalls die freiheitliche demokratische Grundordnung abschließend in § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG geregelt ist. Dementsprechend wird nicht darauf eingegangen, dass auch ein Rückgriff auf § 53 Abs. 1 1. Halbs. 2. Fall AufenthG möglich sein könnte.

⁷¹ Vgl. *W. B. Schünemann*, Generalklausel und Regelbeispiele, in: JZ 2005, S. 271 (275 f.).

⁷² Die §§ 54 Abs. 1 Nr. 1a und Abs. 2 Nr. 1a AufenthG wurden eingeführt durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11.3.2016 (BGBl. I S. 394). Anlass für das neue Gesetz waren Vorfälle in der Silvesternacht 2015/2016, in der insbesondere am Hauptbahnhof in Köln hunderte Passanten, v.a. Frauen, von Migranten (sexuell) belästigt wurden. Vgl. DER SPIEGEL, Heft 2//2016, S. 10 ff. In der Literatur sind die Gesetzesneuerungen allerdings bisher, soweit das überblickt werden kann, überwiegend kritisch aufgenommen worden, da sie sich nicht in das System des auch gerade erst geänderten Ausweisungsrechts einfügen würden. Vgl. *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 418 sowie *M. Bergmann/C. Hörich*, Besonders schwerwiegende Ausweisungsrechtsfehler – Kritische Anmerkungen zur jüngsten Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2016, S. 296 (302). Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *J. Bergmann*,

Abs. 1 AufenthG ablehnen. Denn der Gesetzgeber hat durch die Konkretisierungen in § 54 Abs. 2 Nr. 1, 1a AufenthG deutlich gemacht, dass grundsätzlich – wenn nicht die zusätzlichen Voraussetzungen der Nr. 1a erfüllt sind – erst ab einer Haftstrafe von einem Jahr ein Ausweisungsanlass vorliegen soll. Ebenso ist die Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte Ausweisungsgründe des alten Rechts nicht in das neue Ausweisungsrecht zu überführen, als wertbildend zu berücksichtigen. Dazu zählen insbesondere die (ohnehin kaum noch zeitgemäßen⁷³) § 55 Abs. 2 Nr. 3, 5 und 6 AufenthG a.F., sodass „Gewerbsunzucht“, Obdachlosigkeit oder Armut nicht mehr als Ausweisungsanlässe herangezogen werden können⁷⁴. Vor allem aber spielt § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG eine Rolle, der innerhalb des Systems des § 54 AufenthG selbst wieder eine Auffangfunktion einnimmt⁷⁵ und aufgrund dessen ein Rückgriff in der Praxis selten erforderlich sein wird⁷⁶. Die Auslegung der Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG als Konkretisierungen der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG bewirkt somit, wie diese Beispiele zeigen, auch eine Verengung der Verhaltensweisen, die überhaupt erst zu einer Ausweisung führen können.

Für einen Rückgriff auf die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG ist deren Definition entscheidend. Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht entnommen und so wie dort zu verstehen⁷⁷. Dem entspricht auch, dass es entgegen dem Wortlaut ausreicht, dass

in: ders./K. Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, Nachtrag zur 11. Aufl. 2016, § 54 AufenthG N 5. In dieser Arbeit werden die Voraussetzungen unten i.R.d. beinahe inhaltsgleichen § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG behandelt (§ 5-B.-V.).

⁷³ Vgl. *Kießling*, *Fremdenpolizeirecht* (Fn. 34), S. 46 f.

⁷⁴ *Bauer/Beichel-Benedetti*, *Ausweisungsrecht* (Fn. 32), S. 418; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 25. A.A. *M. Graßhof/S. Tanneberger*, in: W. Kluth/A. Heusch (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar Ausländerrecht*, 14. Edition 2017, § 53 AufenthG Rn. 24 (05/2017).

⁷⁵ BT-Drs. 18/4097, S. 52.

⁷⁶ Vgl. *Bauer/Beichel-Benedetti*, *Ausweisungsrecht* (Fn. 32), S. 418; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 14. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch § 72 Abs. 4 S. 5 AufenthG, der aufführt, bei welchen (begleitenden) Straftaten nur ein geringes Strafverfolgungsinteresse besteht. Nach *R. M. Hofmann*, in: ders., *Ausländerrecht* (Fn. 16), § 72 AufenthG Rn. 37 muss diese gesetzliche Wertung Auswirkungen darauf haben, welche Straftaten erst für § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG in Betracht kommen. Dies erscheint jedoch insofern zweifelhaft, als dass die in § 72 Abs. 4 S. 5 AufenthG bezeichneten Straftaten z.T. sogar zu einem (besonders) schwerwiegenden Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 Nr. 1a bzw. Abs. 2 Nr. 1a AufenthG führen können.

⁷⁷ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

die öffentliche Sicherheit *oder* Ordnung gefährdet ist, eine kumulative Gefährdung beider Schutzgüter hingegen nicht erforderlich ist⁷⁸. Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit sind die Unverletzlichkeit individueller Rechte und Rechtsgüter, die Unversehrtheit der Rechtsordnung sowie der Bestand und die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen⁷⁹. Die öffentliche Ordnung umfasst hingegen die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird⁸⁰. In der Praxis spielen vor allem Beeinträchtigungen der öffentlichen Sicherheit durch die Begehung von Straftaten eine Rolle⁸¹.

Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist erst jüngst im Rahmen des zweiten NPD-Verbotsverfahren durch das Bundesverfassungsgericht konkretisiert und gegenüber früheren Urteilen begrenzt worden. Die freiheitliche demokratische Grundordnung umfasst danach – noch enger als der veränderungsfeste Kern des Grundgesetzes nach Maßgabe des Art. 79 Abs. 3 GG – die Menschenwürde, das Demokratieprinzip in Gestalt gleichberechtigter Teilnahme aller Bürgerinnen und Bürger am Prozess der politischen Willensbildung und der Rückbindung der Ausübung der Staatsgewalt an das Volk sowie zuletzt die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt und die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte⁸².

Praktisch spielt das Schutzgut der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – auch, weil in den meisten Fällen ohnehin auch die öffentliche Sicherheit betroffen sein wird⁸³ – indes ebenso eine nur untergeordnete Rolle wie die aus § 55 Abs. 1 AufenthG a.F. übernommenen „sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“, die ja nach dem Wortlaut („sonstige“) auch lediglich als Auffangtatbestand der beiden anderen Schutzgüter dienen sollen⁸⁴.

⁷⁸ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 18. Die ungenaue Formulierung fand sich auch schon in § 55 Abs. 1 AufenthG a.F. Es handelt sich um ein „tradiertes Redaktionsversehen des Gesetzgebers“, so *Discher* (Fn. 51), § 55 Rn. 125 ff. (2009).

⁷⁹ Statt aller *B. Pieroth u.a.*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. 2016, § 8 Rn. 3.

⁸⁰ Siehe nur BVerfGE 69, 316 (352).

⁸¹ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 21; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 19.

⁸² U. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13 – Rn. 535 ff.

⁸³ Vgl. *A. Kießling*, *Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung*, 2012, S. 152; *dies.*, *Fremdenpolizeirecht* (Fn. 34), S. 50.

⁸⁴ Zum alten Ausweisungsrecht *Discher* (Fn. 51), § 55 Rn. 192 (2009). Zum neuen Ausweisungsrecht *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13.

Dass sowohl die freiheitliche demokratische Grundordnung als auch die sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland für das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht keine Bedeutung haben⁸⁵ und in der Gesetzesbegründung keines Wortes gewürdigt werden, ist für ihre Auslegung selbstredend keine große Hilfe⁸⁶. Den sonstigen erheblichen Interessen, die im Übrigen aus der Generalklausel des § 55 Abs. 1 AufenthG a.F. übernommen wurden, ist jedenfalls zu eigen, dass sie keine individuellen Schutzgüter, sondern öffentliche Belange des Staates betreffen⁸⁷. Dem Charakter als Auffangtatbestand entsprechend kommen nur Interessen in Betracht, die nicht bereits durch die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ geschützt sind⁸⁸. Angesichts ihrer Weite⁸⁹ sind sie überdies nur restriktiv auszulegen, wobei bezüglich des Gewichts der jeweiligen Gefährdung auf eine Übereinstimmung mit den in § 54 AufenthG vertypen Tatbeständen zu achten ist⁹⁰.

cc) Zwischenfazit

Die Bestimmung und Eingrenzung der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG wird durch die undurchsichtige Gesetzssystematik extrem erschwert. Die öffentliche Sicherheit, die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie die sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik sind alle drei für sich genommen bereits so weit gefasst, dass sie als Generalklauseln erscheinen. Aufgrund des Wortlauts wird man aber davon ausgehen müssen, dass tatsächlich die „sonstigen erheblichen Interessen“ den Grundtatbestand des neuen Ausweisungsrechts ausmachen; insofern hat sich gegenüber § 55 Abs. 1 AufenthG a.F.

⁸⁵ Vgl. *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 46.

⁸⁶ Stattdessen wird es in BT-Drs. 18/4097, S. 49 so dargestellt, als regele § 53 Abs. 1 AufenthG lediglich die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, wenn es schlicht heißt: „Die Ausweisung im Sinne von § 53 Absatz 1 setzt tatbestandlich zunächst voraus, dass der weitere Aufenthalt des Ausländers eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik Deutschland darstellt“. Auf diesen Umstand weist auch *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50 hin.

⁸⁷ Vgl. die Beispiele in *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 23 sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 31 (2016). In OVG BB, U. v. 20.3.2013 – OVG 3 B 9.10 – Rn. 42 ist das internationale Ansehen der Bundesrepublik Deutschland als „sonstiges erhebliches Interesse“ i.S.d. § 55 Abs. 1 AufenthG a.F. qualifiziert worden.

⁸⁸ *Discher* (Fn. 51), § 55 Rn. 199 (2009).

⁸⁹ *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 73 ff. hält das Schutzgut der sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland aus diesem Grund sogar für unvereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.

⁹⁰ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 14, 22.

nichts geändert. Die drei weit gefassten Schutzgüter werden sodann durch die in § 54 AufenthG aufgezählten Sachverhalte konkretisiert, auch wenn sich das dem Gesetz nur sehr schwerlich und der Gesetzesbegründung überhaupt nicht entnehmen lässt. Ist eines der dort vertypen Ausweisungsinteressen erfüllt, sind daher auch die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG betroffen, wobei die Zuordnung zu einem konkreten Schutzgut praktisch ohne Mehrwert ist. Liegt kein vertypes Ausweisungsinteresse vor, so ist zwar theoretisch auch ein Rückgriff auf § 53 Abs. 1 AufenthG selbst denkbar. Dieser wird aber dadurch erschwert, dass dafür die gesetzlichen Wertungen des § 54 AufenthG zu berücksichtigen sind und innerhalb des Systems des § 54 AufenthG der Abs. 2 Nr. 9 wiederum einen Auffangtatbestand darstellt⁹¹. In der Praxis wird sich die Beurteilung einer Gefahr im Sinne des § 53 Abs. 1 AufenthG daher in den allermeisten Fällen an § 54 AufenthG orientieren. In außergewöhnlichen Fällen ist ein Rückgriff auf das Schutzgut der „sonstigen erheblichen Interessen“ zwar denkbar, dabei ist allerdings auf eine restriktive Auslegung zu achten. Bei der abschließenden Einzelfallabwägung muss im Falle eines Rückgriffes auf den § 53 Abs. 1 AufenthG selbst natürlich daran gedacht werden, dass nach der gesetzlichen Wertung weder ein besonders schwerwiegendes noch ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse vorliegt.

Der Einteilung in „besonders schwerwiegende“ und (nur) „schwerwiegende“ innerhalb des § 54 AufenthG kommt erst bei der Einzelfallabwägung eine Rolle zu, nicht bereits bei der Feststellung der Gefahr für die Schutzgüter.

b) Bestehen einer Gefahr

§ 53 Abs. 1 AufenthG benennt nicht nur die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie der sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland, sondern verlangt, dass diese durch den Aufenthalt des Ausländers „gefährdet“ werden.

aa) Erfordernis einer individuellen Gefahrenprognose

Die Ausweisung ist keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme, sondern gehört zum Ordnungsrecht und verfolgt ordnungsrechtliche Zielsetzungen, d.h. die Abwehr

⁹¹ BT-Drs. 18/4097, S. 52.

künftiger Störungen⁹². Dementsprechend reichen vergangene Verstöße für eine Ausweisung nicht aus, sondern es muss eine Prognose erstellt werden, ob bei weiterem Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an den Schutzgütern eintreten wird⁹³.

Dies gilt auch in Fällen, in denen ein nach § 54 AufenthG vertypisiertes Ausweisungsinteresse betroffen wird, und nicht nur, wenn auf § 53 Abs. 1 AufenthG selbst zurückgegriffen wird⁹⁴. Einer anderen Sichtweise zufolge hat der Gesetzgeber in § 54 AufenthG hingegen ein Prinzip der Gefahrenindizierung verankert, sodass bei Vorliegen eines Ausweisungsinteresses die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG nicht nur betroffen sind, sondern zwingend auch von einer *Gefahr* im Sinne des § 53 Abs. 1 AufenthG auszugehen ist⁹⁵. Die Prüfung einer fortdauernden Gefahr bzw. einer Wiederholungsgefahr durch den Ausländer sei deshalb in den Fällen des § 54 AufenthG nicht erforderlich⁹⁶. Nach dieser Ansicht hat der Gesetzgeber in § 54 AufenthG also, wie es auch schon in den § 53 f. AufenthG a.F. der Fall war⁹⁷, Verhaltensweisen definiert, die eine abstrakte Gefahr darstellen⁹⁸.

⁹² BVerwGE 42, 133 (138); 49, 202 (210); 106, 302 (305 f.); 107, 58 (63); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 5.3.2001 – 2 BvR 2450/99 – Rn. 2; *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 297.

⁹³ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

⁹⁴ Wie hier BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 26; VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 121; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 13 ff., 28; *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 416, 419. Soweit ersichtlich prüft auch die übrige Rechtsprechung stets – d.h. unabhängig davon, ob ein vertypisiertes Ausweisungsinteresse i.S.d. § 54 AufenthG betroffen ist oder nicht – das Vorliegen einer individuellen Wiederholungsgefahr, ohne jedoch zu dem Streitpunkt ausdrücklich Stellung zu beziehen; vgl. z.B. VG Oldenburg, U. v. 11.1.2016 – 11 A 892/15 – Rn. 27 ff.; Hess. VGH, B. v. 5.2.2016 – 9 B 16/16 – Rn. 8 ff.; Bay. VGH, B. v. 3.3.2016 – 10 ZB 14.844 – Rn. 11 ff.

⁹⁵ So *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 24, 30 (2016); *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50.

⁹⁶ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 10, 30 (2016) zufolge ist eine individuelle Gefahrenprognose jedoch dann erforderlich, wenn auf die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG selbst zurückgegriffen wird oder eine Person mit nach § 53 Abs. 3 AufenthG erhöhtem Ausweisungsschutz ausgewiesen werden soll.

⁹⁷ Dazu ausführlich *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 86 ff.

⁹⁸ Zum Begriff der abstrakten Gefahr BVerwG, B. v. 24.10.1997 – 3 BN 1/97 – Rn. 4: „[E]ine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, daß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und daher Anlaß besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen; das hat zur Folge, daß auf den *Nachweis der Gefahr eines Schadenseintritts im Einzelfall verzichtet werden kann*“ [Hervorhebung durch den Verf.]. Siehe auch *W.-F. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 70.

Dem kann aber aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden: Zunächst lässt sich dem Gesetz, wie oben aufgezeigt, bereits nur sehr schwer entnehmen, dass § 54 AufenthG eine Konkretisierung der Schutzgüter bewirken soll. Die Annahme einer durch § 54 AufenthG bewirkten Gefahrenindizierung würde nur eine noch weitere Entfernung von Wortlaut und Systematik bedeuten und wird auch nicht durch die Gesetzesbegründung nahegelegt⁹⁹. § 53 Abs. 1 AufenthG ist nämlich im Präsens formuliert, vergangene Verstöße gegen die Rechtsordnungen können für eine Ausweisung daher nicht ausreichen¹⁰⁰.

In gesetzessystematischer Hinsicht ist festzustellen, dass § 53 Abs. 1 AufenthG selbst nur eine *konkrete* Gefahr durch den Ausländer fordern kann, denn dort sind keine Verhaltensweisen aufgeführt, die das Merkmal der Gefährdung weiter ausformen würden und nach Einschätzung des Gesetzgebers abstrakt gefährlich sein könnten¹⁰¹. Auch nach der Gesetzesbegründung zu § 53 Abs. 1 AufenthG ist eine individuelle Prognose erforderlich, „dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit durch die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet ein Schaden an einem der Schutzgüter eintreten wird“¹⁰². § 54 AufenthG allerdings kann nur im Zusammenhang mit § 53 Abs. 1 AufenthG gesehen werden, er selbst ist überhaupt keine Ermächtigungsgrundlage. Das Tatbestandsmerkmal der „Gefahr“ ist daher auch in den Fällen, in denen ein Ausweisungsinteresse im Sinne des § 54 AufenthG vorliegt, dem § 53 Abs. 1 AufenthG zu entnehmen. Es ist aber systematisch nicht zu begründen, warum dann in diesen Fällen das Merkmal „Gefahr“ nicht mehr im Sinne einer *konkret* zu prüfenden Gefahr zu verstehen sein soll, sondern im Gegenteil die Sachverhalte des § 54 AufenthG *abstrakt* gefährlich sein sollen.

Darüber hinaus lassen sich selbst innerhalb des Systems des § 54 AufenthG Argumente gegen die Verankerung eines Prinzips der Gefahrenindizierung finden. So definiert § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausdrücklich, wann ein Ausländer die freiheitliche demokratische Grundordnung bzw. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland¹⁰³ „gefährdet“. In diesem Fall ist also nach dem klaren Wortlaut

⁹⁹ So eigentlich auch *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50, die dann allerdings in fragwürdiger Weise aufgrund persönlicher Gespräche mit am Gesetzesentwurf beteiligten Personen zu einem anderen Ergebnis kommt (Fremdenpolizeirecht [Fn. 34], S. 50 Fn. 72).

¹⁰⁰ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 26.

¹⁰¹ Vgl. *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 87.

¹⁰² BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁰³ Dass hier zusätzlich zu den Schutzgütern der Ermächtigungsgrundlage des § 53 Abs. 1 AufenthG noch ein neues Schutzgut genannt wird, ist unglücklich.

tatsächlich nicht nur eine Betroffenheit der Schutzgüter anzunehmen, sondern bereits eine Gefährdung selbiger, sodass sich die Prüfung einer Wiederholungsgefahr hier in der Tat erübrigt¹⁰⁴. Im Umkehrschluss ist dann allerdings anzunehmen, dass in den anderen Fällen des § 54 AufenthG nicht zwingend vom Vorliegen eines Ausweisungsinteresses auf das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr geschlossen werden kann.

Auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber an der Möglichkeit generalpräventiver Ausweisungen festhalten möchte¹⁰⁵, kann nicht gegen das Erfordernis einer individuellen Gefahrenprognose sprechen¹⁰⁶. Zwar soll es bei generalpräventiven Ausweisungen ausreichen, dass andere Ausländer von der Begehung von Straftaten abgehalten werden, sodass vom auszuweisenden Ausländer selbst keine zukünftige Gefahr mehr ausgehen muss. Dies gilt aber eben nur in Fällen, in denen eine Ausweisung (allein) generalpräventiv motiviert ist und kann daher kein allgemeines Argument gegen das Erfordernis einer individuellen Wiederholungsgefahr sein.

Aber auch die Gründe, die überhaupt erst zur Reform des Ausweisungsrechts geführt haben, sprechen gegen ein Prinzip der Gefahrenindizierung. Schließlich sollte durch die Neuregelung die schematische Aufteilung zwischen Ist-, Regel- und Ermessensausweisung überwunden werden und dafür ein Prinzip der Einzelfallbetrachtung eingeführt werden¹⁰⁷. Würde nun aber das Vorliegen eines Ausweisungsinteresses bereits die Prüfung einer individuellen Gefahr erübrigen, so wäre man doch auch wieder bei einer eher schematischen Betrachtung angelangt. Außerdem und zuletzt müsste man das Fehlen einer vom Ausländer ausgehenden Gefahr ohnehin spätestens im Rahmen der Einzelfallabwägung berücksichtigen, könnte es also gar nicht ausblenden¹⁰⁸. „Sauberer“ ist es dann aber, in solchen Fällen die Prüfung bereits auf der ersten Stufe abubrechen.

¹⁰⁴ Vgl. *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 28; *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419 sowie deutlich VGH BW., U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 121: „Insoweit hebt sich die Regelung von den übrigen Ausweisungsinteressen ab, bei denen die Gefahr in jedem Einzelfall aus dem – dem jeweiligen Ausweisungsinteresse zugrunde liegenden – Verhalten des Ausländers konkret abzuleiten ist“. Ähnlich wohl auch BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 34.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁰⁶ So aber *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50.

¹⁰⁷ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁰⁸ Vgl. schon zur ehemaligen Regelausweisung nach § 54 AufenthG a.F. *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 88.

Festzuhalten ist daher, dass das Vorliegen eines vertypen Ausweisungsinteresses aus § 54 AufenthG nicht bereits das Bestehen einer Gefahr im Sinne des § 53 Abs. 1 AufenthG determiniert, sondern lediglich den Ausweisungsanlass bildet, an dessen Feststellung sich die Prüfung einer individuellen Gefahrenprognose anschließen muss¹⁰⁹.

bb) Kriterien für die Erstellung der Gefahrenprognose

Das Bestehen einer Gefahr richtet sich grundsätzlich nach dem aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannten Gefahrenbegriff¹¹⁰. Begrüßenswert ist dabei, dass sich diese Ausrichtung auch im Gesetzeswortlaut niederschlägt. Bisher war nämlich im Ausweisungsrecht nicht von einer Gefährdung, sondern von einer „Beinträchtigung“ die Rede (§ 55 Abs. 1 AufenthG a.F.), was zu Verwirrungen über damit etwaig beabsichtigte Abweichungen vom Polizeirecht geführt hatte¹¹¹.

Anzuwenden ist, wie allgemein im Gefahrenabwehrrecht¹¹², ein differenzierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab, der sich am Ausmaß des möglichen Schadens orientiert. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind danach umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist¹¹³. Das bedeutet allerdings nicht, dass bei Gefahren für hochrangige Rechtsgüter bereits die reine Vermutung eines Schadenseintritts

¹⁰⁹ *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 27 f.

¹¹⁰ BT-Drs. 18/4097, S. 49. Zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff statt aller *A. Voßkuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, in: JuS 2007, S. 908 f. Die Kritik von *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 22, der Verweis des Gesetzgebers sei ungenau, da im Ausweisungsrecht anders als im Polizeirecht keine *gegenwärtige* Gefahr vorliegen muss (Rn. 22), ist unberechtigt: Auch im Polizeirecht ist nicht *per se*, sondern nur für bestimmte Ermächtigungsgrundlagen eine gegenwärtige Gefahr erforderlich (vgl. z.B. §§ 16a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PolG NRW), vgl. *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 69, 78.

¹¹¹ Näher *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 46, 50. Kritisch allerdings weiterhin *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 211, der bedauert, dass weiterhin etwas unscharf von einer „Gefährdung“ anstatt von einer „Gefahr“ gesprochen würde. Wenn allerdings so streng argumentiert wird, ist dem auch entgegenzuhalten, dass der Begriff der Gefährdung überhaupt nicht verwendet wird, sondern lediglich der Begriff der Gefahr desubstantiviert wird („gefährdet“).

¹¹² BVerwGE 45, 51 (61); 47, 31 (40); *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 77.

¹¹³ St. Rspr., u.a. BVerwGE 57, 61 (65 f.); 62, 36 (38 f.); BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 17; Bay. VGH, B. v. 3.3.2016 – 10 ZB 14.844 – Rn. 11; OVG Saarland, B. v. 17.6.2016 – 2 B 124/16 – Rn. 15. Bei Personengruppen, die aufgrund Unionsrechts besonderen Ausweisungsschutz genießen, wird dieser differenzierte Maßstab zum Teil kritisiert. Dazu näher unten, § 4-C.-III.-3.-a)-bb)-(ii).

genügen würde. Stattdessen sind, auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in jedem Fall konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen einer Wiederholungsgefahr erforderlich¹¹⁴. Die Prognoseentscheidung ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Die Ausländerbehörden müssen sich zum einen mit dem Ausweisungsanlass aus § 54 AufenthG befassen, d.h. insbesondere mit der Schwere einer begangenen Straftat, den Umständen ihrer Begehung und dem Gewicht des bei einem Rückfall bedrohten Rechtsguts, zum anderen aber auch mit der Persönlichkeit des Ausländers¹¹⁵. Dafür können sowohl die durch eine Straftat zum Ausdruck gekommene kriminelle Energie als auch das Bestehen einer Unrechtseinsicht und -verarbeitung, als auch die Chancen einer (Re-)Integration in die straffreie Gesellschaft berücksichtigt werden¹¹⁶.

Die Prognose zur Wiederholungsgefahr haben die Ausländerbehörden – und im Streitfall die Verwaltungsgerichte – eigenständig zu treffen und sind an strafgerichtliche Urteile zur Aussetzung einer Strafe auf Bewährung (§§ 56, 57 StGB¹¹⁷) nicht gebunden¹¹⁸. Grund ist der unterschiedliche Blickwinkel des Strafrechts und des Ausweisungsrechts, das ordnungsrechtliche Zielsetzungen hat; zudem muss die für eine Ausweisung zu treffende Prognoseentscheidung einen längeren Zeitrahmen in den Blick nehmen¹¹⁹. Die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte können deshalb sowohl aufgrund einer anderen Tatsachengrundlage als auch aufgrund einer anderen Würdigung zu einer abweichenden Prognoseentscheidung gelangen¹²⁰. Das bedeutet aber nicht, dass die strafge-

¹¹⁴ BVerwGE 62, 36 (38 f.); VGH BW, U. v. 4.5.2011 – 11 S 207/11 – Rn. 32; *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 22.

¹¹⁵ BVerwGE 112, 185 (192). Ausführlich zu den Kriterien für die Gefahrenprognose *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 115 ff. (2016).

¹¹⁶ Vgl. BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 17; U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 19; BVerwGE 143, 277 (283 f. Rn. 17). Zur Bedeutung des Strafurteils für die Ausweisung *V. Pfaff/W. Otto-Hanschmann*, *Ausländerrechtliche Konsequenzen und Folgen des Strafverfahrens*, in: G. Wildmaier/E. Müller/R. Schlothauer (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2. Aufl. 2014, § 34 Rn. 12 ff.

¹¹⁷ Für Jugendstrafen gelten die §§ 21 ff. Jugendgerichtsgesetz (JGG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.12.1974, BGBl. I S. 3427).

¹¹⁸ St. Rspr., u.a. BVerwGE 57, 61 (66 ff.); BVerwG, U. v. 28.1.1997 – 1 C 17/94 – Rn. 23; U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 18; U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 23; BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 27.8.2010 – 2 BvR 130/10 – Rn. 36.

¹¹⁹ BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 18; U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 23; U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 19.

¹²⁰ BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 23.

richtlichen Entscheidungen völlig außer Acht gelassen werden können. Sie stellen im Gegenteil ein gewichtiges Indiz – wenn auch keine Regelvermutung¹²¹ – gegen eine Wiederholungsgefahr dar, mit dem sich die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte auseinandersetzen müssen¹²². Eine Abweichung von der strafgerichtlichen Prognose ist nur bei überzeugenden Gründen möglich und bedarf der Begründung¹²³. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann im Falle eines besonders schwerwiegenden Bleibeinteresses (§ 55 Abs. 1 AufenthG) eine Wiederholungsgefahr nach einer Strafaussetzungsentscheidung nur bejaht werden, wenn die ausländerrechtliche Entscheidung auf einer breiteren Tatsachengrundlage beruht als diejenige der Strafvollstreckungskammer¹²⁴.

Ein hohes Gewicht hat insbesondere die Entscheidung zur Strafaussetzung nach § 56 StGB¹²⁵, wohingegen die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger Freiheitsstrafe nach dem Verbüßen von zwei Dritteln bzw. der Hälfte der Strafe gem. § 57 StGB ausweisungsrechtlich aufgrund des beschränkten Prognosehorizonts im Vergleich weniger aussagekräftig ist¹²⁶. Dass sich an der Bedeutung der Strafaussetzungsentscheidung für die Gefahrenprognose durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016 etwas geändert haben sollte, ist nicht anzunehmen, wengleich von einem besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresse gem. § 54 Abs. 1 Nr. 1, 1a AufenthG jetzt auch schon dann auszugehen sein kann, wenn eine Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt ist¹²⁷. Eine andere Schlussfolgerung hätte aufgrund der Wichtigkeit der strafgerichtlichen Prognose einer näheren Erläuterung durch den Gesetzgeber bedurft¹²⁸.

¹²¹ BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 18.

¹²² BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16 – Rn. 21.

¹²³ BVerwG, U. v. 28.1.1997 – 1 C 17/94 – Rn. 23; BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 27.8.2010 – 2 BvR 130/10 – Rn. 36. Ausführlich zu den Abweichungsmöglichkeiten *Mayer*, Systemwechsel (Fn. 10), S. 505.

¹²⁴ BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16 – Rn. 24.

¹²⁵ Ausführlich BVerwGE 57, 61 (67).

¹²⁶ BVerwGE 112, 185 (192 f.); BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 27.8.2010 – 2 BvR 130/10 – Rn. 36; vgl. Bay. VGH, B. v. 3.3.2016 – 10 ZB 14.844 – Rn. 13.

¹²⁷ BT-Drs. 18/7537, S. 7 f. Zuvor kam eine Strafaussetzung im Falle des (auch erst seit 1.1.2016 geltenden) § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG a.F. nicht in Betracht, da dieser eine Freiheitsstrafe von *mehr* als zwei Jahren forderte, § 56 Abs. 2 S. 1 StGB sowie § 21 Abs. 2 JGG eine Strafaussetzung jedoch nur ermöglichen, wenn die Freiheitsstrafe zwei Jahre *nicht übersteigt*.

¹²⁸ *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419.

cc) Ausweisung aufgrund Gefahrenverdachts und Verhältnis zu strafrechtlichen Maßnahmen

Wenig Beachtung finden bisher Fragen, die das Verhältnis von Strafrecht und Ausweisungsrecht betreffen. Insbesondere geht es hier darum, ob Ausweisungen in Fällen, in denen die Handlungen des betreffenden Ausländers einen Straftatbestand erfüllen würden, erst in Betracht kommen, wenn auch strafrechtliche Maßnahmen erfolgt sind und ob es einen Vorrang strafrechtlicher oder ausländerrechtlicher Maßnahmen gibt. Zur Veranschaulichung soll zwischen vier Grundfällen unterschieden werden.

Erstens geht es um Fälle, in denen der Ausländer aufgrund begangener Straftaten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist und nach Ende der Haft ausgewiesen werden soll. In der Praxis stellt diese Konstellation den Regelfall dar¹²⁹. Hier ist nach den soeben benannten Kriterien eine Prognose darüber zu erstellen, ob der Ausländer auch in Zukunft wieder Straftaten begehen wird. Je gewichtiger dabei die gefährdeten Rechtsgüter sind, desto niedriger kann der Wahrscheinlichkeitsmaßstab angesetzt werden.

Zweitens sind Fälle denkbar, in denen der Ausländer noch nicht wegen einer Straftat verurteilt wurde, die Ausländerbehörden aber den Verdacht haben, dass der Ausländer in der Zukunft Straftaten begehen wird bzw. dies auch schon in der Vergangenheit getan hat. Der Unterschied zur ersten Fallkonstellation besteht zuvorderst darin, dass bei einem solchen *Gefahrenverdacht* gerade keine Feststellung darüber getroffen werden kann, dass der Ausländer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG gefährden wird. Es liegen lediglich Anhaltspunkte vor, die eine Gefahr möglich erscheinen lassen, eine sichere Prognose lassen sie allerdings (noch) nicht zu¹³⁰. Die Ausländerbehörde ist sich eben nicht sicher; ebenso könnte der Ausländer ungefährlich sein. Zwar gehört die Ausweisung zum Gefahrenabwehrrecht und muss ist

¹²⁹ Vgl. *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 21; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 19.

¹³⁰ BVerwGE 116, 347 (352); ausführlich *W.-R. Schenke*, Gefahrenverdacht und polizeirechtliche Verantwortlichkeit, in: R. Wendt (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, S. 455 ff. In der gerichtlichen Praxis sind solche Fälle zum Teil fälschlich unter die „Anscheinsgefahr“ subsumiert worden: BVerwG, U, v. 11.11.1980 – 1 C 23/75 – Rn. 25. Wie hier *Discher* (Fn. 51), Vor §§ 53 ff. Rn. 1165 (2009). Eine Anscheinsgefahr zeichnet sich jedoch dadurch aus, dass im Zeitpunkt des Einschreitens objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Bestehen einer Gefahr schließen lassen, tatsächlich (*ex post* betrachtet) aber keine Gefahr besteht: *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 80.

daher – anders als das Strafrecht – nicht vornehmlich auf reaktive Maßnahmen beschränkt¹³¹. Gegen eine Ausweisung ergeben sich in Fällen des Gefahrenverdachts dennoch tiefgreifende Bedenken, wenn auch die gesetzliche Wertung in § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG ihr nicht entgegensteht¹³². Zunächst einmal lässt ein Gefahrenverdacht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nur Gefahrforschungsmaßnahmen zu¹³³, wohingegen die Ausweisung aufgrund der Vernichtung des Aufenthaltstitels (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) sowie des damit verbundenen Einreise- und Aufenthaltsverbots (§ 11 Abs. 1 AufenthG) eine endgültige Maßnahme ist¹³⁴. Solche endgültigen Maßnahmen kann ein Gefahrenverdacht – wenn überhaupt – nur erlauben, wenn hochrangige Rechtsgüter bedroht sind¹³⁵. Praktisch relevant sind daher an dieser Stelle aufgrund der dort bestehenden Beweisschwierigkeiten und des Gewichts der bedrohten Rechtsgüter vor allem Maßnahmen der Terrorabwehr. Der Gesetzgeber hat darauf allerdings bereits mit § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG reagiert und für diese Fälle eine spezielle Befugnis gesetzt, in der es ausreicht, dass „Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen“, dass eine Gefährdung vorliegt¹³⁶. Ob damit eine Absenkung des Beweismaßes¹³⁷ erfolgen sollte oder ob damit das Ausreichenlassen eines Gefahrenverdachts gemeint ist, kann dahinstehen¹³⁸. Jedenfalls können sich die Behörden bei terroristischen Gefahren auf § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG berufen, wohingegen in anderen Fällen eine Ausweisung bei bloßem Gefahrenverdacht nur

¹³¹ Vgl. VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 86.

¹³² § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG betrifft lediglich *festgestellte* Verstöße; damit soll ein Rückgriff auf die Generalklauseln des § 53 Abs. 1 AufenthG bei bloßem Gefahrenverdacht nicht ausgeschlossen werden. Vgl. *Discher* (Fn. 51), § 55 Rn. 215 (2009); *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 34 (2016).

¹³³ *Pieroth u.a.*, Polizeirecht (Fn. 79), § 4 Rn. 59; *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 87 f.

¹³⁴ Vgl. *Discher* (Fn. 51), Vor §§ 53 ff. Rn. 1163 (2009); *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 165.

¹³⁵ *A. Voßkuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, in: *JuS 2007*, S. 908 (909). *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 88 ff. zufolge sind Maßnahmen, die auf der Grundlage eines Gefahrenverdachts in Rechte eingreifen, mangels Ermächtigungsgrundlage gänzlich ausgeschlossen, da es sich bei dem Gefahrenverdacht nicht um eine „echte“ Gefahr handle und er daher von den „gewöhnlichen“ Ermächtigungsgrundlagen gar nicht erst erfasst sei.

¹³⁶ Dazu, dass bei einer solchen Formulierung ein Gefahrenverdacht ausreicht *Pieroth u.a.*, Polizeirecht (Fn. 79), § 4 Rn. 52.

¹³⁷ VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 85.

¹³⁸ Ausführlich *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 163 ff., der zufolge es sich um eine Absenkung des Beweismaßstabes handelt.

schwer vorstellbar ist, zumal hier auch berücksichtigt werden muss, dass die strafrechtlichen Ermittlungsorgane zumeist über effektivere Aufklärungsmöglichkeiten verfügen werden¹³⁹.

In einer dritten Fallkonstellation kann man an Sachverhalte denken, in denen der Ausländer zwar wiederum noch nicht strafrechtlich verurteilt ist, die Ausländerbehörde jedoch *sicher ist*, dass es in naher Zukunft dazu kommen wird¹⁴⁰. Hier muss im Vergleich zum gerade geschilderten Fall des bloßen Gefahrenverdachts eine Ausweisung zwar grundsätzlich erst recht möglich sein, die soeben geschilderten Bedenken greifen jedoch ebenso. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann eine Ausweisung daher nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn hochwertige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet sind und die Gefahr sich nur durch eine Ausweisung abwenden lässt. Zu betonen ist außerdem, dass eine Ausweisung erst zulässig sein kann, wenn bereits eine konkrete Gefahr bzw. der Verdacht einer konkreten Gefahr besteht. Die Ausweisung ist als endgültige Maßnahme auf Gefahrenabwehr gerichtet, nicht auf Gefahrenvorsorge¹⁴¹.

Viertens und letztens soll es hier um Fälle gehen, in denen bereits ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist oder in denen der betreffende Ausländer sogar bereits in Haft sitzt. Wie ist hier das Verhältnis der ordnungsrechtlichen Maßnahme der Ausweisung zum Strafrecht? Sind Ausweisung und darauf folgend Abschiebung ohne Weiteres möglich oder steht das Strafverfolgungsinteresse im Vordergrund? Das Gesetz geht grundsätzlich von letzterem aus, wenn es in § 72 Abs. 4 S. 1 AufenthG Ausweisung und Abschiebung ab Einleitung des Ermittlungsverfahrens bzw. ab Erhebung der öffentlichen Klage nur „im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft“ zulässt¹⁴² und somit der Staatsanwaltschaft – und nicht etwa der Ausländerbehörde – die Entscheidungsbefugnis darüber zuspricht, ob der staatliche Strafanspruch hier durchgesetzt werden soll oder (ausnahmsweise) zurückstehen kann¹⁴³. Dieser

¹³⁹ G. Strate, Urteilsanmerkung zu OVG Nds., B. v. 8.11.1989 – 22 M 393/89, in: InfAuslR 1990, S. 57 (60).

¹⁴⁰ Vgl. für einen solchen Fall OVG Nds., B. v. 8.11.1989 – 22 M 393/89 – InfAuslR 1990, S. 57 ff.

¹⁴¹ Ausführlich Kießling, Abwehr (Fn. 83), S. 96 ff.

¹⁴² Über die Einleitung eines Strafverfahrens erhalten die Ausländerbehörden zuvor gem. § 87 Abs. 4 AufenthG Kenntnis.

¹⁴³ Siehe nur VGH BW, B. v. 8.12.2011 – 11 S 3155/11 – Rn. 4: „Die Vorschrift dient damit [...] der Wahrung des staatlichen Strafverfolgungsinteresses“. Nach st. Rspr. dient das Einvernehmensefordernis nicht dem Schutz des Ausländers, sodass er bei Nichteinhaltung nicht in seinen Rechten verletzt wird: OVG Nds., B. v. 28.9.2011 – 11 PA 298/11 –

Grundsatz wird in § 72 Abs. 4 S. 3-5 AufenthG bestätigt, indem das Gesetz selbst anordnet, in welchen Fällen ein nur geringes Strafverfolgungsinteresse besteht und Ausweisung und Abschiebung dementsprechend auch ohne Einvernehmen der Staatsanwaltschaft ergehen können¹⁴⁴. Befindet sich der Ausländer in Haft, so greift mit § 456a StPO¹⁴⁵ eine ähnliche Regelung¹⁴⁶. Notwendige Voraussetzung ist auch hier, dass die Staatsanwaltschaft – nunmehr in ihrer Funktion als Vollstreckungsbehörde (§ 451 StPO) – beteiligt wird und von der weiteren Vollstreckung absieht¹⁴⁷. Die Entscheidung über eine Ausweisung selbst hat die Ausländerbehörde wie auch sonst – fernab vom Zustimmungserfordernis – anhand einer individuellen Gefahrenprognose zu treffen, die sich an den oben genannten Kriterien orientieren muss.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zwischen Maßnahmen des Strafrechts und einer Ausweisung kein Gleichlauf, sondern durchaus gewichtige Unterschiede bestehen. Dies lässt sich bereits damit erklären, dass die Ausweisung zum Ordnungsrecht gehört und daher auf die Gefahrenabwehr ausgerichtet ist, während das Strafrecht repressiv einsetzt. Ausweisungen sind daher grundsätzlich auch dann möglich, wenn noch keine Straftaten begangen wurden. Allerdings sind hieran durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hohe Anforderungen gesetzt; des Weiteren ist in der anschließenden Abwägung zu beachten, dass in diesen Fällen – Maßnahmen der Terrorabwehr ausgenommen (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) – kein vertypertes Ausweisungsinteresse des § 54 AufenthG vorliegt. Sind einmal strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet, so geht das Gesetz von einem Vorrang strafrechtlicher Maßnahmen aus. Ausweisungen (und Abschiebungen) sind hier nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft möglich (§ 72 Abs. 4 AufenthG), die darüber entscheiden muss, ob das staatliche Strafverfolgungsinteresse im konkreten Fall zurückstehen kann. Durch ausländerrechtliche Maßnahmen wird es nämlich nicht befriedigt, da Ausweisung und Abschiebung keine Strafen sind (auch wenn sie mitunter noch einschneidendere Wirkung haben können und es den betroffenen Ausländern sicherlich anders vorkommen mag).

Rn. 5; OVG HH, U. v. 26.3.2015 – 5 BF 1/13 – Rn. 44 ff. A.A. *Hofmann* (Fn. 76), § 72 AufenthG Rn. 46.

¹⁴⁴ Kritisch zur Liste des § 72 Abs. 4 S. 5 AufenthG *Hofmann* (Fn. 76), § 72 AufenthG Rn. 39.

¹⁴⁵ Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074).

¹⁴⁶ Dazu näher *Pfaff/Otto-Hanschmann*, Konsequenzen (Fn. 116), § 34 Rn. 31 ff.

¹⁴⁷ Dazu BGH, B. v. 12.3.2015 – V ZB 197/14 – Rn. 6.

c) Zulässigkeit generalpräventiver Ausweisungen?

Die bisher getätigten Aussagen beziehen sich auf eine Ausweisung aus spezialpräventiven Gründen, die voraussetzt, dass der ausgewiesene Ausländer selbst künftig noch eine Gefahr bedeuten wird. Schon lange umstritten ist, ob daneben auch eine Ausweisung aus generalpräventiven Motiven zulässig ist, durch die verhaltenssteuernd auf *andere* Ausländer eingewirkt werden soll¹⁴⁸. Der Gesetzgeber möchte laut Gesetzesbegründung auch im neuen Ausweisungsrecht grundsätzlich an der Möglichkeit der generalpräventiven Ausweisung festhalten¹⁴⁹. Ausgenommen davon sind lediglich die in § 53 Abs. 3 AufenthG aufgezählten Personengruppen, zu denen auch Asylberechtigte und Flüchtlinge gehören. Hier würde die Zulassung generalpräventiver Erwägungen gegen Unionsrecht verstoßen¹⁵⁰. Eine generalpräventive Ausweisung Verfolgter ist somit in jedem Falle unzulässig, weshalb im Folgenden zu den Problemen nur kurz Stellung bezogen wird.

Zum alten Recht hatten sowohl das Bundesverfassungsgericht¹⁵¹ als auch das Bundesverwaltungsgericht¹⁵² die generalpräventive Ausweisung im Grundsatz für zulässig erachtet. Die Vereinbarkeit beider Entscheidungen miteinander war indes bereits damals fraglich¹⁵³, gleiches galt für die Konformität generalpräventiver Ausweisungen mit Art. 8 EMRK¹⁵⁴. Da die Prüfung des § 53 Abs. 1 AufenthG n.F. nunmehr, wie aufgezeigt, grundsätzlich zweistufig abläuft, könnte man auf beiden Stufen versucht sein, generalpräventive Erwägungen einfließen

¹⁴⁸ Gegen die Zulässigkeit generalpräventiver Ausweisungen schon nach altem Recht u.a. *Mayer*, Systemwechsel (Fn. 10), S. 506 ff. sowie *R. Marx*, § 11 AufenthG im Lichte der Rückführungsrichtlinie, in: ZAR 2014, S. 278 (281 f.).

¹⁴⁹ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁵⁰ BT-Drs. 17/4097, S. 50. Dazu näher unten, § 4-C.-III.-1.

¹⁵¹ BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06.

¹⁵² BVerwGE 142, 29.

¹⁵³ Das Bundesverfassungsgericht hatte mit stattgebendem Kammerbeschl. v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06 – Rn. 23 ff. auch bei generalpräventiven Ausweisungen eine Einzelfallabwägung gefordert, die auf die persönlichen Verhältnisse des Ausländers eingeht. Es hatte der generalpräventiven Ausweisung folglich, mit den Worten von *Mayer*, Systemwechsel (Fn. 10), S. 507, „jedenfalls was eine praktische Anwendung betrifft – gleichsam auf ‚kaltem Wege‘ den (endgültigen) ‚Todesstoß‘ versetzt“. Ähnlich VGH BW, U. v. 18.3.2011 – 11 S 2/11 – Rn. 24 ff. Das Bundesverwaltungsgericht hingegen entschied noch 2012 in BVerwGE 142, 29 (36 Rn. 17), dass auch *allein* generalpräventiv motivierte Ausweisungen zulässig seien, wenn die Straftat besonders schwer wiege und deshalb ein dringendes Bedürfnis daran bestehe, über eine strafrechtliche Sanktion hinaus durch Ausweisung andere Ausländer von Straftaten ähnlicher Art und Schwere abzuhalten.

¹⁵⁴ Vgl. nur VGH BW, U. v. 13.8.2011 – 11 S 2/11 – Rn. 28 ff. A.A. allerdings BVerwGE 142, 29 (39 f. Rn. 22).

zu lassen. Auf der ersten Stufe, d.h. bei der Feststellung der Gefahr für die genannten Schutzgüter, spricht für eine Einbeziehung der Wortlaut, der es ausreichen lässt, dass „der Aufenthalt“ des Ausländers die Schutzgüter gefährdet. Es muss also dem Wortlaut nach nicht der Ausländer selbst bzw. sein „persönliches Verhalten“ (§ 53 Abs. 3 AufenthG) eine Gefahr darstellen. Allerdings ergibt sich dann zunächst die Schwierigkeit, darzulegen, wieso der weitere Aufenthalt dieses Ausländers konkret eine Gefahr dafür darstellen soll, dass *andere* Ausländer z.B. Straftaten begehen¹⁵⁵. Selbst wenn man dies nachweisen könnte¹⁵⁶, erschiene es naheliegender, in der Linie der aus dem Polizeirecht bekannten Unterscheidung zwischen Störer und Nichtstörer¹⁵⁷ zunächst diese „anderen“ Ausländer ausweisen. Wollte man hingegen die abstrakte Gefahr durch andere Ausländer ausreichen lassen, würde dies bedeuten, die Ausweisung als Maßnahme der Gefahrenvorsorge bzw. -vorbeugung zu sehen, was jedoch nicht mit ihrem endgültigen Charakter zu vereinbaren ist¹⁵⁸.

Gegen die Einbeziehung generalpräventiver Motive auf der Abwägungsebene spricht sodann, eine Abwägung *im Einzelfall* geboten ist¹⁵⁹. Generalpräventive Erwägungen haben damit hingegen nichts zu tun, geht es bei ihnen doch um die (vermutete) allgemeine Auswirkung auf andere Ausländer¹⁶⁰.

Die Generalprävention passt daher schlicht nicht in das System des neuen Ausweisungsrechts. Von der Einbeziehung generalpräventiver Erwägungen sollte daher, auch im Lichte der durch Art 8 EMRK gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, gänzlich abgesehen werden¹⁶¹. Das würde auch den Vorteil einer Vereinfachung durch Vereinheitlichung nach sich ziehen, da für die in § 53 Abs. 3

¹⁵⁵ Vgl. *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 26. Fehlende empirische Nachweise zur Abschreckungswirkung generalpräventiver Ausweisungen räumt auch BVerwGE 142, 29 (36 ff. Rn. 19) ein, hält dies allerdings aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers für unerheblich.

¹⁵⁶ In Betracht kommt hier bspw. die Ausweisung des Familienoberhaupts eines kriminellen Clans oder des Chefs einer Diebesbande.

¹⁵⁷ Vgl. §§ 4-6 PolG NRW.

¹⁵⁸ *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 96 ff.

¹⁵⁹ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁶⁰ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 27.

¹⁶¹ So auch *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 27 f.; *R. Marx*, Zur Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2015, S. 245 (248 f.); *ders.*, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 170 ff. A.A. *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 34 ff.; offengelassen von *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419.

AufenthG bezeichneten Personengruppen eine Generalprävention auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in Betracht kommt.

4. Zweiter Prüfungspunkt: Abwägung zwischen öffentlichen Ausreiseinteressen und individuellen Bleibeinteressen

Liegt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der BRD vor, so ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob „die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt“ (§ 53 Abs. 1 AufenthG). Bei einem Gleichgewicht zwischen Ausreise- und Bleibeinteressen – sollte die Abwägung so genau durchgeführt werden können – muss eine Ausweisung im Umkehrschluss unterbleiben¹⁶². Liegt indes bereits keine Gefahr vor, ist die Prüfung an dieser Stelle beendet, auf eine Abwägung kommt es dann nicht mehr an¹⁶³.

a) Verwirklichung einer ergebnisoffenen Abwägung

Das Gesetz normiert in § 54 AufenthG einzelne Ausweisungs- und in § 55 AufenthG einzelne Bleibeinteressen, wobei jeweils zwischen besonders schwerwiegenden (Abs. 1) und (nur) schwerwiegenden Interessen (Abs. 2) unterschieden wird. Darüber hinaus sind gem. § 53 Abs. 2 AufenthG bei der Abwägung „nach den Umständen des Einzelfalles insbesondere die Dauer seines Aufenthalts, seine persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen im Bundesgebiet und im Herkunftsstaat oder in einem anderen zur Aufnahme bereiten Staat, die Folgen der Ausweisung für Familienangehörige und Lebenspartner sowie die Tatsache, ob sich der Ausländer rechtstreu verhalten hat¹⁶⁴, zu berücksichtigen“. Klar ist somit, dass die in §§ 54, 55 sowie 53 Abs. 2 AufenthG genannten Kriterien in die Abwägung mit einfließen müssen. Wie die Prüfung jedoch im Einzelnen zu erfolgen hat, erschließt sich aus dem Gesetz nicht auf den ersten Blick.

¹⁶² *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 216 f.

¹⁶³ S. schon oben, § 4-B.-II.-2.

¹⁶⁴ Dieser Aspekt wurde nachträglich eingefügt durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11.3.2016.

§§ 54 und 55 AufenthG erinnern in ihrer Struktur zunächst an das alte schematische Ausweisungsrecht mit seiner Unterteilung in Ist-, Regel- und Ermessensausweisung¹⁶⁵. Gerade von dieser strengen Schematisierung sollte aber durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung eine Abkehr erfolgen; stattdessen ist nunmehr für die Ausweisung eine „ergebnisoffene Abwägung“¹⁶⁶ erforderlich. Es stellt sich die Frage, wie sich diese Forderung mit der durch den Gesetzgeber wiederum vorgegebenen Gewichtung einzelner Interessen in §§ 54, 55 AufenthG vereinbaren lässt. Der Schlüssel liegt dabei in der richtigen Verbindung der §§ 53 Abs. 2, 54 und 55 AufenthG: § 53 Abs. 2 benennt Kriterien für die nach Abs. 1 vorzunehmende Abwägung „nach den Umständen des Einzelfalles“. Die Ausweisungs- und Bleibeinteressen in §§ 54, 55 AufenthG sind hingegen nur schematisch aufgelistet und gewichtet und gehen gerade *nicht* auf den Einzelfall ein¹⁶⁷. So soll bei *jeder* rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mehr als zwei Jahren wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten ein besonders schwerwiegendes Ausreiseinteresse bestehen (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Und *jeder* Ausländer, der eine Niederlassungserlaubnis besitzt und sich seit mindestens fünf Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat, soll ein besonders schwerwiegendes Bleibeinteresse besitzen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).

§ 53 Abs. 2 AufenthG kommt deshalb die Aufgabe zu, diese schematische Abwägung zu durchbrechen und damit die geforderte ergebnisoffene Abwägung zu sichern¹⁶⁸. Es ist nämlich im Anschluss an die Feststellung der besonders schwerwiegenden oder nur schwerwiegenden Ausreise- und Bleibeinteressen zu prüfen, ob einerseits die Umstände des Einzelfalles durch die Fallbeispiele der §§ 54, 55

¹⁶⁵ So auch *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 8 f. (2016).

¹⁶⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 49. *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 214 weist darauf hin, dass die Abwägung gerichtlich voll überprüfbar ist, die Forderung nach einer „ergebnisoffenen Abwägung“ also nicht mit dem Zugeständnis eines Beurteilungsspielraums verwechselt werden darf.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 50: „In § 54 werden in *typisierter Form* [Hervorhebung durch den Verf.] besonders schwerwiegende (Absatz 1) und schwerwiegende (Absatz 2) Interessen an der Ausweisung beschrieben.“

¹⁶⁸ So i.E. auch BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 24 f.; VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 141 f. sowie BT-Drs. 18/4097, S. 50: „Erst die Abwägung nach § 53 Absatz 1 unter umfassender Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ergibt, ob das Interesse an der Ausreise letztendlich überwiegt.“

AufenthG ausreichend einbezogen sind¹⁶⁹ und ob sich andererseits die gesetzlich vorgesehene Gewichtung in Anbetracht der Umstände des Einzelfalles auch halten lässt. Daher ist die gesetzliche Gewichtung zwar in einem ersten Schritt grundsätzlich hinzunehmen. Sie darf allerdings weder das Ergebnis der Abwägung vorwegnehmen noch darf von ihr auch nur eine Indizwirkung ausgehen, sondern sie kann im Anschluss relativiert oder sogar umgekehrt werden, wenn die Umstände des Einzelfalles eine andere Sprache sprechen¹⁷⁰. Die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte müssen in dieser Hinsicht beurteilen, ob eine Ausweisung auch erforderlich und angemessen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist. Sie können deshalb nicht einfach Ausweisungsinteressen und Bleibeinteressen mechanisch abarbeiten, sondern müssen das Gesamtergebnis im Blick behalten und es am Ziel der Gefahrenabwehr messen¹⁷¹.

Für die Abwägung nach § 53 Abs. 1 AufenthG bietet sich somit folgendes Prüfungsschema an¹⁷²: Zunächst ist festzustellen, ob und welche typisierten Ausweisungs- und Bleibeinteressen nach §§ 54, 55 AufenthG vorliegen. Sodann werden unter Zugrundelegung der in § 53 Abs. 2 AufenthG nicht abschließend aufgezählten Kriterien sämtliche Umstände des Einzelfalles ermittelt und hinzugezo-

¹⁶⁹ Vgl. VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 141: Auch eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren würde „nur“ unter § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG fallen, obwohl dafür bereits eine zweijährige Freiheitsstrafe ausreicht. Ähnlich VG Oldenburg, U. v. 11.1.2016 – 11 A 892/15 – Rn. 26. Vgl. (in umgekehrter Richtung) auch BVerwG, U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 40, wonach der dem Ausländer gemachte Vorwurf „eher im niedrigschwelligen Bereich der in § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vertypeten Gefährdungstatbestände anzusiedeln“ sei.

¹⁷⁰ BVerwG, U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 39; Marx, Reform (Fn. 161), S. 247; ders., Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 69; D. Thym, 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, BT-Ausschuss-Drs. 18(4)512 B, S. 2. Ebenso BT-Drs. 18/4097, S. 50: „Die in den Absätzen 1 und 2 [des § 54 AufenthG] typisierten Interessen können im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände auch weniger oder mehr Gewicht entfalten; bspw. ist es denkbar, dass die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren wegen vorsätzlicher Straftat in atypischen Fällen insgesamt weniger schwer erscheint“. Unglücklich hingegen *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 29, der ein „Punktesystem“ vorschlägt sowie *Funke*, Normstruktur (Fn. 32), S. 211 f., der relativ streng an der gesetzlich vorgenommenen Gewichtung haftet.

¹⁷¹ So i.E. auch BVerwG, U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 39; vgl. zudem *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 52.

¹⁷² Wie hier *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 29.

gen. In einem letzten Schritt erfolgt dann die eigentliche ergebnisoffene Abwägung unter voller Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Überwiegt dabei das Ausweisungsinteresse, so wird der Ausländer ausgewiesen. Überwiegt das Bleibeinteresse oder besteht ein Gleichgewicht zwischen Ausweisungs- und Bleibeinteresse, so ist eine Ausweisung unzulässig. Letztlich liegt es an dieser Stelle also an den anwendenden Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten, sich von der starren Struktur des Ausweisungsrechts zu lösen und den Wunsch des Gesetzgebers nach einer ergebnisoffenen Abwägung umzusetzen¹⁷³.

b) Keine abschließende Aufzählung durch das Gesetz

Unklar verbleibt nach dem Studieren des Gesetzestextes neben der richtigen Prüfungsreihenfolge auch die Frage, ob die vorgegebenen Abwägungskriterien abschließend oder nur beispielhaft sind. Dem Wortlaut nach sind lediglich die Aufzählungen der schwerwiegenden Bleibeinteressen nach § 55 Abs. 2 AufenthG sowie der Kriterien für die Abwägung im Einzelfall nach § 53 Abs. 2 AufenthG beispielhaft („insbesondere“). Im Umkehrschluss könnte die Gesetzssystematik so zu verstehen sein, dass die Ausweisungsinteressen in § 54 AufenthG abschließend geregelt sein sollen. Alles, was dort nicht genannt ist, wäre dann nicht berücksichtigungsfähig. Eine solche Auslegung würde allerdings verkennen, dass die Abwägung sich nicht aus §§ 54, 55 AufenthG ergibt, sondern aus § 53 Abs. 1 AufenthG. Dieser erfordert eine ergebnisoffene Abwägung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles, nicht hingegen eine Beschränkung auf einzelne Kriterien. Die Aufzählungen in §§ 54, 55 AufenthG sind schon von Natur aus Katalogisierungen, denen – wie beschrieben – kein zu großes Gewicht beigemessen werden darf¹⁷⁴. Unabhängig vom Wortlaut – der hier freilich für einige Verwirrung sorgt – sind sie daher beispielhaft zu verstehen und schließen die Einbeziehung auch anderer Ausweisungs- wie Bleibeinteressen in die Abwägung nicht aus¹⁷⁵. Es reicht somit, dass § 53 Abs. 2 AufenthG von „insbesondere“ spricht,

¹⁷³ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 12 ff. (2016) hält die Abwägung daher für eine nur „begrenzt berechenbare Angelegenheit“.

¹⁷⁴ Anders ist dies auf der ersten Stufe i.R.d. Prüfung der „Gefahr“ i.S.d. § 53 Abs. 1 AufenthG. Hier sind die durch § 54 AufenthG – der als Konkretisierung der Schutzgüter dient – getroffenen Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, sodass nicht ohne Weiteres auf die Generalklauseln des § 53 Abs. 1 AufenthG zurückgegriffen werden kann, wenn kein Fall des § 54 AufenthG vorliegt. Dazu näher oben, § 4-B.-II.-3.-a)-bb).

¹⁷⁵ So auch *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 50 sowie Hess. VGH, B. v. 15.2.2016 – 3 A 1482/14.Z, 3 A 368/16.Z.T, 3 B 509/16 – Rn. 13.

um auch andere Fakten berücksichtigen zu können, die sowohl für als auch gegen die Ausweisung sprechen können. Dass § 55 Abs. 2 AufenthG („insbesondere“) hier gegenüber den anderen Bestimmungen eine Sonderstellung einnimmt und es zulässt, weitere, gesetzlich nicht vertypete, Bleibeinteressen als „schwerwiegend“ zu qualifizieren, ist für die Abwägung letztlich ohne Bedeutung, da ohnehin – wie beschrieben – die Abwägung nicht nach starren gesetzlichen Gewichtungen erfolgen kann und somit jedes Ausweisungs- und Bleibeinteresse individuell zu gewichten ist¹⁷⁶.

Für diese Sichtweise, die in allen Ausweisungs- und Bleibeinteressen lediglich beispielhafte Aufzählungen sieht, spricht außerdem, dass die vom Ausländer ausgehende zukünftige Gefahr auch im Rahmen der Abwägung eine große Rolle spielen muss¹⁷⁷. Bei einer Versteifung auf die in § 54 AufenthG benannten Ausweisungsinteressen würde dies jedoch nicht geschehen; dort wird größtenteils an bereits begangene Handlungen angeknüpft. Auch nach § 53 Abs. 2 AufenthG ist lediglich zu berücksichtigen, ob sich der Ausländer rechtstreu verhalten *hat*¹⁷⁸. Dass die vom Ausländer ausgehende Gefahr schon im ersten Schritt – bei der Feststellung einer Gefahr – relevant wird, steht dem nicht entgegen: Je größer die Gefahr ist, die auch in Zukunft vom Ausländer ausgehen wird und je gewichtiger die gefährdeten Schutzgüter sind, desto größer muss auch das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung sein.

¹⁷⁶ Dies geht auch aus der Gesetzesbegründung hervor; die ausdrückliche Normierung in § 55 Abs. 2 AufenthG ist danach nur deklaratorisch zu verstehen (BT-Drs. 18/4097, S. 49). Wie hier auch Hess. VGH, B. v. 15.2.2016 – 3 A 1482/14.Z.; 3 A 368/16.Z.T; 3 B 509/16 – Rn. 13.

¹⁷⁷ Vgl. VGH BW, B. v. 11.4.2016 – 11 S 393/16 – Rn. 29 ff. sowie BVerwG, U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16 – Rn. 39.

¹⁷⁸ Der Zusatz wurde eingefügt durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11.3.2016 (BGBl. I S. 394). Über die Sinnhaftigkeit des Zusatzes wird unterschiedlich geurteilt: Dafür *Thym*, Stellungnahme (Fn. 170), S. 4 („sinnvolle Ergänzung“) sowie *W. Kluth*, Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit, in: ZAR 2016, S. 121 (129); dagegen *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 420 („bestenfalls überflüssig“) sowie die *Deutscher Anwaltverein (DAV)*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 19.2.2016, S. 12 („unscharf“ und „systematisch verfehlt“) Klar dürfte sein, dass das Kriterium der Rechtstreu auch schon vor dessen ausdrücklicher Normierung im Abwägungsprozess zu berücksichtigen war, vgl. VGH BW, B. v. 11.4.2016 – 11 S 393/16 – Rn. 34 sowie *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 301 f. („keine eigenständige Bedeutung“).

Die in § 53 Abs. 2 AufenthG beispielhaft („insbesondere“) aufgezählten Kriterien können sowohl zugunsten als auch zulasten des Ausländers wirken¹⁷⁹. So spricht ein langer Aufenthalt in Deutschland, verbundenen mit einer Entwurzelung aus dem Heimatstaat, gegen eine Ausweisung; ein nur kurzer Aufenthalt in Deutschland zusammen mit dem Fortbestehen starker Bindungen in den Heimatstaat hingegen für eine Ausweisung¹⁸⁰. Anders als nach § 55 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG a.F. wird dabei nicht mehr nur der rechtmäßige Aufenthalt berücksichtigt. § 53 Abs. 2 soll ebenso wie § 55 AufenthG die Kriterien wiedergeben, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 8 EMRK aufgestellt hat¹⁸¹. Abgestellt wird damit auf die sog. *Boultif/Üner*-Kriterien¹⁸², wonach bei der Abwägung zusammenfassend folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind¹⁸³:

- die Art und Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Straftat;
- die Dauer des Aufenthalts des Beschwerdeführers in dem Land, aus dem er ausgewiesen werden soll;
- die seit der Tat verstrichene Zeit und das Verhalten des Beschwerdeführers in dieser Zeit;
- die Staatsangehörigkeit der verschiedenen Betroffenen;
- die familiäre Situation des Beschwerdeführers, wie z.B. die Dauer der Ehe, und andere Faktoren, die erkennen lassen, wie intakt das Familienleben eines Ehepaars ist;
- ob der Ehepartner bzw. die Ehepartnerin von der Straftat wusste, als er bzw. sie eine familiäre Beziehung einging;
- ob aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind und gegebenenfalls deren Alter;
- das Ausmaß der Schwierigkeiten, denen der Ehepartner bzw. die Ehepartnerin in dem Land, in das der Beschwerdeführer bzw. die Beschwerdeführerin ausgewiesen werden soll, voraussichtlich begegnen wird;

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/4097, S. 50; Marx, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 174.

¹⁸⁰ Näher zu den einzelnen Kriterien *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 32 ff. sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 39 ff. (2016).

¹⁸¹ BT-Drs. 18/4097, S. 50, 53; VG Oldenburg, U. v. 11.1.2016 – 11 A 892/15 – Rn. 24.

¹⁸² Nach EGMR Nr. 54273/00 v. 2.8.2001 – *Boultif/Schweiz*; Nr. 46410/99 v. 18.10.2006 – *Üner/Niederlande*.

¹⁸³ Zusammenfassung nach EGMR Nr. 69735/01 v. 6.12.2007 – *Chair/Deutschland*.

- die Belange und das Wohl der Kinder, insbesondere das Ausmaß der Schwierigkeiten, denen Kinder des Beschwerdeführers in dem Land, in das er ausgewiesen werden soll, voraussichtlich begegnen werden, und
- die Stabilität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Gastland und zum Zielland.

III. Zusammenfassung und Bewertung des neuen Ausweisungsregimes

Wenn es beim ersten Anschein auch so scheint, als wäre das neue Ausweisungsrecht durch seine Verbindung zwischen alt Bewährtem – insbesondere des Katalogs des § 54 AufenthG, der an die alte Struktur von Ist-, Regel- und Ermessensausweisung erinnert – und lange Gefordertem – hier sei das Erfordernis der Einzelfallabwägung hervorgehoben – gut gelungen, so ergeben sich doch bei näherer Untersuchung zahlreiche Unklarheiten und Bedenken.

Diese beginnen bereits bei der genauen Vorgehensweise zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung. Es dürfte zwar feststehen, dass dabei im Sinne einer zweistufigen Prüfung grundsätzlich zwischen der Prüfung der Gefahr für die in § 53 Abs. 1 AufenthG genannten Schutzgüter und der Abwägung im Einzelfall unterschieden werden muss. Im Einzelnen bestehen aber große Unsicherheiten. So kann kritisiert werden, dass sich der Gesetzgeber in § 53 Abs. 1 AufenthG nicht auf die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschränkt hat. Durch die Ausweitung des Gefahrenbegriffs wird eine größere Annäherung zum allgemeinen Polizeirecht verhindert¹⁸⁴, die in der Gesetzesbegründung selbst ja vielfach proklamiert wird¹⁸⁵. Das Schutzgut der freiheitlichen demokratischen Grundordnung dürfte kaum jemals eine eigenständige Rolle spielen und ist von der öffentlichen Sicherheit ohnehin erfasst¹⁸⁶, der Anwendungsbereich der „sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ ist ziemlich unklar. Auch die vom Gesetzgeber geforderte Beibehaltung generalpräventiver Ausweisungen¹⁸⁷ wäre besser unterblieben.

¹⁸⁴ Vgl. *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 49 die eine vollkommene Angleichung an das Polizeirecht befürwortet.

¹⁸⁵ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

¹⁸⁶ *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 152.

¹⁸⁷ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

Des Weiteren macht das Gesetz nicht deutlich, wie mit den in § 54 AufenthG vertypen Ausweisungsinteressen umzugehen ist. Wortlaut, Systematik und auch Gesetzesbegründung machen zuerst den Anschein, als seien sie erst im Rahmen der Einzelfallabwägung zu berücksichtigen. Bei genauerer Betrachtung muss man aber zu dem Schluss kommen, dass durch die Ausweisungsinteressen bereits eine Konkretisierung und – damit verbunden – auch eine Einengung der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG stattfinden soll. Dies lässt sich insbesondere daraus ableiten, dass ein öffentliches Interesse an der Ausweisung nur bestehen kann, wenn ein Sachverhalt überhaupt zur Ausweisung berechtigt. Ein Rückgriff auf die generalklauselartigen Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG ist zwar möglich, soweit kein vertypter Fall im Sinne des § 54 AufenthG vorliegt. Er wird aber gerade aufgrund des weit gefassten § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG selten nötig sein.

Auch über Umfang und Eigenständigkeit der Gefahrenprüfung herrscht Streit. Der teilweise vertretenen Ansicht, in § 54 AufenthG habe der Gesetzgeber abstrakt gefährliche Sachverhalte normiert, sodass sich an die Feststellung ihres Vorliegens keine eigenständige Gefahrenprognose anschließen muss, kann indes nicht gefolgt werden. Dagegen spricht schon der Umkehrschluss aus § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Stattdessen ist in jedem Fall eine individuelle Gefahrenprognose erforderlich; Automatismen kann es nicht geben¹⁸⁸. Der Gesetzgeber muss sich die Frage gefallen lassen, wieso über so zentrale Punkte überhaupt Streit entstehen kann.

Das Zusammenspiel der §§ 54, 55 und 53 Abs. 2 AufenthG im Rahmen der erforderlichen „ergebnisoffenen Abwägung“¹⁸⁹ erschließt sich ebenfalls nicht ohne Weiteres. Zwar folgt bereits aus § 53 Abs. 1 AufenthG und dem Erfordernis der ergebnisoffenen Abwägung, dass auch andere, nicht in §§ 54, 55 AufenthG normierte Umstände bei der Abwägung zu berücksichtigen sind. Dass dann allerdings § 55 Abs. 2 AufenthG eine Sonderstellung einnimmt und als einziger mit

¹⁸⁸ So ausdrücklich auch BT-Drs. 18/7537, S. 2 im Entwurf des Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern.

¹⁸⁹ BT-Drs. 18/4097, S. 49.

dem Zusatz „insbesondere“ versehen ist¹⁹⁰, sorgt lediglich für Verwirrung. Konsequenter und besser für das Verständnis wäre es gewesen, entweder jede oder keine der Aufzählungen mit einem solchen Zusatz zu versehen.

Durch die typisierenden Aufzählungen könnte der Rechtsanwender außerdem versucht sein, die Abwägung schematisch im Stile einer „Checkliste“¹⁹¹ vorzunehmen. Dies ist unbedingt zu vermeiden, würde dadurch doch gerade keine *ergebnisoffene* Abwägung erreicht. Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte müssen daher unter Bezug auf § 53 Abs. 2 AufenthG sicherstellen, dass bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz volle Beachtung findet. Dabei kann die Gewichtung des Gesetzgebers in „besonders schwerwiegende“ und „schwerwiegende“ Ausweisungs- bzw. Bleibeinteressen zwar grundsätzlich Beachtung finden. Es muss anhand des Einzelfalles jedoch stets überprüft werden, ob sie sich auch halten lässt.

Insgesamt bleiben somit bei dem reinen „Blick ins Gesetz“ viele Fragen offen. Es handelt sich zwar durchweg um Probleme, die durch die Rechtsanwendung, insbesondere durch die Gerichte, einer praxistauglichen Handhabe zugeführt werden können. Dass die eigentliche Arbeit nun aber doch wieder an den Gerichten hängen bleibt, kann nicht Ziel der Gesetzesreform gewesen sein, die ja gerade aufgrund der Undurchsichtigkeit des alten Ausweisungsrechts notwendig war. Ob die gesetzgeberische Zielsetzung der Beseitigung von Rechtsunsicherheiten¹⁹² erreicht werden kann, ist somit zweifelhaft.

IV. Prüfungsschema

Abschließend ergibt sich aus dem zuvor Gesagten folgendes Prüfungsschema:

1. Bestehen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die sonstigen erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland
 - a) Vorliegen einer der Konkretisierungen in § 54 AufenthG?
 - Wenn ja, sind die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG betroffen und es besteht ein Ausweisungsanlass

¹⁹⁰ Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/4097, S. 49) sei dies in § 55 Abs. 2 AufenthG nur „nochmals ausdrücklich normiert“, die dortige Betonung der nur beispielhaften Aufzählung somit nur deklaratorisch zu verstehen.

¹⁹¹ *Kießling*, Fremdenpolizeirecht (Fn. 34), S. 52.

¹⁹² BT-Drs. 18/4097, S. 49.

- Wenn nein, ist zu prüfen, ob ein Rückgriff auf die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG möglich oder durch die Wertungen des § 54 AufenthG ausgeschlossen ist
 - b) Erstellen einer individuellen Gefahrenprognose für die Zukunft unter Zugrundelegung des Ausweisungsanlasses sowie der Persönlichkeit des Ausländers
2. Sofern eine Gefahr besteht: Individuelle, ergebnisoffene Abwägung
- a) Feststellung der typisierten Ausweisungs- und Bleibeinteressen aus §§ 54, 55 AufenthG
 - b) Ermittlung der sonstigen für die Abwägung relevanten Tatsachen unter Zugrundelegung des § 53 Abs. 2 AufenthG
 - c) Vornahme der eigentlichen, ergebnisoffenen Abwägung

C. Ausweisungen Verfolgter nach neuer Rechtslage

Die dargestellten Grundsätze zum neuen Ausweisungsrecht beziehen sich auf „gewöhnliche“ Ausweisungen. Für Asylberechtigte und Flüchtlinge hingegen gilt gem. § 53 Abs. 3 AufenthG weiterhin (vgl. § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 AufenthG a.F.) ein besonderer Ausweisungsschutz. Dessen inhaltliche Ausgestaltung sowie sein – nicht ohne Weiteres durchschaubares – Verhältnis zum grundlegenden System des § 53 Abs. 1 AufenthG werden nachstehend untersucht. Zuvor stellt sich jedoch die Frage, ob Ausweisungen Verfolgter mit vorrangig zu beachtendem Recht überhaupt vereinbar sind und wie in Fällen zu agieren ist, in denen jedenfalls eine sich anschließende Abschiebung aufgrund eines Abschiebungsverbotes nicht möglich ist.

I. Vereinbarkeit mit vorrangig zu beachtendem Recht

Ausweisungen Verfolgter sind sowohl im Hinblick auf Verfassungs- als auch auf Völker- als auch auf Unionsrecht einer kritischen Wertung zu unterziehen.

1. Verfassungsrecht

Eine Ausweisung Asylberechtigter könnte zunächst gegen das Asylgrundrecht des Art. 16a GG verstoßen. Das Asylgrundrecht garantiert – über das bloße Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK hinausgehend – ein Recht auf Aufent-

halt in der Bundesrepublik selbst¹⁹³, weshalb die Ausweisung als aufenthaltsbeendende Maßnahme den Schutzbereich verkürzt und als Eingriff zu qualifizieren ist¹⁹⁴. Es kommt somit darauf an, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Die Garantie der Asylgewährung aus Art. 16a Abs. 1 GG ist zwar auch weiterhin schrankenlos gewährleistet und damit ein für sich gesehen uneinschränkbares Grundrecht¹⁹⁵. Allerdings heißt das nicht, dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von vornherein ausscheidet: Auch Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt stehen – mit Ausnahme von Art. 1 Abs. 1 GG – nicht unter einem absoluten Schutz, sondern mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung sind kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte imstande, auch solche Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen¹⁹⁶. Insofern muss die Sicherheit des Aufenthaltsstaates – hier der Bundesrepublik Deutschland – nicht generell hinter dem Asylgrundrecht zurückstehen. „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte

¹⁹³ S.o., § 2-C.-II.-2.

¹⁹⁴ *M. Sachs*, Das Auslieferungsverbot und das Asylrecht, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 795 (844); *F. Wittreck*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 92. Vgl. außerdem *A. v. Arnould*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 16a Rn. 27 sowie *B. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, Rn. 1097. A.A. hingegen BVerwGE 49, 202 (207 f.), da die Ausweisung nicht den Kernbereich des Asylgrundrechts berühre, sondern nur den darüber hinaus gehenden Bereich, der ohnehin der Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber überlassen sei. Dem ist jedoch zu widersprechen: Die Einzelheiten der asylrechtlichen Schutzgewährung mögen einfachgesetzlich auszugestalten sein, ein Recht auf gesicherten Aufenthalt garantiert jedoch Art. 16a GG selbst, wie auch das BVerwG im gleichen Urteil anerkennt (S. 206). Dementsprechend greift die Ausweisung in diese Garantie und damit in den Schutzbereich ein.

¹⁹⁵ Grundlegend BVerwGE 49, 202 (203 f.) zu Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. Diese Einschätzung hat sich durch die Asylrechtsreform 1993 nicht geändert: Die Art. 16a Abs. 2-5 GG betreffen das Asylverfahren, gehen aber nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts auf Asyl ein; *A. Randelzhofer*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG, Art. 16a Rn. 129 (2007); v. *Arnould* (ebda.), Art. 16a Rn. 27, 32 sowie *Wittreck* (ebda.), Art. 16a Rn. 93.

¹⁹⁶ St. Rspr., BVerfGE 28, 243 (260 f.); 30, 173 (193); 47, 327 (369); BVerwGE 49, 202 (208 f.). Ausführlich zu diesem Modell *M. Sachs*, Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 494 (550 ff.).

Rechtfertigung herleitet“¹⁹⁷; sie sind damit als kollidierendes Verfassungsrecht geeignet, das Asylgrundrecht einzuschränken. Diese Verfassungswerte werden auch durch § 53 Abs. 1, 3 AufenthG einfachgesetzlich ausgeformt, die deshalb grundsätzlich eine taugliche Schranke des Art. 16a Abs. 1 GG darstellen. Das Asylgrundrecht steht einer Ausweisung somit nicht absolut entgegen, es erfordert jedoch aufgrund damit verbundenen Aufenthaltsrechts einen erhöhten Ausweisungsschutz für Verfolgte¹⁹⁸, was durch § 53 Abs. 3 AufenthG allerdings ebenfalls gewährleistet wird.

Der Verfassungskonformität der Ausweisung Verfolgter in ihrer jetzigen Form wird indes teilweise ein Verstoß gegen Art. 18 S. 2 GG entgegengehalten¹⁹⁹. Danach spricht das Bundesverfassungsgericht – und nicht etwa die Ausländerbehörden oder Verwaltungsgerichte – die Verwirkung des Asylgrundrechts aus. Eine Umgehung dieses Entscheidungsmonopols läge jedoch nur vor, wenn es sich bei der Ausweisung um eine Verwirkung handelte. Von einer Verwirkung kann allerdings nur gesprochen werden, wenn der Schutzgehalt eines Grundrechts gänzlich, d.h. auch in seinem Kernbereich, beseitigt wird. Art. 16a Abs. 1 GG gewährleistet dem Asylberechtigten in seinem Kernbereich Schutz vor seinen Verfolgern durch das Verbot der Abschiebung in den Verfolgerstaat²⁰⁰. Dieser Schutz wird durch eine Ausweisung aber gerade nicht beseitigt²⁰¹: Der Asylberechtigte verliert zwar gem. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG seinen Aufenthaltstitel und ist zur Ausreise verpflichtet. Dem Zugriff seiner Verfolger wird er dadurch aber noch nicht ausgesetzt, ist doch mit der Ausweisung – anders als mit der Abschiebung – keine faktische Aufenthaltsbeendigung verbunden. Das Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 1 AufenthG gilt weiterhin, sodass eine Verbringung in den Verfolgerstaat nach wie vor unzulässig ist. Die Ausreisepflicht kann

¹⁹⁷ BVerwGE 49, 202 (209). Kritisch zur Pauschalität dieser Aussage, insbesondere zum verwendeten Begriff der „Opfergrenze“, *Sachs* Auslieferungsverbot (Fn. 194), S. 847 f. m.w.N. sowie v. *Arnauld* (Fn. 194), Art. 16a Rn. 32.

¹⁹⁸ BVerwGE 62, 215 (220 f.).

¹⁹⁹ v. *Arnauld* (Fn. 194), Art. 16a Rn. 32; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 194), Rn. 1102.

²⁰⁰ BVerwGE 49, 202 (205 f.); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 7.3.2001 – 2 BvR 1459/99 – Rn. 8. Vgl. bzgl. Konventionsflüchtlingen *A. Zimmermann*, Bedeutung und Wirkung der Ausschlussstatbestände der Artikel 1 F und 33, Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention für das deutsche Ausländerrecht, in: DVBl. 2006, S. 1478 (1485): Das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK als „elementares Kernstück“.

²⁰¹ BVerwGE 49, 202 (207 f.); 81, 155 (157); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 7.3.2001 – 2 BvR 1459/99 – Rn. 6; *M. Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts (Art. 16 II S. 2 GG), Diss. iur. Würzburg 1971, S. 96; *Discher* (Fn. 51), Vor §§ 53 ff. Rn. 362 (2009).

der Asylberechtigte demgegenüber auch durch die Ausreise in einen anderen Staat erfüllen²⁰². Somit liegt in der Ausweisung nicht etwa eine Umgehung des Entscheidungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 GG, weshalb die Möglichkeit der Ausweisung von Asylberechtigten auch insgesamt als verfassungskonform zu beurteilen ist. Entscheidend kommt es mithin auf die Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahme an²⁰³.

2. Völkerrecht

Mit der Ausweisung von Flüchtlingen beschäftigt sich im Völkerrecht der Art. 32 GFK. Dabei ist, wie bereits aufgezeigt, unter dem Begriff „Ausweisung“ – anders als in Art. 33 Abs. 1 GFK – die Verfügung einer *Ausreiseanordnung* zu verstehen und nicht etwa die faktische Durchsetzung selbiger²⁰⁴. Allerdings betrifft Art. 32 GFK nur die Ausweisung von Flüchtlingen, die sich rechtmäßig auf dem Gebiet des Aufnahmestaates aufhalten. Wann ein Aufenthalt rechtmäßig ist, schreibt die GFK nicht vor, sondern überlässt den Vertragsstaaten die Ausgestaltung²⁰⁵. Nach der Definition des Bundesverwaltungsgerichts beinhaltet ein rechtmäßiger Aufenthalt „eine besondere Beziehung des Betroffenen zu dem Vertragsstaat durch eine mit dessen Zustimmung begründete Aufenthaltsverfestigung“²⁰⁶. Eine solche Aufenthaltsverfestigung besteht in Deutschland für Verfolgte in jedem Stadium ihres Aufenthalts: Während des Asylverfahrens ist der Aufenthalt gem. § 55 AsylG gestattet, an die Anerkennung als Flüchtling bzw. Asylberechtigter schließt sich gem. § 25 Abs. 1, 2 AufenthG die Erteilung eines Aufenthaltstitels an. Deutschland hat sich somit dazu entschieden, den Aufenthalt von Flüchtlingen als rechtmäßig auszugestalten²⁰⁷; die Bestimmungen des Art. 32 GFK werden somit für die Ausweisung nach den §§ 53 ff. AufenthG relevant²⁰⁸.

²⁰² BVerwGE 106, 351 (361).

²⁰³ Vgl. BVerfGE 47, 327 (369 f.).

²⁰⁴ S.o., § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(ii)-(2).

²⁰⁵ BVerwGE 88, 254 (267); *Bauer* (Fn. 38), Vorbemerkung §§ 53-56 AufenthG Rn. 119.

²⁰⁶ BVerwGE 88, 254 (267).

²⁰⁷ Vgl. *U. Davy*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, New York 2011, Art. 32 Rn. 53 f. A.A. bzgl. der Aufenthaltsgestattung allerdings BVerwGE 87, 11 (20).

²⁰⁸ Zur Umsetzung von Völkerrecht in Deutschland s.o., § 2-C.-I.-1. Entgegenzutreten ist der Auffassung des Bay. VGH, B. v. 20.7.2009 – 10 ZB 09.950 – Rn. 31, wonach Art. 32 GFK keine Vorgaben für die für die (nationale) Ausweisung enthalte, da eine Ausweisung den Aufenthalt des Flüchtlings unrechtmäßig mache. Für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts muss es auf den Zustand zum Zeitpunkt der Ausweisungsverfügung selbst – und

Art. 32 GFK verbietet die Ausweisung von Flüchtlingen nicht absolut, macht sie aber von Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abhängig. Diese Vorgaben werden jedoch durch § 53 Abs. 1, 3 AufenthG umgesetzt²⁰⁹. Verfahrenstechnisch ist dem Flüchtling gem. Art. 32 Abs. 3 GFK eine Ausreisefrist zu gewähren, die insbesondere dazu dient, einen aufnahmebereiten Drittstaat zu finden, wobei dies – wie oben beschrieben²¹⁰ – kaum erfolgsversprechend ist²¹¹. Die Gewährung einer Ausreisefrist ist in § 60 Abs. 10 AufenthG umgesetzt, auf den ebenfalls bereits eingegangen wurde²¹². Die Vorgaben der Genfer Konvention bezüglich der Ausweisung von Flüchtlingen werden somit eingehalten.

3. Unionsrecht

Auch das Unionsrecht in Gestalt der Qualifikationsrichtlinie steht einer Ausweisung zwar nicht generell entgegen, enthält aber spezifische Anforderungen für die Ausweisung von Flüchtlingen. Dabei war längere Zeit fraglich, welche Normen hier im Einzelnen maßgeblich sind; inzwischen hat aber der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom Juni 2015 Stellung bezogen und die Streitfrage damit geklärt²¹³. Im Vergleich zur GFK enthält das Unionsrecht jedoch – insbesondere in Gestalt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – konkretere Vorgaben, auf deren Einzelheiten weiter unten eingegangen wird.

4. Zwischenergebnis

Höherrangiges Recht sowie Völkerrecht stehen einer Ausweisung Verfolgter nicht generell entgegen, erfordern aber sowohl für Konventionsflüchtlinge als

nicht auf den unmittelbar folgenden – ankommen; ansonsten würden die Anforderungen, die Art. 32 GFK an eine Ausweisung stellt, völlig leerlaufen. So auch *Davy*, ebda., Art. 32 Rn. 55.

²⁰⁹ So auch *M. Funke-Kaiser*, in R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum AsylG*, § 2 Rn. 28 (2014). Es fehlt auch ein Organ, das die Auslegung der Bestimmungen der GFK verbindlich vorgeben würde, sodass sich engere Vorgaben, die im Einzelnen bei einer Ausweisung nach § 53 Abs. 1, 3 AufenthG zu beachten wären, aus Art. 32 GFK nicht ableiten lassen.

²¹⁰ § 3-C.-II.-2.

²¹¹ Vgl. BVerwGE 78, 285 (291 f.); 106, 351 (359). Gem. Art. 3 Nr. 3, 3. Spiegelstrich RFRL müsste eine Ausreise in einen Drittstaat zudem freiwillig erfolgen.

²¹² § 3-B.-II.-3.-b).

²¹³ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13 – *T*.

auch für Asylberechtigte im Sinne des Art. 16a GG einen erhöhten Ausweisungsschutz.

II. Ausweisung trotz Bestehen eines Abschiebungsverbotes?

Eine Ausweisung ist nicht zwangsläufig mit einer faktischen Aufenthaltsbeendigung verbunden. Sie führt zunächst zum Verlust des Aufenthaltstitels und damit zu einer Ausreisepflicht für den ausgewiesenen Ausländer (§§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG). Ist allerdings die Schwelle des § 60 Abs. 8 AufenthG nicht erreicht, bleibt das Abschiebungsverbot des § 60 Abs. 1 AufenthG bestehen, sodass eine Abschiebung in den Heimatstaat des Verfolgten ausscheidet. Da eine Ausreise in einen Drittstaat mangels Aufnahmebereitschaft kaum jemals in Betracht kommen wird²¹⁴, führt die Ausweisung von Verfolgten im Regelfall dazu, dass eine Ausreisepflicht zwar besteht, aber nicht durchgesetzt werden kann, und der Ausländer letztlich doch im Bundesgebiet verbleiben wird. In diesen Fällen wird die Ausreisepflicht aufgrund der rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung gem. § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG ausgesetzt²¹⁵ – der Aufenthalt des Ausländers ist dann zwar nicht rechtmäßig (vgl. § 60a Abs. 3 AufenthG), aber geduldet²¹⁶. Damit verbunden sind zunächst der Verlust bzw. die Einschränkung zahlreicher Rechte²¹⁷: Geduldete haben beispielsweise grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Teilnahme an einem Integrationskurs nach § 44 Abs. 1 AufenthG²¹⁸. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist zwar, wenn kein Fall des § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegt, nicht ausgeschlossen, hängt jedoch gem. § 32 BeschV²¹⁹ grundsätzlich von der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ab, die ihrerseits wiederum grundsätzlich unter dem Vorbehalt steht, dass keine anderen bevorrechtigten Bewerber (z.B. mit Aufenthaltserlaubnis) für die Stelle

²¹⁴ Vgl. BVerwGE 78, 285 (291 f.); 106, 351 (359). Gem. Art. 3 Nr. 3, 3. Spiegelstrich RFRL müsste eine Ausreise in einen Drittstaat zudem freiwillig erfolgen.

²¹⁵ BVerwGE 102, 249 (253); 106, 351 (359); *P.-A. Riecken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, 2006, S. 197.

²¹⁶ BVerwGE 87, 11 (18); 147, 261 (270 Rn. 24); *M. Funke-Kaiser*, in: Fritz/Vormeier, GK-AufenthG (Fn. 51), § 60a Rn. 48 f. (2015).

²¹⁷ Im Einzelnen *Bauer* (Fn. 38), § 60a AufenthG Rn. 17; *Funke-Kaiser* (ebda.), § 60a Rn. 56 ff. (2015).

²¹⁸ *Deutscher Anwaltverein* (DAV), Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 19.2.2016, S. 15.

²¹⁹ Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (Beschäftigungsverordnung) vom 6.6.2013 (BGBl. I S. 1499).

zur Verfügung stehen (sog. Vorrangprüfung). Sozialleistungen erhalten Geduldete außerdem nur noch über das AsylbLG²²⁰ (siehe dort § 1 Abs. 1 Nr. 4). Von diesen rechtlichen Folgen abgesehen geht mit der Duldung aber auch die ständige Ungewissheit über die Sicherheit des Aufenthaltes einher – sowohl für den Ausländer als auch für die deutschen Behörden. Ein solcher Zustand kann von keiner Seite erwünscht sein²²¹, ist aber auch rechtlich fragwürdig.

1. Berücksichtigung des Abschiebungsverbotes bei der Entscheidung über die Ausweisung

Zunächst ist fraglich, inwiefern ein bestehendes Abschiebungsverbot schon in der Abwägungsentscheidung über die Ausweisung berücksichtigt werden muss, und insbesondere, ob in einem solchen Fall die Ausweisung nicht gänzlich zu unterbleiben hat. Schließlich wird sie im Endeffekt – wie beschrieben – ohnehin nicht zur (faktischen) Aufenthaltsbeendigung führen. Bewirkt also, überspitzt ausgedrückt, ein Abschiebungsverbot auch ein Ausweisungsverbot?

§ 55 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG a.F. schrieb den Ausländerbehörden vor, bei der Ermessensentscheidung über eine Ausweisung auch Duldungsgründe gem. § 60a Abs. 2 AufenthG zu berücksichtigen²²². Eine solche ausdrückliche Vorgabe für die Abwägungsentscheidung gem. § 53 Abs. 1 AufenthG fehlt im heutigen Recht zwar, folgt aber schon aus der Pflicht zur Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls nach § 53 Abs. 2 AufenthG²²³. Dementsprechend haben die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte in ihre Abwägung mit einzubeziehen, dass der Ausländer in seinem Heimatstaat verfolgt wird und dorthin nicht abgeschoben werden kann, § 60 Abs. 1 AufenthG. Dies spricht zunächst dagegen, überhaupt eine Ausweisung zu verfügen.

Ein Ausweisungsverbot käme allerdings nur in Betracht, wenn die Ausweisung ohne anschließende Abschiebung überhaupt keinen Nutzen hätte, da sie dann zur Gefahrenabwehr ungeeignet wäre, und somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspräche. So ist es aber nicht: Zum einen verschlechtert sich durch die Ausweisung und den damit verbundenen Verlust des Aufenthaltstitels (§ 51

²²⁰ Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl. I S. 2022).

²²¹ *Bauer* (Fn. 38), § 60a AufenthG Rn. 17: „Die Rechtsstellung [...] ist eher prekär“. Vgl. auch *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 5), S. 327 ff.

²²² Ausführlich zur Berücksichtigungspflicht BVerwGE 106, 351 (358 ff.).

²²³ Ausdrücklich auch BT-Drs. 18/4097, S. 50.

Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) die aufenthaltsrechtliche Position des Ausländers, sodass auch eine Aufenthaltsverfestigung nicht erfolgen kann²²⁴. Im Bezug auf Flüchtlinge wird durch eine Ausweisung beispielsweise die Erlangung einer Niederlassungserlaubnis, die zum unbefristeten Aufenthalt in Deutschland berechtigt, verhindert (vgl. § 26 Abs. 3 AufenthG). Zum anderen berechtigt die Ausweisung zu weitergehenden Überwachungsmaßnahmen nach § 56 oder § 56a AufenthG²²⁵, die gerade der Gefahrenabwehr dienen²²⁶. Und zuletzt bereitet die Ausweisung die faktische Aufenthaltsbeendigung bereits vor, indem sie eine Ausreisepflicht für den Ausländer schafft, die die Behörden dann bei Wegfall des Abschiebungsverbotes zeitnah durchsetzen können. Dementsprechend kann von einer Ungeeignetheit der Ausweisung zur Gefahrenabwehr keine Rede sein.

Problematisch ist allerdings der Fall, in dem die Aufenthaltsbeendigung auf Dauer unmöglich ist und dies auch schon bei Erlass der Ausweisungsverfügung absehbar ist, beispielsweise weil dem Ausländer in seinem Heimatstaat die Vollstreckung der Todesstrafe droht (vgl. § 60 Abs. 2 AufenthG i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AsylG). Dann beschneidet die Ausländerbehörde durch die Beseitigung des Aufenthaltstitels nur die sozialen Rechte des Betroffenen, was für die Integration hinderlich ist und gegebenenfalls dazu beiträgt, dass der Ausländer erneut straffällig wird²²⁷. Auch in einem solchen Fall muss die Ausweisung

²²⁴ Auf dieses Argument bauen BVerwGE 121, 356 (361 f.); *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 96 (2016).

²²⁵ § 56a AufenthG ist durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017 (BGBl. I S. 2780) eingefügt worden und sieht die Möglichkeit der elektronischen Überwachung („Fußfessel“) ausreisepflichtiger Ausländer als im Vergleich zur Haft milderes Mittel vor (BT-Drs. 18/11546, S. 19). An der Gesetzgebungskompetenz zweifeln *C. Hörich/H. Tewocht*, Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, in: NVwZ 2017, S. 1153 (1157).

²²⁶ Vgl. zu einem solchen Fall VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 144 ff. Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017 sind die Meldepflichten nach § 56 AufenthG ausgeweitet. Es reicht nunmehr bei einem ausreisepflichtigen Ausländer aus, dass ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse i.S.d. § 56 Abs. 1 S. 1 AufenthG besteht, ohne dass es darauf ankommt, dass auch eine Ausweisungsverfügung erlassen wird. Dies erscheint zweckmäßig, da für die Erforderlichkeit der Überwachungsmaßnahmen etwaige Bleibeinteressen nur eine untergeordnete Rolle spielen (vgl. BT-Drs. 18/11546, S. 18).

²²⁷ Vgl. *T. Schwarz*, „Gefährliche“ und „lästige Ausländer“ – zum Exklusionscharakter von Ausweisungen, in: D. Klimke (Hrsg.), *Exklusion in der Marktgesellschaft*, 2008, S. 203 (204 f.) sowie DAV, Stellungnahme (Fn. 218), S. 15. Auch im 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) wird das bedingungslose Recht auf Daueraufenthalt als „wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats“ gesehen.

aber nicht von vornherein unterbleiben. Es liegt im Ermessen der Ausländerbehörden, den Aufenthaltstitel zunächst aufzuheben, um so einer Verfestigung des Aufenthaltstitels entgegenzuwirken. Daraufhin können sie sich um die Aufnahme in einem Drittstaat bemühen sowie, bei Scheitern solcher Bemühungen, in Verhandlungen mit dem Heimatstaat oder dem sonstigen Zielstaat der Abschiebung eintreten, um die das absolute Abschiebungsverbot verursachende Gefahr möglicherweise auszuschließen²²⁸ (vgl. etwa § 60 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 8 IRG²²⁹). Allerdings ergibt sich bereits aus der Natur der Duldung als originär *vorübergehender* Status, dass auch die (Wieder-)Erlangung eines Aufenthaltstitels möglich sein muss, wenn entgegen aller Anstrengungen eine Abschiebung dauerhaft ausgeschlossen bleibt²³⁰. Dies scheint in Deutschland aber jedenfalls grundsätzlich durch § 25 Abs. 5 AufenthG gewährleistet.

Die (Un-)Geeignetheit zur Gefahrenabwehr ist somit insgesamt kein Aspekt, der einer Ausweisungsverfügung *per se* zuwiderlaufen würde. Daneben können die maßgeblich aus der EMRK abgeleiteten absoluten Abschiebungsverbote der Ausweisung bereits deshalb nicht entgegenstehen, weil sie nur die tatsächliche Aufenthaltsbeendigung verbieten, aber keine Aussage über den aufenthaltsrechtlichen Status der betroffenen Person beinhalten²³¹. Die Tatsache, dass ein Abschiebungsverbot besteht, kann sich umgekehrt sogar positiv auf die Verhältnismäßigkeit der Ausweisung auswirken, da es in diesem Fall auch nicht zu einer faktischen Aufenthaltsbeendigung kommt und die Folgen für den Ausländer weniger schwer wiegen. Dieser Umstand muss in die Abwägung jedoch einfließen, da es um die Verhältnismäßigkeit der *konkreten* Maßnahme geht. Die Erteilung einer Duldung kann in diesen Fällen somit die Einhaltung des Übermaßverbotes sicherstellen²³².

²²⁸ *Funke-Kaiser* (Fn. 209), § 2 Rn. 34 (2014).

²²⁹ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.6.1994 (BGBl. I S. 1537), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5.1.2017 (BGBl. I S. 31).

²³⁰ Dazu ausführlich *Riecken*, Duldung (Fn. 215), S. 166 ff., 251 ff.

²³¹ Vgl. nur EGMR Nr. 10154/04 v. 15.9.2005 – *Bonger/Niederlande*: „neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a residence permit“. Näher oben, § 2-B.-I.-3.-b).

²³² BVerwGE 147, 261 (270 Rn. 24); VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 148; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 48.

Im Ergebnis stehen aus diesen Gründen Abschiebungsverbote einer Ausweisung nicht entgegen²³³. Dieses Ergebnis ist auch mit GFK und RFRL vereinbar²³⁴.

2. Vereinbarkeit der nationalen Rechtsfolgen mit der Qualifikationsrichtlinie?

Hingegen könnten die oben beschriebenen Folgen eines Verlusts des Aufenthaltstitels unvereinbar mit der Qualifikationsrichtlinie sein. Deren Kapitel VII (Art. 20 ff.) gewährleistet jedem Flüchtling Schutz vor Zurückweisung, das Recht auf Information, Wahrung des Familienverbands, Ausstellung von Reisedokumenten, Zugang zur Beschäftigung, zu Bildung, zu Sozialhilfeleistungen, zu medizinischer Versorgung und zu Wohnraum, auf Freizügigkeit innerhalb des fraglichen Mitgliedstaats sowie Zugang zu Integrationsmaßnahmen. Die Vergünstigungen sind dabei direkt an den Status als Flüchtling geknüpft, und nicht etwa an das Bestehen eines Aufenthaltstitels²³⁵. Zu diesem Umstand hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 24. Juni 2015 relativ deutlich Stellung bezogen²³⁶: Es liege nicht im Ermessen eines Mitgliedsstaates, einem Flüchtling die diesem nach der Richtlinie zustehenden substanziellen Vergünstigungen weiterhin zu gewähren oder zu versagen²³⁷. Solange nicht auch der Flüchtlingsstatus entzogen würde, müsse der Flüchtling in den Genuss der ihm durch die QRL verliehenen Rechte gelangen, diese dürften nur nach Maßgabe des Kapitel VII selbst eingeschränkt werden²³⁸. Der Umstand, dass in Deutschland die Ausweisung Auswirkungen auf die in Kapitel VII vorgesehenen Rechte habe, da nach

²³³ BVerwGE 106, 351 (366); 121, 356 (361 f.); 147, 261 (270 Rn. 24); *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 96 (2016); *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 47.

²³⁴ Schon nach *W. Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement, 1982, S. 102 hat der Zufluchtsstaat den Ausländer bei einer nicht vollstreckbaren Ausweisung i.S.d. Art. 32 GFK weiter zu dulden, nicht aber sollte die Ausweisung dann ausgeschlossen sein. Konflikte eines dauerhaft nur geduldeten Status mit der GFK sieht indes *Davy* (Fn. 207), Art. 32 Rn. 59, 77 f., wobei die genauen Folgen ihrer Ausführungen unklar bleiben. Die RFRL hingegen sieht den Aufschub der Abschiebung in Art. 9 selbst vor. Aus dem Aufschub folgt bei Unmöglichkeit der Abschiebung auch kein Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels, siehe EuGH, U. v. 5.6.2014, Rs. C-146/14 PPU, Rn. 87 ff. – *Mahdi*. Näher dazu *C. Hörich*, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben, 2015, S. 121 ff.

²³⁵ Demgegenüber ist nach der GFK vielfach der „rechtmäßige“ bzw. „ordnungsgemäße“ Aufenthalt – und damit letztlich gerade das Bestehen eines Aufenthaltstitels – maßgeblich, vgl. Art. 17 Abs. 1, 18, 19 Abs. 1, 20, 24, 26.

²³⁶ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 94 ff. – *T*.

²³⁷ EuGH, ebda., Rn. 95.

²³⁸ EuGH, ebda., Rn. 97.

deutschem Recht der Genuss dieser Rechte an den Besitz eines Aufenthaltstitels geknüpft sei, sei daher mit der QRL *unvereinbar*²³⁹.

Trotz dieser eindeutigen Worte ist der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einer anschließenden Entscheidung aus dem Januar 2016 zu einem anderen Ergebnis gekommen²⁴⁰. Zum Großteil hat er dies systematisch überzeugend aus der QRL selbst oder aus Ausnahmenvorschriften deutscher Normen hergeleitet²⁴¹. Indes hat er auch die Beschränkung der Sozialleistungen für Geduldete auf Leistungen nach dem AsylbLG (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG) damit gerechtfertigt, dass der Vorbehalt des Art. 24 Abs. 1 QRL letztlich auf die anderen Vergünstigungen des Kapitel VII – im konkreten Fall auf Art. 29 und 30 – durchschlagen müsse; andernfalls sei die Geeignetheit einer Ausweisung in Frage gestellt²⁴². Praktisch mag dieser Einwand zutreffen, eine solche Vorgehensweise steht jedoch im recht offensichtlichen Widerspruch zur zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und auch zur Systematik der QRL selbst, enthalten doch die Art. 29 und 30 QRL – anders als beispielsweise Art. 25 Abs. 1 QRL – gerade keinen eigenen Vorbehalt. Wenn überhaupt, hätte der Verwaltungsgerichtshof seine Rechtfertigung vom Europäischen Gerichtshof absegnen lassen müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem anschließenden Urteil mit der Problematik nicht vertieft auseinandersetzen müssen, jedoch entgegen der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs angedeutet, dass deutsche Fachgesetze hinter der QRL zurückbleiben könnten²⁴³. Der Streitpunkt birgt enormes Konfliktpotential, liegt es doch gerade im Interesse des Gesetzgebers, die Leistungen für Geduldete zu kürzen, um so die Motivation zum unrechtmäßigen Aufenthalt bzw. Verbleib in Deutschland zu verringern. Eine nähere Auseinandersetzung damit kann in dieser Arbeit allerdings nicht erfolgen.

²³⁹ EuGH, ebda., Rn. 98.

²⁴⁰ VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 132 ff.

²⁴¹ VGH BW, ebda., Rn. 135 ff. bzgl. Art. 21-23, 25-27 sowie 32-34 QRL.

²⁴² VGH BW, ebda., Rn. 138 f.

²⁴³ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 56, 67.

III. Ausweisungen von Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingen

Nachdem somit geklärt ist, dass weder höherrangiges Recht noch das Bestehen von Abschiebungsverboten eine Ausweisung unzulässig machen, wird im Folgenden untersucht, unter welchen Voraussetzungen das deutsche Recht die Ausweisung Verfolgter erlaubt. Asylberechtigte sowie Flüchtlinge fallen unter § 53 Abs. 3 AufenthG. Ermächtigungsgrundlage der Ausweisung bleibt zwar auch in ihrem Fall § 53 Abs. 1 AufenthG²⁴⁴, jedoch werden die Anforderungen an eine Ausweisung heraufgesetzt. Verfolgte können namentlich nur ausgewiesen werden, wenn das persönliche Verhalten des Betroffenen gegenwärtig eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und die Ausweisung für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist. Der erhöhte Ausweisungsschutz rechtfertigt sich dabei durch die Tatsache, dass Flüchtlinge und Asylberechtigte – anders als andere Ausländer – nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können und in einem anderen Staat selten Aufnahme finden werden²⁴⁵.

Mit den durch § 53 Abs. 3 AufenthG erhöhten Anforderungen wird speziellen unionsrechtlichen Regelungen für die dort genannten Personengruppen Rechnung getragen²⁴⁶. Die Wortwahl der Vorschrift geht auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8. Dezember 2011 zurück²⁴⁷, in dem dieser die Voraussetzungen für eine Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Arbeitnehmer gem. Art. 14 ARB 1/80²⁴⁸ anhand eines Verweises auf Art. 12 der Daueraufenthaltsrichtlinie (Daueraufenthalts-RL)²⁴⁹ festsetzte²⁵⁰. Insofern ist im Grundsatz der Schutzstandard der Daueraufenthalts-Richtlinie auf alle in § 53 Abs. 3 AufenthG genannten Personengruppen zu übertragen. Im Einzelfall können jedoch

²⁴⁴ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 37; vgl. auch BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 46.

²⁴⁵ Vgl. Vgl. BVerwGE 78, 285 (291 f.); 81, 155 (158); 106, 351 (359).

²⁴⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 50; *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 36.

²⁴⁷ So auch Bay. VGH, U. v. 8.3.2016 – 10 B 15.180 – Rn. 26; *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 134 (2016).

²⁴⁸ Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19.9.1980 über die Entwicklung der Assoziation.

²⁴⁹ Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004 Nr. L 16, S. 44

²⁵⁰ EuGH, U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08, Rn. 79 ff. – *Ziebell*. Näher zu den Gründen des EuGH, auf Art. 12 der Daueraufenthalts-RL zurückzugreifen, *Cziersky-Reis* (Fn. 16), Art. 14 ARB 1/80 Rn. 6 ff.

Abweichungen erforderlich sein, ist doch auch der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, für jede Personengruppe an die jeweils geltenden, teils unterschiedlichen unionsrechtlichen Besonderheiten anzuknüpfen, insbesondere in ihrer Ausformung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²⁵¹. Darin gibt es zwar auch keine großen Unterschiede, insbesondere da Ausnahmen vom Ausweisungsschutz überall aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zulässig sind²⁵² und diese Begriffe vom Europäischen Gerichtshof einheitlich ausgelegt werden²⁵³. Dass nun aber in Deutschland ein möglicherweise über Unionsrecht hinausgehender, einheitlicher Ausweisungsschutz für alle privilegierten Personengruppen entstehen soll, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, in der es lediglich heißt, dass den europarechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen sei²⁵⁴. Von daher ist stets auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu achten; etwaige Änderungen sind für die jeweilige Personengruppe auch im Rahmen des § 53 Abs. 3 AufenthG zu beachten.

1. Verbot der Generalprävention

Gemeinsam ist Ausweisungen im Sinne des § 53 Abs. 3 AufenthG allerdings jedenfalls ein Verbot generalpräventiver Erwägungen²⁵⁵. Dies wird in der Gesetzesbegründung klargestellt²⁵⁶ und geht auch aus dem Gesetzeswortlaut hervor, der anders als in Abs. 1 nicht darauf abstellt, dass der „Aufenthalt“ des Ausländers eine Gefahr darstellt, sondern fordert, dass das „persönliche Verhalten“ des Ausländers die Schutzgüter „gegenwärtig“ gefährdet²⁵⁷. Durch das Verbot generalpräventiver Erwägungen wird – quasi vorsorglich – die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs umgesetzt, der bisher in seinen Entscheidungen stets eine individuelle Gefährdung gefordert hat²⁵⁸. Für Flüchtlinge ist dies bisher

²⁵¹ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 46; *Bauer* (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 54.

²⁵² Vgl. *A. Kießling*, Das Recht auf Freizügigkeit und seine Schranken nach zehn Jahren Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat, in: *EuR* 50 (2015), S. 641 (642).

²⁵³ *Kießling*, Freizügigkeit, ebda., S. 644. Siehe näher unten, § 4-C.-III.-b)-aa). Eine Besonderheit stellt hier noch die UBRL dar, die für die Anforderungen des Ausweisungsschutzes an die Dauer des Aufenthalts anknüpft (vgl. Art. 27 Abs. 2, 28 Abs. 2, 3 lit. a). Die UBRL ist aber ohnehin im FreizügG/EU (dort § 6) und nicht im AufenthG umgesetzt.

²⁵⁴ BT-Drs. 18/4097, S. 50.

²⁵⁵ Zur generellen Kritik an generalpräventiven Ausweisung s.o., § 4-B.-II.-3.-c).

²⁵⁶ BT-Drs. 18/4097, S. 50: „Bei den in Absatz 3 bezeichneten Gruppen von Ausländern darf eine Ausweisung nur aus spezialpräventiven Gründen verfügt werden“.

²⁵⁷ Siehe nur *Marx*, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 177.

²⁵⁸ St. Rspr. seit EuGH, U. v. 26.2.1975, Rs. C-67/74, Rn. 7 – *Bonsignore*. Insbesondere zu Art. 14 ARB 1/80 hat der EuGH das Verbot der Generalprävention wiederholt betont,

zwar nicht ausdrücklich entschieden worden, es kann aber nicht angenommen werden, dass der Europäische Gerichtshof hier eine andere Linie fahren würde²⁵⁹.

2. Anforderungen durch die Qualifikationsrichtlinie

Spezifische unionsrechtliche Anforderungen für Verfolgte enthält die Qualifikationsrichtlinie. Bei einer Ausweisung kommen Art. 21 Abs. 2, 3 sowie Art. 24 Abs. 1 QRL als relevante Vorschriften in Betracht. Fraglich sind allerdings der jeweilige Anwendungsbereich, das Verhältnis der Normen zueinander sowie anschließend ihre Voraussetzungen.

a) Bei der Ausweisung zu beachtende Normen

aa) Problemaufriss

Art. 21 QRL regelt den „Schutz vor Zurückweisung“. Dabei enthält Abs. 1 eine Wiederholung der völkerrechtlich aus etwa Art. 33 Abs. 1 GFK oder Art. 3 EMRK bekannten Refoulementverbote²⁶⁰. Nach Abs. 2 kann ein Mitgliedsstaat allerdings, „sofern dies nicht aufgrund der in Absatz 1 genannten völkerrechtlichen Verpflichtungen untersagt ist, einen Flüchtling unabhängig davon, ob er als solcher förmlich anerkannt ist oder nicht, zurückweisen, wenn

- a) es stichhaltige Gründe für die Annahme gibt, dass er eine Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats darstellt, in dem er sich aufhält, oder
- b) er eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Mitgliedstaats darstellt, weil er wegen einer besonders schweren Straftat rechtskräftig verurteilt wurde“.

Abs. 2 greift damit die Ausnahmenvorschrift des Art. 33 Abs. 2 GFK auf²⁶¹; mit der „Zurückweisung“ ist im deutschen Recht die Abschiebung gemeint²⁶². Abs. 3

siehe nur U. v. 10.2.2000, Rs. C-340/97, Rn. 61 ff. – *Nazli*; U. v. 4.10.2007, Rs. C-349/06, Rn. 35 – *Polat* m.w.N.

²⁵⁹ Ebenso *Marx*, Reform (Fn. 161), S. 251. Zweifel an der Konformität einer generalpräventiven Ausweisung eines Flüchtlings äußerte das Bundesverwaltungsgericht bereits 2010 in BVerwGE 141, 253 (262 Rn. 20). Vgl. nunmehr auch VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 123.

²⁶⁰ *H. Battjes*, in: K. Hailbronner/D. Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Art. 21 QRL Rn. 2.

²⁶¹ BVerwGE 143, 138 (146 Rn. 21); VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 134. EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 42 – *T. Battjes*, ebda., Art. 21 QRL Rn. 11.

²⁶² VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 131; *R. Marx*, Handbuch zum Flüchtlingschutz, 2. Aufl. 2012, § 54 Rn. 2.

erteilt den Mitgliedsstaaten sodann die Befugnis, *unter den Voraussetzungen des Abs. 2* den einem Flüchtling erteilten Aufenthaltstitel zu widerrufen, zu beenden oder seine Verlängerung bzw. die Erteilung eines Aufenthaltstitels abzulehnen. Damit enthält die QRL eine Vorschrift, die sich explizit auf die Aberkennung bzw. „Beendigung“ eines zuvor erteilten Aufenthaltstitels bezieht und diese von den gleichen – sehr engen²⁶³ – Voraussetzungen abhängig macht, die sogar eine Ausnahme vom Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK erlauben. Da die deutsche Ausweisung jedoch nach § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG zum Erlöschen und damit zur „Beendigung“ eines Aufenthaltstitels führt, fällt sie unzweifelhaft unter Art. 21 Abs. 3 QRL²⁶⁴. Setzt also die QRL die Schwelle für die Ausweisung eines Flüchtlings so weit herauf, dass sie nur verfügt werden kann, wenn selbst eine Abschiebung in den Verfolgerstaat möglich ist²⁶⁵?

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob die Richtlinie noch weitere Vorschriften enthält, die die Ausweisung von Flüchtlingen betreffen und diesbezüglich geringere Anforderungen enthalten. In Betracht kommt insoweit Art. 24 Abs. 1 QRL, der lautet: „So bald wie möglich nach Zuerkennung des internationalen Schutzes und unbeschadet des Artikels 21 Absatz 3 stellen die Mitgliedsstaaten Personen, denen der Flüchtlingsstatus zuerkannt worden ist, einen Aufenthaltstitel aus, der mindestens drei Jahre gültig und verlängerbar sein muss, *es sei denn, dass zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem entgegenstehen* [Hervorhebungen durch den Verf.]“²⁶⁶. Problematisch ist allerdings, dass sich Art. 24 Abs. 1 – entgegen Art. 21 Abs. 3 QRL – seinem Wortlaut nach lediglich auf die Erteilung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels bezieht, und nicht auf seine Beendigung²⁶⁷. Bei einer strengen und

²⁶³ Beachte insbesondere das Erfordernis der „besonders schweren Straftat“ in der zumeist eher in Betracht zu ziehenden zweiten Variante des Art. 21 Abs. 2 QRL. Näher zu den Ausschlussklauseln unten, § 5-B.

²⁶⁴ VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 106; B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 132.

²⁶⁵ Vgl. EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 44 – *T*: „Daher kann der Aufenthaltstitel eines Flüchtlings nicht gemäß Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie 2004/83 widerrufen werden, wenn ein Mitgliedstaat [...] gegen einen Flüchtling ein Verfahren einleitet, aber ihn mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie nicht zurückweisen darf.“

²⁶⁶ Der Kommissionsvorschlag zur Ersetzung der QRL durch eine Verordnung vom 13.7.2016 (COM [2016] 466 final) sieht inhaltsgleich den Vorbehalt der nationalen Sicherheit und Ordnung in Art. 25 Abs. 2 lit. c) vor.

²⁶⁷ EuGH, ebda., Rn. 46.

wortlautgetreuen Auslegung könnten die „zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung“ daher nur herangezogen werden, wenn es um die Verweigerung der erstmaligen Erteilung oder die Verlängerung eines Aufenthaltstitels gem. § 25 Abs. 2, 1 AufenthG geht; nicht aber, wenn ein Flüchtling, der bereits im Besitz eines Aufenthaltstitels ist, ausgewiesen werden soll²⁶⁸.

bb) Streit in der Rechtsprechung und Vorlage zum Europäischen Gerichtshof

Mit dem Anwendungsbereich der Art. 21 und 24 QRL hat sich im Jahr 2015 der Europäische Gerichtshof beschäftigt. Zuvor hatte die Frage, wie sich die Vorgaben der QRL auf das nationale Institut der Ausweisung auswirken, lange Zeit keine große Beachtung gefunden, und dies, obwohl die erste Fassung der Qualifikationsrichtlinie bereits im April 2004 beschlossen wurde²⁶⁹ und bis zum 10. Oktober 2006 in nationales Recht umzusetzen war²⁷⁰. Erstmals Anklang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung fand das Problem erst 2012 in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts²⁷¹. Allerdings ging es in dem dort behandelten Fall gerade um die Versagung eines Aufenthaltstitels, sodass sowohl Art. 21 Abs. 3 als auch Art. 24 Abs. 1 QRL problemlos Anwendung finden konnten²⁷². Interessanterweise ging das Bundesverwaltungsgericht dabei jedoch, wie es in einem späteren Beschluss ausdrücklich bestätigte, davon aus, dass „mit Blick auf Terrorismusgefahren ‚zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung‘ im Sinne des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie eine *höhere Gefahrenschwelle* [Hervorhebung durch den Verf.] beinhalten als ‚schwerwiegende Gründe für die Sicherheit des Mitgliedstaats‘ im Sinne des Art. 21 Abs. 2, 3 und 1“²⁷³. Gegen-

²⁶⁸ Vgl. VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 144.

²⁶⁹ Damals noch als Richtlinie 2004/83/EG.

²⁷⁰ Art. 38 Abs. 1 RL 2004/83/EG.

²⁷¹ BVerwGE 143, 138.

²⁷² So auch BVerwGE 143, 138 (146 Rn. 21): „Mit dem Verweis ‚unbeschadet des Art. 21 Abs. 3‘ stellt die Richtlinie in Art. 24 Abs. 1 klar, dass beide Vorschriften nebeneinander anwendbar sind“.

²⁷³ BVerwG, B. v. 8.10.2012 – 1 B 18/12 – Rn. 5 unter Verweis auf BVerwGE 143, 138 (146 Rn. 21). Dort allerdings tritt das genannte Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts vom Verhältnis der Art. 24 Abs. 1 und 21 Abs. 2 QRL nicht so klar zum Vorschein. Folgte man der Sichtweise des Bundesverwaltungsgerichts, käme eine Ausweisung tatsächlich nur in Betracht, wenn auch eine Ausnahme vom Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK möglich wäre. Warum das Bundesverwaltungsgericht im Bezug auf Art. 21 Abs. 2

teiliger Ansicht waren diesbezüglich allerdings der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg²⁷⁴ sowie das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen²⁷⁵, wobei ersterer letztlich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Vorschriften des Art. 21 und 24 QRL dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegte²⁷⁶.

Dieser urteilte zugunsten des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg und entschied, dass sowohl Art. 21 Abs. 3, 2 als auch Art. 24 Abs. 1 QRL bei der Entscheidung über die Ausweisung eines Flüchtlings zu beachten seien, die „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“²⁷⁷ des Art. 24 Abs. 1 QRL dabei allerdings die geringeren Anforderungen enthielten²⁷⁸. Das Bundesverwaltungsgericht ist dem inzwischen gefolgt²⁷⁹. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist zwar im Ergebnis zutreffend, seine Begründung sorgt jedoch phasenweise für Verwunderung.

cc) Niedrigere Gefahrenschwelle in Art. 24 Abs. 1 QRL

Bevor man sich der Frage zuwendet, ob auch die Beendigung bzw. der Widerruf eines Aufenthaltstitels unter Art. 24 Abs. 1 QRL fällt, sollte geklärt werden, welche der beiden Normen die niedrigeren Anforderungen stellt²⁸⁰. Denn sollte Art. 24 Abs. 1 höhere Anforderungen enthalten als Art. 21 Abs. 2 QRL, erübrigte sich die Frage nach seiner Anwendbarkeit praktisch, wären dann Ausweisungen doch ohnehin immer schon unter Art. 21 Abs. 2 QRL möglich.

QRL allerdings von „schwerwiegenden Gründen“ spricht, wird nicht ersichtlich. Gemeint sind wohl die „stichhaltigen Gründe“ i.S.v. Art. 21 Abs. 2 lit. a QRL.

²⁷⁴ So bereits U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 102: „Die konkreten Unterstützungshandlungen des Klägers stellen keine schwerwiegende Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik i.S.d. Art. 21 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 QRL dar (2.). Die festgestellte Unterstützung erfüllt jedoch die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 QRL, denn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung i.S.v. Art. 24 Abs. 1 QRL setzen bei einer Unterstützung des internationalen Terrorismus keine herausragenden Handlungen von außergewöhnlicher Gefährlichkeit voraus“. Ebenso B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 154.

²⁷⁵ OVG NRW, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 32 ff.

²⁷⁶ B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12.

²⁷⁷ In der heutigen Fassung der QRL (RL 2011/95/EU) geht es in Art. 24 Abs. 1 QRL um zwingende Gründe der *nationalen* Sicherheit oder öffentlichen Ordnung [Hervorhebung durch den Verf.].

²⁷⁸ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13 – T.

²⁷⁹ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 50.

²⁸⁰ Der EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13 – T behandelt diese Fragen, der Vorlage des VGH BW folgend, in umgekehrter Reihenfolge.

Eine solche Sichtweise hatte, wie soeben beschrieben, das Bundesverwaltungsgericht vertreten und in der Tat scheinen mit Blick auf den Wortlaut die „zwingenden Gründe“ des Art. 24 Abs. 1 einen höheren Gefahrengrad zu erfordern als die „stichhaltigen Gründe“ des Art. 21 Abs. 2 lit. a QRL²⁸¹. Der Wortlaut ist hier in letzter Konsequenz jedoch irreführend und das Gegenteil – nämlich, dass die Gefahrenschwelle in Art. 24 Abs. 1 QRL niedriger ist – ist richtig²⁸². Dafür sprechen Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung: Zum einen enthält der Art. 24 Abs. 1 QRL wesentlich mildere Rechtsfolgen als Art. 21 Abs. 2 QRL. So erlaubt Art. 21 Abs. 2 QRL die wohl schärfste Maßnahme, die das Flüchtlingsrecht zur Gefahrenabwehr bereithält, wird doch mit der „Zurückweisung“ – d.h. in den Worten deutschen Ausländerrechts mit der Abschiebung²⁸³ – in den Verfolgerstaat der Flüchtling mitunter dem direkten Zugriff seiner Verfolger ausgesetzt. Das Zurückweisungs- bzw. Abschiebungsverbot des Art. 21 Abs. 1 QRL ist deshalb von existenzieller Bedeutung für den Flüchtling. Die Zurückweisung kann daher nur *ultima ratio* sein, weshalb Art. 21 Abs. 2 QRL, unter dessen Voraussetzungen gem. Art. 14 Abs. 4 QRL auch der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft möglich ist, besonders strengen Anforderungen unterliegen muss²⁸⁴. Hingegen betrifft Art. 24 Abs. 1 „nur“ die Verweigerung – gegebenenfalls auch die Aberkennung – eines Aufenthaltstitels und kann damit zur Illegalität des Aufenthalts des Flüchtlings führen. Damit ist aber nicht zwangsweise die Abschiebung verbunden²⁸⁵, sodass die Folgen weit weniger einschneidend sind²⁸⁶. Dies spricht bereits dafür, dass Art. 24 Abs. 1 auch geringere Anforderungen enthält als Art. 21 Abs. 2 QRL.

²⁸¹ BVerwG, B. v. 8.10.2012 – 1 B 18/12 – Rn. 5 unter Verweis auf BVerwGE 143, 138 (146 Rn. 21). Das Bundesverwaltungsgericht spricht hier aus nicht ersichtlichen Gründen und entgegen dem Wortlaut von „schwerwiegenden Gründen“ i.S.d. Art. 21 Abs. 2 QRL.

²⁸² VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 102; B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 154; OVG NRW, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 32 ff.; EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 75 – T.

²⁸³ VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 131; Marx, Handbuch (Fn. 262), § 54 Rn. 2.

²⁸⁴ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 71 f. – T.

²⁸⁵ Vgl. in Deutschland § 60a Abs. 2 AufenthG.

²⁸⁶ VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 150; EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 73 – T.

Bei einer anderen Sichtweise würde sich aber auch die Frage nach dem verbleibenden Sinn des Vorbehalts der „zwingenden Gründe der öffentlichen/nationalen²⁸⁷ Sicherheit und Ordnung“ in Art. 24 Abs. 1 QRL stellen. Denn auch Art. 21 Abs. 3, 2 QRL enthält eine Befugnis zur Verweigerung des Aufenthaltstitels²⁸⁸. Er enthält damit die gleichen Rechtsfolgen wie die in Art. 24 Abs. 1 QRL vorgesehene Ausnahme und geht mit der Möglichkeit der Zurückweisung noch darüber hinaus. Würde Art. 21 Abs. 2 QRL nun die im Vergleich niedrigere Gefahrenschwelle beinhalten, so bestünde schlichtweg kein Bedürfnis für die „zwingenden Gründe [...]“ des Art. 24 Abs. 1 QRL²⁸⁹. Dies kann von der Richtlinie aber so nicht vorgesehen sein.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 24 Abs. 1 QRL bereits zwingende Gründe der öffentlichen Ordnung ausreichen²⁹⁰. Die öffentliche Ordnung ist nach unionsrechtlichem Verständnis – anders als im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht – schon bei dem Verstoß gegen Rechtsvorschriften betroffen²⁹¹ und hat damit einen weiteren Anwendungsbereich als die in Art. 21 Abs. 2 QRL vorgesehenen Merkmale.

Dass die Formulierung in Art. 24 Abs. 1 QRL mit der in Art. 28 Abs. 3 lit. a UBRL identisch ist, wo sie offensichtlich enger ist als die der „schwerwiegenden Gründe“ in Art. 28 Abs. 2 UBRL²⁹², kann der hier vertretenen Ansicht hingegen schon deshalb nicht entgegenstehen, weil Art. 28 Abs. 3 lit. a UBRL lediglich auf die öffentliche Sicherheit, nicht aber auf die öffentliche Ordnung eingeht²⁹³.

Zusammenfassend ist daher mit den Worten des Europäischen Gerichtshofs festzuhalten, „dass der Begriff der ‚zwingenden Gründe‘ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83 EG eine weitere Bedeutung als der Begriff der ‚stichhaltigen Gründe‘ in Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie hat und dass bestimmte Umstände, die nicht den Schweregrad aufweisen, der es einem Mitgliedsstaat

²⁸⁷ Der Wortlaut hat sich mit der Neufassung der Richtlinie (durch die RL 2011/95/EU) geändert.

²⁸⁸ Die Mitgliedsstaaten können [...] die Erteilung eines Aufenthaltstitels ablehnen.

²⁸⁹ VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 150.

²⁹⁰ OVG MS, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 35.

²⁹¹ Vgl. EuGH, U. v. 27.10.1977, Rs. C-30/77, Rn. 35 – *Bouchereau* sowie U. v. 4.10.2012, Rs. C-249/11, Rn. 40 – *Byankov* m.w.N.

²⁹² EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 40 – *Tsakouridis*; U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 19 – *I*.

²⁹³ VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 132; OVG MS, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 27. Vgl. auch *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 646.

erlaubte, auf die Ausnahmeregelung von Art. 21 Abs. 2 der genannten Richtlinie zurückzugreifen und eine Zurückweisung zu verfügen, den Mitgliedstaat gleichwohl dazu berechtigen können, auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie“ tätig zu werden²⁹⁴.

dd) Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 1 QRL

Legt man diese Erkenntnis zugrunde, stellt sich anschließend die Frage nach dem Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 1 QRL. Kann dieser auch die Aberkennung eines bereits erteilten Aufenthaltstitels, wie es gem. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG im Falle der Ausweisung geschieht, rechtfertigen oder betrifft er nur die Verweigerung der Ausstellung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels?

Entgegen der Argumentation des Europäischen Gerichtshofs sprechen Wortlaut und Systematik der Richtlinie zunächst gegen die Möglichkeit, auch gem. Art. 24 Abs. 1 QRL einen bereits erteilten Aufenthaltstitel zu widerrufen. Schließlich spricht Art. 24 Abs. 1 QRL lediglich von der Verweigerung der erstmaligen Erteilung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels und zeigt Art. 21 Abs. 3 QRL, dass an den Fall der nachträglichen Beendigung eines Aufenthaltstitels durchaus gedacht wurde²⁹⁵. Auch aus der Formulierung „unbeschadet des Art. 21 Abs. 3“ in Art. 24 Abs. 1 QRL kann nicht bereits geschlossen werden, dass Art. 24 Abs. 1 QRL eine selbstständige Möglichkeit eröffnet, einen Aufenthaltstitel zu *beseitigen*²⁹⁶, sondern die Formulierung macht lediglich deutlich, dass die Befugnisse aus Art. 21 Abs. 3 QRL nicht berührt werden und umgekehrt. Sie kann sich daher auch lediglich auf die Möglichkeit der erstmaligen *Verweigerung* des Aufenthaltstitels beziehen²⁹⁷.

Für die Einbeziehung der nachträglichen Beendigung des Aufenthaltstitels in Art. 24 Abs. 1 QRL muss auch nicht zwingend ein „Erst-Recht-Schluss“ sprechen, der darauf abstellt, dass die Mitgliedsstaaten bereits befugt seien, die Erteilung eines Aufenthaltstitels abzulehnen²⁹⁸. Entgegenhalten ließe sich dem,

²⁹⁴ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 75 – *T*.

²⁹⁵ Der EuGH, ebda., Rn. 48, beschränkt sich hingegen auf die Aussage, Art. 24 Abs. 1 QRL schließe den Widerruf eines Aufenthaltstitels zumindest nicht aus. Das kann aus den genannten Gründen aber kein tragfähiges Argument sein.

²⁹⁶ VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 129.

²⁹⁷ Ähnlich EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 11.9.2014, Rs. C-373/13, Rn. 65 – *T*.

²⁹⁸ So aber EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 49 – *T*.

dass mit der erstmaligen Ausstellung eines Aufenthaltstitels an einen Flüchtling ein gewisser Vertrauenstatbestand geschaffen wird, der nur unter gesteigerten Voraussetzungen, namentlich unter denen des Art. 21 Abs. 3, 2 QRL, wieder beseitigt werden kann.

Entscheidende Gesichtspunkte sprechen aber letztlich doch für die Sichtweise des Europäischen Gerichtshofs: Dazu zählt zunächst die Systematik des Art. 24 Abs. 1 QRL selbst. Der Vorbehalt der zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung bezieht sich sowohl auf die Verweigerung der erstmaligen Erteilung als auch auf die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels. Kann aber nach dreijährigem Bestehen eines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung aus Gründen der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung abgelehnt werden, so muss auch seine vorherige Beendigung möglich sein. Andernfalls könnte der Fall eintreten, dass die Mitgliedsstaaten erst nach Erteilung des Aufenthaltstitels Kenntnis vom Vorliegen der Ausschlussgründe des Art. 24 Abs. 1 QRL erlangen und dann im Extremfall – sofern nicht ohnehin die Schwelle des Art. 21 Abs. 2 QRL erreicht ist – zwei Jahre und elf Monate warten müssten, um den Aufenthaltstitel wieder zu beseitigen. Dies wäre für die Mitgliedsstaaten nicht zumutbar und kann von der Richtlinie keinesfalls bezweckt sein²⁹⁹. Hinzu kommt, dass es vom Zufall abhängen kann, ob die Tatsachen, die die zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung begründen, noch vor oder erst nach Erteilung des Aufenthaltstitels bekannt werden. Den Mitgliedsstaaten im letzteren Fall keine Reaktionsmöglichkeit zuzugestehen, wäre ein unerträgliches Ergebnis; gleiches gilt, wenn die Handlungen, die zum Erfüllen der Ausschlussgründe führen, erst nach Erteilung des Aufenthaltstitels begangen werden³⁰⁰.

Zuletzt spricht für das Ergebnis des Europäischen Gerichtshofs auch die Entstehungsgeschichte des Art. 24 Abs. 1 QRL. Sie verdeutlicht nämlich, dass die Vorbehalte des Art. 24 Abs. 1 QRL sowie der im Zusammenhang stehende Erwägungsgrund 37³⁰¹ erst als Reaktion auf die Anschläge vom 11. September 2001 in den USA sowie auf die Resolution 1373 des Sicherheitsrates der Vereinten

²⁹⁹ Vgl. EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 11.9.2014, Rs. C-373/13, Rn. 55 – *T*.

³⁰⁰ VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 106; B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 146; EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 54 – *T*.

³⁰¹ In der Richtlinie 2004/83/EG noch Erwägungsgrund 28.

Nationen in die Richtlinie aufgenommen wurden und die Befugnisse der Mitgliedsstaaten zur Terrorismusbekämpfung im Vergleich zu Art 21. Abs. 3, 2 QRL gerade erweitern sollten³⁰². Die Sicherheitsratsresolution 1373 (2001) verpflichtet in Ziff. 2 lit. a alle Staaten, „denjenigen, die terroristische Handlungen finanzieren, planen, unterstützen oder begehen oder die den Tätern Unterschlupf gewähren, einen sicheren Zufluchtsort [zu] verweigern“, womit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus ein ausländerrechtlicher Anstrich verpasst wird. Eine effektive Terrorismusbekämpfung ist aufgrund der oben angesprochenen, ansonsten bestehenden Zufälligkeiten jedoch nur möglich, wenn auch die nachträgliche Beendigung eines Aufenthaltstitels von Art. 24 Abs. 1 QRL erfasst wird³⁰³. Hinzu kommt, dass sich Inhaber eines Aufenthaltstitels gem. Art. 21 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens³⁰⁴ (SDÜ) bis zu drei Monate frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsstaaten bewegen können. Die Möglichkeit der nachträglichen Beendigung eines Aufenthaltstitels hat damit auch Auswirkungen auf die Sicherheit der anderen Schengen-Staaten und dient dem gemeinsamen Vorgehen gegen den internationalen Terrorismus³⁰⁵.

Folglich ist insgesamt dem Europäischen Gerichtshof zu folgen und die QRL so auszulegen, „dass ein einem Flüchtling erteilter Aufenthaltstitel entweder nach Art. 24 Abs. 1 dieser Richtlinie widerrufen werden kann, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne dieser Bestimmung vorliegen, oder nach Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie, wenn Gründe für die Anwendung der in Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme vom Grundsatz der Nichtzurückweisung vorliegen“.

ee) Ergebnis

Ausweisungen sind sowohl gem. Art 21 Abs. 3, 2 als auch gem. Art. 24 Abs. 1 QRL möglich, wobei letzterer die geringere Gefahrenschwelle enthält.

³⁰² Ausführlich VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 106 ff.; B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 151 ff.

³⁰³ EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 11.9.2014, Rs. C-373/13, Rn. 68 – *T*.

³⁰⁴ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19. Juni 1990 (BGBl. 1993 II S. 1013).

³⁰⁵ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 52 – *T*.

b) Inhaltliche Konsequenzen

Da Art. 21 Abs. 2 QRL den Art. 33 Abs. 2 GFK umsetzt und ohnehin aufgrund der im Vergleich zu Art. 24 Abs. 1 QRL erhöhten Anforderungen eine nur untergeordnete Rolle für die Ausweisung spielt, werden seine Voraussetzungen erst unten behandelt, wenn es um die Ausnahmen vom flüchtlingsrechtlichen Refoulementverbot geht³⁰⁶. Im Folgenden werden daher die Vorgaben aufgezeigt, die Art. 24 Abs. 1 QRL für eine Ausweisung von Flüchtlingen enthält. Dabei hat der EuGH den Inhalt der „zwingenden Gründe der öffentlichen/nationalen“³⁰⁷ Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ nur recht allgemein umrissen; genauer ist er hingegen für die Fälle der Terrorismusunterstützung geworden.

Die Formulierung des Art. 24 Abs. 1 QRL ist nicht so zu verstehen, dass die Mitgliedsstaaten bei Vorliegen zwingender Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einen Aufenthaltstitel ablehnen *müssen*. Eine andere Sichtweise hätte weitreichende Folgen, da dann auch eine Ausweisung verfügt werden *müsste*, was einem Prinzip der Einzelfallabwägung entgegenstehen könnte. Die Formulierung des Art. 24 Abs. 1 QRL ist stattdessen als Einschränkung des Anspruchs eines Flüchtlings auf Ausstellung eines Aufenthaltstitels zu deuten³⁰⁸. Im Falle des Vorliegens einer der Ausnahmen des Art. 24 Abs. 1 QRL hat der Flüchtling somit zwar keinen Anspruch auf die Ausstellung eines Aufenthaltstitels, die Mitgliedsstaaten *können* einen solchen aber dennoch erteilen bzw. eben davon absehen, einen bestehenden Aufenthaltstitel wieder abzuerkennen.

aa) Zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung

Die Begriffe der öffentlichen/nationalen³⁰⁹ Sicherheit oder öffentlichen Ordnung sind nicht mit den Begriffen des deutschen Polizeirechts gleichzusetzen, sondern werden autonom nach unionsrechtlichen Regeln ausgelegt³¹⁰.

³⁰⁶ S. u., § 5-B.-II.

³⁰⁷ Der Wortlaut hat sich mit der Neufassung der Richtlinie (durch die RL 2011/95/EU) geändert.

³⁰⁸ VGH BW, U. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 157.

³⁰⁹ Der Wortlaut hat sich mit der Neufassung der Richtlinie (durch die RL 2011/95/EU) geändert.

³¹⁰ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 6 FreizügG/EU Rn. 11. Vgl. auch *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 127 (2016).

Der Europäische Gerichtshof legt die Ausnahmen des Art. 24 Abs. 1 QRL unter Bezugnahme auf bereits ergangene Rechtsprechung zum Unionsbürger-Freizügigkeitsrecht aus. Namentlich greift er auf Art. 27 und 28 UBRL zurück, wo die Begriffe der öffentlichen Sicherheit bzw. öffentlichen Ordnung ebenfalls verwendet werden³¹¹. Der Gerichtshof vertritt damit eine andere Sichtweise als noch die Generalanwältin *Sharpston* in ihren Schlussanträgen. Aufgrund des unterschiedlichen Anwendungsbereichs hatte sie es „weder für erforderlich noch für sinnvoll“ gehalten, „eine analoge Auslegung anhand der Unionsbürgerrichtlinie oder der Richtlinie über langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige vorzunehmen“³¹². Der Gerichtshof hält dem – ohne explizit auf die Generalanwältin einzugehen – entgegen, dass „der Umfang des Schutzes, den eine Gesellschaft ihren grundlegenden Interessen gewähren will, nicht je nach der Rechtsstellung der Person, die ihre Interessen beeinträchtigt, unterschiedlich ausfallen“ kann³¹³. Ob der Europäische Gerichtshof damit den Ausweisungsschutz für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und Flüchtlinge gänzlich gleichsetzen oder lediglich eine partielle Übernahme bereits ergangener Rechtsprechung rechtfertigen möchte, geht daraus nicht ganz hervor, hier bleibt die weitere Rechtsprechung abzuwarten. Einem gänzlich identischen Ausweisungsschutz stünde entgegen, dass die Unionsbürgerrichtlinie – im Gegensatz zur Qualifikationsrichtlinie – noch nach der Dauer des Aufenthalts differenziert³¹⁴ und die Freizügigkeit von Unionsbürgern (Art. 21 AEUV) ein grundlegendes Prinzip des Unionsrechts³¹⁵ darstellt, woraus sich ein engeres Verständnis seiner Ausnahmen ergeben könnte.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs steht es den Mitgliedsstaaten zwar einerseits „im Wesentlichen weiterhin frei, nach ihren nationalen Bedürfnissen, die je nach Mitgliedstaat und Zeitpunkt unterschiedlich sein können, zu bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern“, andererseits sind jedoch „diese Anforderungen, insbesondere wenn sie eine Ausnahme von

³¹¹ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 77 ff. – *T*.

³¹² EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 11.9.2014, Rs. C-373/13, Rn. 87 – *T*.

³¹³ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 77 – *T*.

³¹⁴ Vgl. Art. 27 Abs. 1 und 28 Abs. 2, 3 lit. a UBRL.

³¹⁵ EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 23 – *I. m.w.N.*; *R. Höfler*, Die Unionsbürgerfreiheit, 2009, S. 53 („das wichtigste Recht der Unionsbürgerschaft“); *W. Kluth*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 21 AEUV Rn. 3; *M. Haag*, in: *H. v. der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, 21 AEUV Rn. 7 f.

dem grundlegenden Prinzip der Freizügigkeit rechtfertigen sollen, eng zu verstehen, so dass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Kontrolle durch die Organe der Europäischen Union bestimmt werden kann³¹⁶. Der genaue Sinngehalt dieser sich zwar ständig wiederholenden, an sich jedoch widersprüchlichen Aussage tritt nicht ganz deutlich hervor³¹⁷. Gemeint ist wohl das Zugeständnis eines gewissen Beurteilungsspielraums für die Mitgliedsstaaten, der allerdings – natürlich – nicht frei von gerichtlicher Kontrolle ist³¹⁸. Der Beurteilungsspielraum nimmt in dem Maße ab, in dem die Mitgliedsstaaten näher aneinanderrücken und sich auf einheitliche Wertvorstellungen einigen, denn in diesem Maße werden auch die Unterschiede zwischen den „nationalen Bedürfnissen“ geringer³¹⁹. Ein wichtiges Kriterium ist in dieser Hinsicht, ob Wertvorstellungen oder auch Gefahren primär- oder sekundärrechtlich „verschriftlicht“ wurden³²⁰.

Trotz dieses verbleibenden Beurteilungsspielraums macht der Europäische Gerichtshof auch nähere Vorgaben zur Auslegung der Begriffe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung.

(i) Öffentliche/nationale Sicherheit

Die öffentliche bzw. in RL 2011/95/EU nunmehr die nationale Sicherheit erfasst nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedsstaats³²¹; nichts Anderes soll für Art. 24 Abs. 1 QRL gelten³²². Zusammenfassend können daher

³¹⁶ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 77 – *T.* unter Verweis auf EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 23 – *I.* m.w.N.

³¹⁷ Kritisch auch *A. Pfersich*, Urteilsanmerkung zu EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09 – *I.*, in: ZAR 2012, S. 430 (433): „Es fehlt aber an einer dogmatischen Stringenz und an der Vorhersehbarkeit für den Gesetzgeber und den Rechtsanwender“.

³¹⁸ Von einem Beurteilungsspielraum ist ausdrücklich noch die Rede in EuGH, U. v. 4.12.1974, Rs. C-41/74, Rn. 18 – *van Duyn*; U. v. 27.10.1977, Rs. C-30/77, Rn. 35 – *Bouchereau*. Wie hier *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 651 f.

³¹⁹ Vgl. *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 653 f.

³²⁰ Vgl. EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 46 – *Tsakouridis* sowie U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 25 – *I.* unter Bezug auf die in Art 83 AEUV normierten Straftaten. Die dogmatischen Ungereimtheiten des Verweises auf Art. 83 AEUV hebt allerdings *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 657 f. hervor.

³²¹ Siehe insbesondere EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 43 – *Tsakouridis* und die dort aufgeführte Rspr. Diese Definition der öffentlichen Sicherheit gilt nicht nur im Migrationsrecht, vgl. EuGH, U. v. 26.10.1999, Rs. C-273/97, Rn. 17 – *Sirdar* sowie U. v. 11.01.2000, Rs. C-285/98, Rn. 17 – *Kreil*.

³²² EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 78 – *T.*

„die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren“³²³. Der unionsrechtliche Begriff der öffentlichen Sicherheit in seiner ursprünglichen Auslegung ist somit deutlich enger als derjenige des deutschen Polizei- und Ordnungsrechts³²⁴. In seiner jüngeren Rechtsprechung ist der Europäische Gerichtshof allerdings dazu übergegangen, im Rahmen von Art. 28 Abs. 3 UBRL – wo auf die öffentliche *Ordnung* nicht zurückgegriffen werden kann – auch die Begehung von Straftaten unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit zu subsumieren³²⁵. Eine nähere Befassung mit diesem Umschwung ist für die Zwecke dieser Arbeit allerdings nicht erforderlich, ist doch die öffentliche Ordnung von Art. 24 Abs. 1 QRL eben auch erfasst³²⁶.

Dass es nunmehr in der neuen Fassung der QRL durch die RL 2011/95/EU *nationale* und nicht mehr *öffentliche* Sicherheit heißt, hat keine Bedeutungsänderung zur Folge, sondern ist nur eine Anpassung an die anderen Sprachfassungen³²⁷. Letztlich ist mit Blick auf die vom Europäischen Gerichtshof vertretene Definition und zur Abgrenzung vom deutschen Polizei- und Ordnungsrechts der Begriff der nationalen Sicherheit auch genauer.

³²³ EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 44 – *Tsakouridis*; U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 78 – *T*.

³²⁴ Vgl. auch *Huber/Göbel-Zimmermann*, Asylrecht (Fn. 8), Rn. 1458. Stattdessen gleicht die unionsrechtliche „öffentliche Sicherheit“ der „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ nach § 54 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG a.F. bzw. nunmehr § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Diese umfasst nach st. Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts nämlich ebenfalls die innere und äußere Sicherheit und schützt nach innen den Bestand und die Funktionstüchtigkeit des Staates und seiner Einrichtungen (siehe nur BVerwGE 123, 114 [120] m.w.N.).

³²⁵ EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 46 ff. – *Tsakouridis* im Hinblick auf bandenmäßigen Rauschgifthandel; U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 23 – *I*. im Hinblick auf Kindesmissbrauch. Vgl. auch *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 30 (2013), wonach eine klare Abgrenzung der öffentlichen Sicherheit von der öffentlichen Ordnung nicht möglich ist.

³²⁶ Näher zur Verwirklichung des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit bei der Begehung von Straftaten *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 646 ff. sowie *Dienelt*, in: Bergmann/ders., Ausländerrecht (Fn. 38), § 6 FreizügG/EU Rn. 36 ff.

³²⁷ VGH BW, U. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 146; OVG NRW, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 27. In der englischen Fassung geht es z.B. ebenfalls um „compelling reasons of *national* security or public order“, in der französischen Fassung um „des raisons impérieuses de *sécurité nationale* ou d’ordre public“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

(ii) Öffentliche Ordnung

Hinsichtlich der öffentlichen Ordnung beschränkt sich der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf die Aussage, dass jedenfalls außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstelle, eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegen müsse, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre³²⁸. Die Definition wird für Art. 24 Abs. 1 QRL übernommen³²⁹.

Letztlich geht es damit bei der öffentlichen Ordnung um den Verstoß gegen innerstaatliche Vorschriften; praktisch ist vor allem die Erfüllung von Straftatbeständen von Relevanz³³⁰. Die Verletzung muss allerdings ein solches Ausmaß annehmen, dass ein „Grundinteresse der Gesellschaft“ berührt ist. Dementsprechend ist die Berührung eines solchen Grundinteresses kein eigenständiges Merkmal neben der öffentlichen Ordnung, sondern wird lediglich zu deren Auslegung herangezogen: Nur, wenn ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt ist, kann ein Mitgliedsstaat sich auf den Ausnahmegrund der öffentlichen Ordnung berufen. In welchen Fällen der Gesetzesverstoß ausreichendes Gewicht hat, um ein Grundinteresse der Gesellschaft zu berühren, gibt der Europäische Gerichtshof nicht allgemein vor, sondern entscheidet von Fall zu Fall, wobei der Ausgang des Verfahrens – gemäß der Natur des Vorabentscheidungsverfahrens – letzten Endes von den innerstaatlichen Gerichten abhängt³³¹. Dabei ist die Kasuistik bisher noch nicht umfangreich genug, um wirklich konkrete Leitlinien darüber ausmachen zu können, bei welchen Straftaten ein gesellschaftliches Grundinteresse berührt sein kann³³².

Es wurde jedoch bereits entschieden, dass von der Berührung eines Grundinteresses und damit von einer hinreichenden Gefahrenlage jedenfalls dann nicht ausgegangen werden kann, wenn ein vergleichbares Verhalten bei eigenen Staatsangehörigen ohne Sanktionen bleibt³³³. Im Urteil *T.* geht der Europäische Gerichtshof (mangels Notwendigkeit) darauf zwar nicht ein, es kann für die QRL aber

³²⁸ So schon EuGH, U. v. 27.10.1977, Rs. C-30/77, Rn. 35 – *Bouchereau*; vgl. außerdem U. v. 4.10.2012, Rs. C-249/11, Rn. 40 – *Byankov* m.w.N.

³²⁹ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 79 – *T.*

³³⁰ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 6 FreizügG/EU Rn. 12.

³³¹ Vgl. nur EuGH, U. v. 10.7.2008, Rs. C-33/07, Rn. 30 – *Jipa*.

³³² So auch *Huber/Göbel-Zimmermann*, Asylrecht (Fn. 8), Rn. 1461.

³³³ St. Rspr. des EuGH, vgl. U. v. 18.5.1982, Rs. C-115/81, Rn. 8 – *Adoui und Cornuaille* sowie U. v. 20.11.2001, Rs. C-268/99, Rn. 60 f. – *Jany u.a.* Näher *Dienelt* (Fn. 326), § 6 FreizügG/EU Rn. 27 ff.

nichts Anderes gelten. Dies gebieten bereits die Erfordernisse der Logik: Man kann schlecht davon sprechen, dass von einem Flüchtling eine Gefahr ausgeht, die sogar ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, wenn vergleichbare Handlungen durch die eigenen Staatsangehörigen ohne Weiteres hingenommen werden.

Die Gefahrenprognose muss zuletzt, dies macht der Gerichtshof immer wieder deutlich, anhand des *persönlichen* Verhaltens des Betroffenen erstellt werden; insbesondere kann eine Maßnahme nicht allein auf eine vergangene strafrechtliche Verurteilung gestützt werden³³⁴.

Nach alledem ist die öffentliche Ordnung im Vergleich zur öffentlichen/nationalen Sicherheit der weitere Begriff³³⁵. Dies verdeutlicht auch Art. 28 Abs. 3 UBRL, der in der Systematik des Ausweisungsschutzes für Unionsbürger die höchsten Anforderungen aufstellt und nur noch die öffentliche Sicherheit als Schutzgut benennt³³⁶. Die Definition der öffentlichen Ordnung erinnert an die der öffentlichen Sicherheit im Sinne des deutschen Polizei- und Ordnungsrechts, bei der es ebenfalls vor allem um den Verstoß gegen Rechtsvorschriften geht. Wenn der Europäische Gerichtshof für die öffentliche Ordnung allerdings auf die soziale Störung abstellt, die durch einen *Gesetzesverstoß* hervorgerufen wird, so können Verstöße gegen *ungeschriebene* Verhaltensregeln, wie sie die nationale öffentliche Ordnung erfasst, nicht ausreichen³³⁷.

(iii) Zwingende Gründe

Eine Ausnahme von der Grundregel des Art. 24 Abs. 1 QRL ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die entgegenstehenden Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung auch „zwingend“ sind.

Der Europäische Gerichtshof greift auch hier auf seine bereits ergangene Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 3 UBRL zurück³³⁸. „Zwingend“ bedeutet dort, dass

³³⁴ So ausdrücklich auch Art. 27 Abs. 2 UBRL. Vgl. dazu EuGH, U. v. 10.7.2008, Rs. C-33/07, Rn. 24 ff. – *Jipa* sowie U. v. 17.11.2011, Rs. C-430/10, Rn. 34 ff. – *Gaydarov*.

³³⁵ So auch *Dienelt* (Fn. 326), § 6 FreizügG/EU Rn. 34 („Oberbegriff“); *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 645). Vgl. außerdem EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 58 – *Tsakouridis*: Fällt der bandenmäßige Rauschgifthandel unter die öffentliche Sicherheit, so fällt er *erst recht* unter die öffentliche Ordnung.

³³⁶ *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 646.

³³⁷ *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 22 (2013); *Dienelt* (Fn. 326), § 6 FreizügG/EU Rn. 14.

³³⁸ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 78 – *T*.

die Beeinträchtigung einen besonders hohen Schweregrad aufweist³³⁹; die einfache Beeinträchtigung der – an sich bereits eng gefassten – öffentlichen Sicherheit reicht im Rahmen von Art. 28 Abs. 3 UBRL also nicht aus. Der ohne weitere Kommentierung vorgenommene Rückgriff des Gerichtshofs ist an dieser Stelle allerdings zu unreflektiert: In der Unionsbürgerrichtlinie knüpft Art. 28 Abs. 3 an einen mindestens zehnjährigen Aufenthalt oder den Zustand der Minderjährigkeit an und gewährt für diese Personengruppen den höchsten Ausweisungsschutz. Die „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ stellen in der Systematik dieser Richtlinie das Maximum an Anforderungen dar³⁴⁰. In der Qualifikationsrichtlinie ist dies hingegen anders, weshalb auch die Rechtsprechung nicht ohne Weiteres übernommen werden kann. Wie bereits aufgezeigt, erfordert Art. 24 Abs. 1 eine niedrigere Gefahrenschwelle als Art. 21 Abs. 2 QRL, was durch den Europäischen Gerichtshof selbst bestätigt wird³⁴¹. Auch die Rechtsfolgen sind unterschiedlich: Gerade bei Flüchtlingen hat wegen des durch Art. 21 Abs. 2 QRL garantierten Refoulementverbots eine Ausweisung noch nicht die Abschiebung zur Folge, d.h. trotz Vorliegen zwingender Gründe im Sinne des Art. 24 Abs. 1 QRL muss ein Flüchtling nicht zwangsläufig den Aufnahmestaat verlassen³⁴². Bei Unionsbürgern ist dies anders, hier hat die Ausweisung bzw. in den Worten des deutschen FreizügG/EU (§ 6) der „Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt“ grundsätzlich auch die Abschiebung zur Folge³⁴³. Die Folgen einer auf Art. 24 Abs. 1 QRL gestützten Ausweisung eines Flüchtlings sind daher weniger einschneidend als die einer auf Art. 28 Abs. 3 UBRL gestützten Ausweisung eines Unionsbürgers. Zuletzt knüpft Art. 24 Abs. 1 QRL auch nicht an weitere Kriterien wie die Dauer des Aufenthalts an, sondern gilt für Flüchtlinge quasi „von Anfang an“.

All dies spricht dafür, dass der Gefahrengrad im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 QRL nicht identisch mit dem aus Art. 28 Abs. 3 UBRL sein muss, sondern Art. 24 Abs. 1 QRL diesbezüglich die im Vergleich niedrigeren Anforderungen stellt. Dementsprechend müssen auch die in § 6 Abs. 5 S. 3 FreizügG/EU aufgestellten Anforderungen, die der Konkretisierung des Art. 28 Abs. 3 UBRL dienen, *nicht*

³³⁹ EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 41 – *Tsakouridis*.

³⁴⁰ *Dienelt* (Fn. 326), § 6 FreizügG/EU Rn. 53.

³⁴¹ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 75 – *T*.

³⁴² In Deutschland wird dies durch das Institut der Duldung erreicht, vgl. § 60a Abs. 2 AufenthG.

³⁴³ *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 653 weist allerdings darauf hin, dass aufgrund der offenen Grenzen kaum kontrolliert werden kann, ob der Unionsbürger nicht sofort wieder einreist.

auf die Ausweisung von Flüchtlingen übertragen werden. Insbesondere muss für die Ausweisung eines Flüchtlings also keine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von fünf Jahren vorliegen³⁴⁴.

Was aber ist dann mit dem Ausdruck der „zwingenden Gründe“ im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 QRL gemeint? Geht man vom einfachen Wortsinn aus, so bedeutet „zwingend“, dass etwas unvermeidbar ist, es also keine Wahlmöglichkeit gibt. Dementsprechend ist hier einer Auslegung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zuzustimmen, der das Merkmal wie folgt bestimmt: „Zwingend“ dürften die Gründe dabei immer dann sein, wenn die für die bloße Verweigerung der Legalität des Aufenthalts maßgeblichen Gründe bezogen auf die Folgen für den Betroffenen verhältnismäßig im engeren Sinn und für die Erreichung dieses Zwecks aus der Sicht der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unerlässlich sind, das heißt mit anderen Worten, wenn auf die Herbeiführung der Rechtsfolge – hier die Ablehnung der Erteilung eines Aufenthaltstitels – unter keinen Umständen verzichtet werden kann“³⁴⁵. Letztlich wird damit lediglich der Grundsatz der Erforderlichkeit betont³⁴⁶: Es darf kein milderes Mittel als die Verweigerung der Legalität des Aufenthalts geben, das zur Erhaltung der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung genauso geeignet ist.

bb) Anwendung auf terroristische Gefahren

Im Urteil *T.* des Europäischen Gerichtshofs ging es um die Frage, wie die „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ mit Blick auf Gefahren auszulegen sind, die von der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung ausgehen³⁴⁷. Dementsprechend ist der Gerichtshof diesbezüglich etwas genauer geworden, wobei seine Feststellungen weiterhin recht vage bleiben.

³⁴⁴ Dies würde auch die grundsätzlich in § 60 Abs. 8 S. 1 2. Fall AufenthG geforderte Freiheitsstrafe von drei Jahren übertreffen, die aber sogar eine Ausnahme vom Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK rechtfertigen kann. Dieser Widerspruch zeigt umso mehr, dass eine Übernahme des erhöhten Ausweisungsschutzes aus § 6 Abs. 5 FreizügG/EU bzw. Art. 28 Abs. 3 UBRL nicht angebracht ist.

³⁴⁵ VGH BW, U. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 158.

³⁴⁶ So auch noch EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Bot vom 8.6.2010, Rs. C-373/13, Rn. 84 ff. – *Tsakouridis*, allerdings zu Art. 28 Abs. 3 UBRL. Kritisch *Kießling*, Freizügigkeit (Fn. 252), S. 656.

³⁴⁷ VGH BW, U. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – zweite Vorlagenfrage.

Nach den Anschlägen in den Vereinigten Staaten am 11. September 2001 hat der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen in seiner Resolution 1373 (2001) die Staaten – gem. Art. 25, 48 Abs. 2 UNCh völkerrechtlich bindend³⁴⁸ – dazu aufgefordert, gegen den internationalen Terrorismus unter anderem mit den Mitteln des Ausländerrechts vorzugehen, indem sie Unterstützern des Terrorismus einen „sicheren Zufluchtsort“ verweigern³⁴⁹. Ausweisungen aufgrund terroristischer Gefahren – heute in der Gestalt des schwerwiegenden Ausweisungsinteresses gem. § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, vormals als Regelausweisung nach § 54 Nr. 5 AufenthG a.F. – beschäftigen die Rechtsprechung seit etlichen Jahren immer wieder³⁵⁰. Die Thematik ist aufgrund der Eigenarten der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, insbesondere der damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten, allerdings so umfangreich, dass in der vorliegenden Arbeit nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden kann. Stattdessen soll die jüngere Rechtsprechung skizziert werden, um damit die Leitlinien zu verdeutlichen, die bei der Entscheidung über eine Ausweisungsverfügung zu berücksichtigen sind.

³⁴⁸ Zur Bindungswirkung *A. v. Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 154.

³⁴⁹ Res. 1373 (2001), Abs. 2: „Der Sicherheitsrat [...] beschließt außerdem, dass alle Staaten [...] (c) denjenigen, die terroristische Handlungen finanzieren, planen, unterstützen oder begehen oder die den Tätern Unterschlupf gewähren, einen sicheren Zufluchtsort verweigern werden“. Noch deutlicher Abs. 3: „Der Sicherheitsrat [...] fordert alle Staaten auf, [...] (f) bevor sie einer Person Flüchtlingsstatus gewähren, im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts, einschließlich der internationalen Menschenrechtsnormen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um sich zu vergewissern, dass der Asylsuchende keine terroristischen Handlungen geplant oder erleichtert oder sich daran beteiligt hat; (g) in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht sicherzustellen, dass diejenigen, die terroristische Handlungen begehen, organisieren oder erleichtern, den Flüchtlingsstatus nicht missbrauchen und dass angebliche politische Beweggründe nicht als Grund anerkannt werden, Anträge auf die Auslieferung mutmaßlicher Terroristen abzuweisen“. Deutschland ist diesen Verpflichtungen durch das Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9.1.2002 (BGBl. I S. 361); vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 35 nachgekommen.

³⁵⁰ Das BVerwG hat inzwischen klargestellt, dass seine Rechtsprechung zu § 54 Nr. 5 AufenthG a.F. auf § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG n.F. übertragen werden kann: U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 35. Besonders häufig ging und geht es um die Unterstützung der PKK. Vgl. aus der jüngeren Vergangenheit nur EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09 – *B. und D.*; U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13 – *T.*; BVerwGE 123, 114; 140, 114; 147, 261; VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11; U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15; U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15; OVG NRW; U. v. 2.7.2013 – 8 A 5118/05.A.

(i) Terrorismusdefinition

Die Probleme beim Umgang mit (mutmaßlichen) Unterstützern terroristischer Vereinigungen beginnen bereits damit, dass das AufenthG keine Definition des „Terrorismus“ enthält und auch im Völkerrecht weiterhin um eine einheitliche Begriffsbestimmung gerungen wird³⁵¹. Am vielsagendsten ist noch Art. 2 Abs. 1 lit. b des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9. Dezember 1999³⁵², der jedenfalls implizit eine Definition terroristischer Handlungen enthält³⁵³. Auf europäischer Ebene hingegen haben sich die EU-Mitgliedsstaaten – wiederum in Reaktion auf die Resolution 1373 (2001) – aufgrund der weitgehend konvergenten Wertvorstellungen vergleichsweise früh in Art. 1 Abs. 3 des Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 27. Dezember 2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus (2001/931/GASP)³⁵⁴ auf eine Defini-

³⁵¹ Zu den Hintergründen *U. Davy*, Terrorismusbekämpfung und staatliche Schutzgewährung, in: ZAR 2003, S. 43 (44 f.); *R. Marx*, Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: ZAR 2002, S. 127 (128 ff.); *F. Fritsch*, Zur Bindungswirkung der EU-Terrorliste im Rahmen ausländerrechtlicher Maßnahmen, in: ZAR 2010, S. 333 (334) sowie *T. Keber*, Der Begriff des Terrorismus im Völkerrecht, 2009, S. 3 ff. Ausführlich mit der Entwicklung einer für das Ausländerrecht gültigen Definition des Terrorismus befassen sich auch *R. Haverkamp*, Die Prognose von terroristischen Anschlägen: Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnisse und der Versuch zur Entwicklung eines Präventionsmodells, in: ZStW 123 (2011), S. 92 (93 ff.); *T. Hesselbarth*, Die Extremismus- und Terrorismusbekämpfung mit den Mitteln des deutschen Ausländerrechts, 2011, S. 36 ff. und *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 109 ff.

³⁵² BGBl. 2003 II S. 1923. Auf das Übereinkommen nimmt auch die Res. 1373 (2001) in Abs. 3 lit. d Bezug.

³⁵³ In Art. 2 Abs. 1 lit. b geht es um die Finanzierung einer Handlung, „die den Tod oder eine schwere Körperverletzung einer Zivilperson oder einer anderen Person, die in einem bewaffneten Konflikt nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilnimmt, herbeiführen soll, wenn diese Handlung auf Grund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen“.

³⁵⁴ ABl. 2001 Nr. L 344, S. 93. Danach liegt eine terroristische Handlung vor bei einer der abschließend aufgezählten vorsätzlichen Handlungen, „die durch ihre Art oder durch ihren Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen kann und im innerstaatlichen Recht als Straftat definiert ist, wenn sie mit dem Ziel begangen wird, i) die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern oder ii) eine Regierung oder eine internationale Organisation unberechtigterweise zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder iii) die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören“. Inhaltsgleich ist die Definition in Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI (Abl. 2002 Nr. L 164, S. 3).

tion des Terrorismus einigen können, auf die auch der Europäische Gerichtshof zurückgreift³⁵⁵. Die Definition ist nunmehr in der 2017 in Kraft getretenen Anti-Terrorismus-Richtlinie der EU übernommen worden, auf die zukünftig zurückgegriffen werden kann³⁵⁶.

Die deutsche Rechtsprechung knüpft bisher sowohl an das Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus als auch an den Gemeinsamen Standpunkt 2001/931 an und geht daher von einem hinreichend bestimmten und der Rechtsanwendung fähigen Begriff aus³⁵⁷. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in seiner Entscheidung aus dem Juli 2017 zur Verfassungskonformität von § 58a AufenthG in der Anknüpfung an „terroristische Gefahren“ trotz verschiedener bestehender Definitionen keinen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn sich die Rechtsanwender bei der Auslegung des Begriffs „dieser Schwierigkeiten bewusst sind, sich mit den unterschiedlichen vertretenen Auffassungen auseinandersetzen und diese im Rahmen der juristischen Methodik bewältigen“. Dem trage das Bundesverwaltungsgericht aber hinreichend Rechnung³⁵⁸.

Im Ergebnis lassen sich bei einer Definition des Terrorismus drei Kernelemente festhalten, die das Mittel, die Methode und das Ziel der Begehungsweise betreffen. Eine terroristische Handlung ist demnach (1) die Androhung oder Anwendung schwerer Gewalt gegen Personen oder Sachen mit (2) der objektiven Eignung, einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen und (3) dem Ziel, die Bevölkerung einzuschüchtern oder öffentliche Stellen oder internationale Organisation zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu nötigen oder die Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu schädigen³⁵⁹.

³⁵⁵ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 81 – *T*.

³⁵⁶ Art. 3 und 4 der Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 15. März 2017 zur Terrorimusbekämpfung, Abl. Nr. L 88, S. 6.

³⁵⁷ BVerwGE 123, 114 (129 f.); 141, 100 (106 f. Rn. 19); VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 53 ff.; U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 31; BVerwG, B. v. 21.3.2017 – 1 VR 1/17 – Rn. 16.

³⁵⁸ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17 – Rn. 37.

³⁵⁹ So auch *Hesselbarth*, Terrorismusbekämpfung (Fn. 351), S. 58; *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 140 f.; ähnlich *S. Middell*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 57.

(ii) Voraussetzungen der Terrorismusunterstützung

Auf der Grundlage dieser Beobachtungen sollen im Folgenden die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs im Urteil *T.* untersucht werden. Der Verwaltungsgerichts Baden-Württemberg hatte diesem die Frage vorgelegt, wie der Ausschlussgrund der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ gem. Art. 24 Abs. 1 QRL mit Blick auf Gefahren auszulegen sei, die von der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung ausgingen, und ob solch zwingende Gründe insbesondere durch das Einsammeln von Spenden und die ständige Teilnahme an PKK-nahen Veranstaltungen erfüllt sein könnten³⁶⁰. Entsprechend der Natur des Vorabentscheidungsverfahrens macht der Europäische Gerichtshof, wie bereits beschrieben, keine allzu genauen Vorgaben. Es lassen sich dem Urteil allerdings einige grundlegende Aussagen entnehmen, die in Zukunft von den nationalen Behörden und Gerichten zu beachten sein werden.

Zunächst rekurriert der Europäische Gerichtshof auf den 37. Erwägungsgrund der QRL (Erwägungsgrund 28 der RL 2004/83/EG)³⁶¹, um festzuhalten, dass die Ausnahmeklausel des Art. 24 Abs. 1 QRL bei der Unterstützung einer Vereinigung, die ihrerseits den Terrorismus unterstützt, grundsätzlich erfüllt sein kann³⁶². Ob eine solche Unterstützung nun unter die öffentliche/nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung fällt, lässt der Gerichtshof offen; betrachtet man nochmals die oben genannten Definitionen, so ließe sie sich wohl unter beide Schutzgüter subsumieren. In der praktischen Anwendung kann eine genaue Abgrenzung aber dahinstehen; wichtig ist nur, dass die Ausschlussklausel jedenfalls erfüllt sein kann. Bei der Prüfung, ob auch im konkreten Fall zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung vorliegen, ordnet der Europäische Gerichtshof ein zweistufiges Vorgehen an: In einem ersten Schritt müsse untersucht werden, ob die fragliche Vereinigung terroristische Handlungen begehe bzw. begangen habe und damit die öffentliche/nationale Sicherheit oder öffentliche Ordnung bedrohe. Wird dies bejaht, so müsse

³⁶⁰ VGH BW, U. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – zweite Vorlagenfrage.

³⁶¹ „Der Begriff der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung gilt auch für die Fälle, in denen ein Drittstaatsangehöriger einer Vereinigung angehört, die den internationalen Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt“.

³⁶² EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 80 ff. – *T.* Der VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 130 weist daraufhin, dass die Erwägungsgründe einer Richtlinie zwar nicht unmittelbarer Inhalt und Gegenstand einer Regelung sind, ihnen aber die Funktion einer amtlichen Auslegungshilfe zukommt.

die handelnde Behörde in einem zweiten Schritt ermitteln, ob auch die individuelle Unterstützungshandlung des betreffenden Ausländers in den Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 1 QRL falle³⁶³.

Eine große Rolle spielt es, ob die fragliche Vereinigung in die Liste im Anhang des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 (im Folgenden: EU-Terrorliste³⁶⁴) aufgenommen wurde. Für den ersten Prüfungsschritt sei die Aufnahme ein „deutlicher Anhaltspunkt dafür, dass [die Vereinigung, Anm. des Verf.] entweder eine terroristische Organisation ist oder im Verdacht steht, eine solche Organisation zu sein“ und daher von den zuständigen Behörden notwendigerweise zu berücksichtigen³⁶⁵. Andererseits könne aber im zweiten Prüfungsschritt allein der Umstand, dass der betreffende Ausländer eine in der EU-Terrorliste aufgeführte Organisation unterstütze, nicht automatisch zur Aberkennung des Aufenthaltstitels gem. Art. 24 Abs. 1 QRL führen. Der Gemeinsame Standpunkt 2001/931 verfolge nämlich andere Ziele als die QRL und sei auch außerhalb des Rahmens erlassen worden, den die Richtlinie in Übereinstimmung mit der Genfer Konvention geschaffen habe³⁶⁶. Somit spricht sich der Europäische Gerichtshof *gegen* eine unmittelbare Bindungswirkung der EU-Terrorliste im Ausländerrecht aus³⁶⁷. Stattdessen müssten die zuständigen Behörden eine „eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung der spezifischen tatsächlichen Umstände vornehmen“³⁶⁸.

³⁶³ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 83 ff. – *T*.

³⁶⁴ Zuletzt aktualisiert durch Beschluss (GASP) 2016/628 des Rates vom 21.4.2016, ABl. Nr. L 106, S. 24. Ausführlich zur EU- sowie zur sog. UN-Terrorliste *D. Schulte*, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten, 2010, S. 39 ff.; *Kießling*, Abwehr (Fn. 83), S. 141 ff.

³⁶⁵ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 83 – *T*. In seinem U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 88 f. – *B. und D.* hatte der EuGH hingegen noch den Standpunkt vertreten, die Listung erlaube sogar die „*Feststellung* [Hervorhebung durch den Verf.], dass die Vereinigung [...] terroristischer Art ist“. Für die Prüfung, ob von der Wertung der Terrorliste abzuweichen ist, empfiehlt das BVerwG den Zugriff auf allgemein zugängliche Quellen wie die „Global Terrorism Database“ der University of Maryland (<http://www.start.umd.edu/gtd> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]) oder das Einholen von Sachverständigengutachten: BVerwG, U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 18.

³⁶⁶ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 83 – *T*. So auch bereits U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 88 f. – *B. und D.* im Bezug auf den Ausschluss von der Anerkennung als Flüchtling gem. Art. 12 Abs. 2 lit. b und c QRL.

³⁶⁷ So auch VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 74; *Bauer* (Fn. 38), § 54 AufenthG Rn. 26. Für eine Bindungswirkung plädieren hingegen *Fritzsch*, Bindungswirkung (Fn. 351), S. 336 ff. sowie *Hesselbarth*, Terrorismusbekämpfung (Fn. 351), S. 78. Kritisch zur EuGH-Rspr. auch *R. Bell*, Ist die EuGH-Rechtsprechung zum Ausschluss vom Flüchtlingsschutz effektiv?, in: *InfAuslR* 2011, S. 214 (215).

³⁶⁸ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 99 – *T*.

Wenn aber die bloße Unterstützung einer in der EU-Terrorliste geführten Organisation nicht automatisch zur Erfüllung des Art. 24 Abs. 1 QRL führt, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die sich anschließende individuelle Prüfung zu stellen sind. Interessant ist in dieser Hinsicht vor allem die Frage, ob die öffentliche/nationale Sicherheit oder öffentliche Ordnung *konkret* und durch den Ausländer *persönlich* gefährdet sein muss. Die deutsche Rechtsprechung hat dies bisher, auch unter der Geltung des neuen Ausweisungsrechts, verneint³⁶⁹ und an den Unterstützungsbegriff (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bzw. § 54 Nr. 5 AufenthG a.F.) weniger hohe Bedingungen geknüpft: Als Unterstützen sei jede Tätigkeit anzusehen, die sich in irgendeiner Weise positiv auf die Aktionsmöglichkeiten der Vereinigung, die den internationalen Terrorismus unterstützt, auswirke. Dazu zähle auch jedes Tätigwerden eines Nichtmitglieds, das die innere Organisation und den Zusammenhalt der Vereinigung fördere, ihren Fortbestand oder die Verwirklichung ihrer auf die Unterstützung terroristischer Bestrebungen gerichteten Ziele fördere und damit ihre potenzielle Gefährlichkeit festige und ihr Gefährdungspotenzial stärke³⁷⁰. Für die Fälle des Unterstützens einer terroristischen Vereinigung gelte ein abgesenkter Gefahrenmaßstab, der auch die Vorfeldunterstützung des Terrorismus erfasse und keine von der Person ausgehende konkrete und gegenwärtige Gefahr erfordere. Maßgeblich sei lediglich, inwieweit das festgestellte Verhalten des Einzelnen zu den latenten Gefahren der Vorfeldunterstützung des Terrorismus nicht nur ganz unwesentlich oder geringfügig beitrage und deshalb selbst potenziell als gefährlich erscheine. In subjektiver Hinsicht reiche die Erkennbarkeit einer terroristischen Betätigung der Vereinigung³⁷¹.

Erfasst wurden durch diese Unterstützungsdefinition unter anderem die Finanzierung terroristischer Vereinigungen durch das Sammeln von Spenden³⁷², das

³⁶⁹ So ausdrücklich BVerwGE 123, 114 (127) in Bezug auf „gewöhnliche Ausländer“; dem folgend u.a. VGH BW, U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 42. Anders hatte das Bundesverwaltungsgericht bei der Ausweisung eines Flüchtlings entschieden, wobei es allerdings fälschlicherweise von den Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 QRL und nicht von denen des Art. 24 Abs. 1 QRL ausgegangen war (s.o., § 4-C.-III.-2.-a)–bb)). Eine Ausnahme vom Refoulementverbot i.S.d. Art. 21 Abs. 2 QRL sei erst im Falle einer qualifizierten Unterstützung gerechtfertigt, wofür sich die von der Organisation ausgehende Gefährdung in der Person des Ausländers konkretisieren müsse: BVerwGE 143, 138 (147 f. Rn. 24). Die Entscheidung scheint aber überholt.

³⁷⁰ Inzwischen st. Rspr: U.a. BVerwGE 123, 114 (124 f.); Bay. VGH, U. v. 22.2.2010 – 19 BV 09.929 – Rn. 41; VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 82 m.w.N.

³⁷¹ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 33 ff.; U. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16, Rn. 21 f.

³⁷² VGH BW, U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 44 ff.

Werben für die Ideologie und die Ziele des Terrorismus³⁷³ sowie bei einer gewissen Häufigkeit und Regelmäßigkeit auch schon die bloße (passive) Teilnahme an Demonstrationen und Veranstaltungen der Vereinigung, da auch dadurch die Stellung der Organisation in der Gesellschaft (vor allem unter Landsleuten) begünstigend beeinflusst, ihre Aktionsmöglichkeiten und eventuell auch ihr Rekrutierungsfeld erweitert und dadurch insgesamt zu einer Stärkung ihres latenten Gefahrenpotenzials beigetragen werde³⁷⁴. Abzugrenzen ist eine solche Unterstützung in jedem Fall allerdings von der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungskundgabe, etwa, wenn nur einzelne politische, humanitäre oder sonstige Ziele der Organisation befürwortet werden³⁷⁵.

Zu der Frage, ob diese Grundsätze auch unter Beachtung des Art. 24 Abs. 1 QRL Bestand haben können, nimmt der Europäische Gerichtshof im Urteil *T.* nicht ausdrücklich Stellung. Zwar müsse das vorlegende Gericht einerseits den Schweregrad der Gefahr beurteilen, der vom ausgewiesenen Ausländer für die Schutzgüter der öffentlichen/nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung ausgehe, wobei *insbesondere* zu prüfen sei, ob ihm eine individuelle Verantwortung bei der Durchführung terroristischer Aktionen der unterstützten Vereinigung zugerechnet werden könne³⁷⁶ und ob er selbst terroristische Handlungen begangen habe oder jedenfalls an der Planung beteiligt gewesen sei³⁷⁷. Andererseits müsse aber auch untersucht werden, ob und in welchem Umfang der betreffende Flüchtling terroristische Handlungen (nur) finanziert oder anderen Personen die Mittel zu ihrer Begehung verschafft habe³⁷⁸. Diese Aussagen – vor allem die Verwendung des Begriffs „insbesondere“ – deuten darauf hin, dass die Ausnahmeklauseln des Art. 24 Abs. 1 QRL zum einen natürlich dann erfüllt sein können, wenn der Ausländer selbst terroristische Handlungen begeht oder mit anleitet. Zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung können aber auch dann vorliegen, wenn der Ausländer nur zur Finanzierung solcher Handlungen beiträgt und für sie gerade *nicht* individuell verantwortlich ist.

³⁷³ BVerwGE 141, 100 (108 f. Rn. 20 f.).

³⁷⁴ BVerwGE 123, 114 (125 f.); VGH BW, U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 42 mit dem Hinweis auch darauf, dass sich das Phänomen des Terrorismus und dessen spezifische Gefährlichkeit, die sich aus der öffentlichen Aufmerksamkeit speise, ohne ideologische, personelle und finanzielle Unterstützung kaum adäquat erfassen lasse (Rn. 57 f.). Vgl. dazu auch *Middel*, Sicherheit (Fn. 359), S. 46 f.

³⁷⁵ Dazu *Bauer* (Fn. 38), § 54 AufenthG Rn. 29 f.

³⁷⁶ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 92 – *T.*

³⁷⁷ EuGH, ebda., Rn. 90.

³⁷⁸ EuGH, ebda., Rn. 90.

Somit dürfte auch nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs – in Übereinstimmung mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung – nicht erforderlich sein, dass der ausgewiesene Ausländer eine konkrete und persönliche Gefahr für die Schutzgüter darstellt³⁷⁹.

Diese Ansicht vertritt auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einer im Anschluss an das Urteil *T.* ergangenen Entscheidung: Das Unionsrecht verlange nicht, dass „das individuelle mit der Ausweisung bekämpfte Verhalten des Einzelnen eine konkrete mit der jeweiligen Einzelhandlung verbundene Gefahr für wichtige Gemeinschaftsgüter hervorrufe“; gegen diese Absenkung des Gefahrenmaßstabs in § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG sei mit Blick auf die spezifischen Gefahren des Terrorismus auch nichts einzuwenden³⁸⁰. In dieser Entscheidung aus dem Januar 2016 bejahte der Verwaltungsgerichtshof die Rechtmäßigkeit der Ausweisung eines Flüchtlings auch unter Berücksichtigung des Art. 24 Abs. 1 QRL. Dabei ging es um eine nicht bloß passive, sondern aktive Teilnahme an Veranstaltungen der den Terrorismus unterstützenden Vereinigung, in der sich der Ausländer auch als Vorstandsmitglied, Versammlungsleiter und Redner an Veranstaltungen beteiligte³⁸¹. In einem weiteren, im März 2016 abgeschlossenen Verfahren, in dessen Verlauf der Verwaltungsgerichtshof auch die Vorlagenfragen an den Europäischen Gerichtshof gestellt hatte, erhob das Gericht ebenfalls keine Bedenken gegen die Ausweisung des Flüchtlings und betonte dabei die „finanzielle[n] Unterstützung terroristischer Vereinigungen in organisierter Form und unter Einbindung in deren Struktur“³⁸². In beiden Fällen behielt der Verwaltungsgerichtshof die weite Definition des Unterstützungsbegriffs bei, stellte aber auch die „qualifizierte Unterstützung“³⁸³ bzw. die Unterstützung „in herausgehobener Funktion“³⁸⁴ in den Vordergrund. Und auch das bestätigende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betont, dass der Ausländer eine „gewich-

³⁷⁹ Dafür spricht auch, dass nach einer jüngeren Entscheidung des EuGH nicht einmal der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft gem. Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL erfordert, dass der Ausländer terroristische Handlungen begangen hat (U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn 48 – *Lounani*).

³⁸⁰ VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 84; bestätigt in BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16.

³⁸¹ VGH BW, ebda., Rn. 88 ff.

³⁸² VGH BW, U. v. 3.2.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 59.

³⁸³ VGH BW, ebda., Rn. 57.

³⁸⁴ VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 131.

tige Rolle im Rahmen seiner Unterstützung der terroristischen Organisation gespielt haben muss“³⁸⁵. Ob damit im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 AufenthG eine Eingrenzung des weiten Unterstützungsbegriffs verbunden sein soll oder ob die Rechtsprechung auch andere, weniger gewichtige Fälle unter die Ausnahmen des Art. 24 Abs. 1 QRL subsumieren wird, bleibt zunächst offen. Zweifelhaft erscheint das vor allem mit Blick auf eine bloß passive, wenn auch massenhafte, Teilnahme an (nicht verbotenen) Veranstaltungen von Vereinigungen, die den Terrorismus unterstützen³⁸⁶.

Insgesamt befinden sich die Behörden beim Kampf gegen den Terrorismus im Zwiespalt zwischen einer effektiven Gefahrenabwehr und der Wahrung der Grundrechte. Dabei ist Fingerspitzengefühl gefragt. Die Gerichte sind insofern – ungeachtet aller Unwägbarkeiten, die das Phänomen des Terrorismus mit sich bringt³⁸⁷ – dazu berufen, den Behörden klare Vorgaben an die Hand zu geben³⁸⁸.

c) Zusammenfassung

Nicht nur bei der Abschiebung, sondern auch bei der Ausweisung Verfolgter ist der deutsche Gesetzgeber durch die Qualifikationsrichtlinie höherrangigen Normen unterworfen. In Betracht kommen hier grundsätzlich sowohl Art. 21 Abs. 2, 3 QRL, der die Aberkennung eines Aufenthaltstitels von den gleichen Voraussetzungen abhängig macht, die auch eine Aufhebung des Refoulementverbots rechtfertigen, als auch Art. 24 Abs. 1 QRL, der auf „zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ abstellt.

Im Juni 2015 hat der Europäische Gerichtshof zutreffend, jedoch entgegen der vorherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, entschieden, dass ers-

³⁸⁵ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 53.

³⁸⁶ Zweifel an der Erfüllung der erhöhten Gefahrenschwelle des § 53 Abs. 3 AufenthG äußerte der Bay. VGH (B. v. 23.2.2016 – 10 B 13.1446 – Rn. 5) in einem Fall, in dem der ausgewiesene Ausländer zwar ebenfalls eine terroristische Vereinigung selbst finanziell unterstützt hatte, jedoch nicht zusätzlich für das Eintreiben von Spenden verantwortlich war.

³⁸⁷ Vgl. VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 84.

³⁸⁸ Nach *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (Fn. 5), S. 246 ff. liegt diese Aufgabe aufgrund der kompetenziellen und strukturellen Grenzen von BVerfG, EGMR und EuGH v.a. beim BVerwG. Prägnant insofern: „Zwar sind alle genannten Gerichte dem Bundesverwaltungsgericht hierarchisch übergeordnet, allerdings kann einzig das Bundesverwaltungsgericht die verschiedenen Vorgaben zusammenführen und mithin an der Kreuzung der verschiedenen Rechtsordnungen den Verkehr lenken“ (S. 247).

tens Art. 24 Abs. 1 im Vergleich zu Art. 21 Abs. 2 QRL die geringere Gefahrenschwelle enthält und zweitens trotz missverständlicher Konzipierung Art. 24 Abs. 1 auch für die Aberkennung eines bereits erteilten Aufenthaltstitels herangezogen werden kann. Somit sind für die Ausweisung (beachte § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) eines Flüchtlings zwingende Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 QRL erforderlich. Diese Begriffe sind nicht inhaltsgleich mit den Begriffen des deutschen Polizei- und Ordnungsrechts, sondern unionsautonom auszulegen. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, hat der Europäische Gerichtshof unter Rückgriff auf seine bereits zu Art. 27, 28 UBRL ergangene Rechtsprechung verdeutlicht. Die öffentliche Sicherheit erfasst danach sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedsstaates, während es beim Schutzgut der öffentlichen Ordnung letztlich um den Verstoß gegen innerstaatliche Vorschriften geht – allerdings mit der Einschränkung, dass außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Nicht überzeugend ist allerdings, dass der Europäische Gerichtshof auch die Auslegung der „zwingenden“ Gründe unkommentiert aus Art. 28 Abs. 3 UBRL übernimmt; dagegen spricht insbesondere die im Vergleich zur QRL unterschiedliche Systematik. Dementsprechend erfordert die Ausweisung eines Flüchtlings gem. Art. 24 Abs. 1 QRL nicht den gleichen Gefahrengrad wie die Ausweisung eines sich seit zehn Jahren im Mitgliedsstaat aufhaltenden Unionsbürgers nach Art. 28 Abs. 3 UBRL. Stattdessen ist der Begriff „zwingend“ so auszulegen, dass die Ausnahmen des Art. 24 Abs. 1 QRL nur erfüllt sind, wenn von der Aberkennung des Aufenthaltstitels unter keinen Umständen abgesehen werden kann.

Jedenfalls erfüllt sein können die zwingenden Gründe der öffentlichen/nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung in Fällen der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung, die ihrerseits den internationalen Terrorismus unterstützt. Dies lässt sich bereits aus dem 37. Erwägungsgrund der QRL ziehen. Welches der Schutzgüter dabei konkret verletzt wird, kann in praktischer Hinsicht dahinstehen. Die Entwicklung einer universellen Terrorismusdefinition gestaltet sich zwar weiterhin als schwierig, zumindest in der Europäischen Union kann aber auf eine einheitliche Begriffsbestimmung zurückgegriffen werden. In welchen Fällen die Unterstützung des Terrorismus die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 QRL erfüllt, hat der Europäische Gerichtshof im Urteil *T.* in Grundzügen geklärt, ohne dabei jedoch allzu konkret zu werden. Interessant war vor allem,

ob für eine Ausweisung eine konkrete und vom Flüchtling persönlich ausgehende Gefahr für die Schutzgüter erforderlich ist, was bisher von der deutschen Rechtsprechung für den § 54 Nr. 5 AufenthG a.F. verneint worden war. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist nicht so zu deuten, dass diese Sichtweise geändert werden muss.

3. Umsetzung in Deutschland

Es ist nunmehr zu untersuchen, wie sich die spezifischen unionsrechtlichen Anforderungen an die Ausweisung von Flüchtlingen im AufenthG niedergeschlagen haben.

Der erhöhte Ausweisungsschutz des § 53 Abs. 3 AufenthG erschöpft sich nicht in dem bereits beschriebenen Verbot generalpräventiver Erwägungen, sondern modifiziert die oben vorgestellten Voraussetzungen für eine „normale“ Ausweisung im Sinne des § 53 Abs. 1 AufenthG auch anderweitig. Um die Tragweite dieser Modifikationen zu verdeutlichen, lohnt sich zunächst ein genauerer Blick auf die verschiedenen Formulierungen in Abs. 1 und 3: Während Abs. 1 für die Gefahr auf den Aufenthalt des Ausländers abstellt, geht Abs. 3 anfangs auf das persönliche Verhalten ein, womit er das benannte Verbot generalpräventiver Ausweisungen statuiert. § 53 Abs. 1 AufenthG fordert sodann eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland, § 53 Abs. 3 AufenthG hingegen eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Zuletzt müssen nach Abs. 1 bei einer Abwägung zwischen den öffentlichen Ausreiseinteressen und den individuellen Bleibeinteressen erstere überwiegen, während nach Abs. 3 die Ausweisung für die Wahrung des Grundinteresses der Gesellschaft, das gefährdet ist, unerlässlich sein muss.

Damit werden die Anforderungen auf beiden Prüfungsstufen – also sowohl auf der Stufe der Gefahrenfeststellung als auch auf der Stufe der anschließenden Interessenabwägung – modifiziert. Eine Anhebung der Voraussetzungen erfolgt im Ergebnis aber nur auf der ersten Stufe.

a) Gegenwärtige und schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt

Auf der ersten Stufe muss das persönliche Verhalten eine gegenwärtige, schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Während das Erfordernis der gegenwärtigen, schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und/oder Ordnung in zahlreichen Regelungswerken der Europäischen Union Erwähnung findet³⁸⁹, ist der Zusatz, dass ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt sein muss, primär der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entnommen³⁹⁰.

aa) Eingrenzung der Schutzgüter

Im Vergleich zu den oben vorgestellten Grundsätzen des § 53 Abs. 1 AufenthG stellt sich zunächst wiederum die Frage, wie die Schutzgüter im Rahmen des Abs. 3 auszulegen sind.

(i) Ausweisungsanlass aus § 54 AufenthG

Cziersky-Reis zufolge ist hier der Rückgriff auf die Konkretisierungen des § 54 AufenthG ausgeschlossen; gleiches gilt seiner Meinung nach für die in § 55 AufenthG vertypen Bleibeinteressen³⁹¹. Stattdessen soll der § 53 Abs. 3 AufenthG wohl für sich stehen und nur durch die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs näher ausgeformt werden. Zwar geht *Cziersky-Reis* ohnehin nicht davon aus, dass § 54 AufenthG zur Konkretisierung der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG herangezogen werden könnte, sondern lediglich im Rahmen der Abwägung eine

³⁸⁹ Vgl. insbesondere Art. 12 Abs. 1 Daueraufenthalts-RL („gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit“), aber auch Art. 14 ARB 1/80 („Gründe[n] der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“), Art. 24 Abs. 1 QRL („zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“) und Art. 28 Abs. 2 UBRL („schwerwiegende[n] Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“).

³⁹⁰ So bereits EuGH, U. v. 27.10.1977, Rs. C-30/77, Rn. 35 – *Bouchereau*; fortgesetzt u.a. in U. v. 19.1.1999, Rs. C-348/96, Rn. 21 ff. – *Calfa* sowie U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08, Rn. 82 – *Ziebell*. Inzwischen aber auch ausdrücklich Art. 27 Abs. 2 S. 3 UBRL.

³⁹¹ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 37. Dem folgen ohne nähere Auseinandersetzung *S. Fontana*, Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, in: NVwZ 2016, S. 735 (738) sowie wohl auch *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 302.

Rolle spielt. Auch ganz allgemein erschließen sich die Gründe seiner Aussage allerdings nicht: Die Gesetzesbegründung beschränkt sich zur Frage, wie eine Ausweisung im Rahmen von Abs. 3 zu prüfen ist, auf die Aussage, dass „auch im Rahmen des Absatzes 3 – mit dem genannten geänderten Maßstab – eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Absatz 1 vorzunehmen“ sei³⁹². Auch Unionsrecht verbietet den Rückgriff auf die Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG nicht: Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht den Mitgliedsstaaten, wie oben beschrieben³⁹³, bei der Ausformung der unionsrechtlichen Schutzgüter der öffentlichen/nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu³⁹⁴; dementsprechend kann das Unionsrecht auch Konkretisierungen wie in § 54 AufenthG nicht entgegenstehen. Es besteht an dieser Stelle somit schlicht kein Grund dafür, bei einer Ausweisung im Anwendungsbereich § 53 Abs. 3 AufenthG von den zu § 53 Abs. 1 AufenthG erarbeiteten Grundsätzen abzuweichen³⁹⁵. Dies gilt insbesondere, da ja die Konkretisierung der Schutzgüter durch § 54 AufenthG auch eine Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Gefahren mit sich bringt und somit kein Rechtsnachteil für den betroffenen Ausländer entsteht, sondern im Gegenteil an Rechtssicherheit gewonnen wird³⁹⁶. Im Ergebnis ist damit auch im Rahmen von § 53 Abs. 3 AufenthG bei der Feststellung der gegenwärtigen, erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu prüfen, ob eine der Fallgruppen des § 54 AufenthG vorliegt.

Das soll aber nicht bedeuten, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung Verfolgter gem. § 53 Abs. 3 AufenthG in jeglicher Hinsicht genauso erfolgt wie bei „gewöhnlichen“ Ausländern gem. Abs. 1. Denn im Rahmen von Abs. 3 ist den unionsrechtlichen Bestimmungen in Gestalt der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof Rechnung zu tragen, weshalb auch die

³⁹² BT-Drs. 18/4097, S. 50.

³⁹³ § 4-C.-III.-2.-b)-aa).

³⁹⁴ Vgl. nur EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 23 – I. m.w.N.

³⁹⁵ So auch, unter ausdrücklicher Ablehnung der von *Cziersky-Reis* geäußerten Ansicht, VGH BW, U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 29; B. v. 26.9.2016 – 11 S 1413/16 – Rn. 15 sowie *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419. I.E. auch – ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Fragestellung, BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 27 ff.

³⁹⁶ VGH BW, U. v. 2.3.2016 – 11 S 1389/15 – Rn. 29; *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419. Siehe näher oben, § 4-B.-II.-3.-aa).

Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht wie in Abs. 1 ausgelegt werden können, obwohl doch die gleichen Begriffe verwendet werden³⁹⁷. Die als Konkretisierung des § 53 Abs. 1 AufenthG erlassenen typisierten Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG können somit zwar auch im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 AufenthG den Anlass einer Ausweisung bilden, jedoch determiniert ihr Vorliegen noch nicht die mögliche³⁹⁸ Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im unionsrechtlichen Sinne. Stattdessen muss sich an die Feststellung eines Ausweisungsanlasses aus § 54 AufenthG stets die Frage anschließen, ob im konkreten Fall auch eine gegenwärtige, schwerwiegende Gefahr für die Schutzgüter im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorliegt. Eine Regelvermutung wie in § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. ist gerade nicht mehr vorgesehen³⁹⁹.

Problematisch an dieser Vorgehensweise mag sein, dass sie sich vom Laien aus dem bloßen Gesetzestext nicht herleiten lässt, was insbesondere an der unterschiedlichen Bedeutung der (identischen) Begrifflichkeiten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Abs. 1 und 3 liegt. Dieses Problem kann man dem Gesetzgeber an dieser Stelle allerdings kaum vorhalten. Er steht vor dem Dilemma, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowohl dem nationalen als auch dem europäischen Recht bekannt sind, dabei aber verschieden ausgelegt werden. Die Verwendung anderer Begriffe hätte ebenfalls nur Verwirrung hervorgerufen, sodass dem Gesetzgeber ein wenig die Hände gebunden sind. Allenfalls hätte man den Abs. 3 mit einem Zusatz wie „im Sinne des Unionsrechts“ versehen können, was aber wiederum die Lesbarkeit verschlechtert hätte.

(ii) Rückgriff auf die Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F.

In welchen Fällen die (unionsrechtliche) öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet ist, gibt der Europäische Gerichtshof, wie aufgezeigt, nur sehr abstrakt vor. Es ist aber daran zu erinnern, dass die Voraussetzung der Berührung eines

³⁹⁷ VGH BW, U. v. 4.5.2011 – 11 S 207/11 – Rn. 50.

³⁹⁸ In jedem Fall ist noch eine individuelle Gefahrenprognose erforderlich, siehe dazu sogleich.

³⁹⁹ Nach § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. war von den für eine Ausweisung Verfolgter vorausgesetzten schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung *in der Regel* in den Fällen der §§ 53 und 54 Nr. 5 bis 5b und 7 auszugehen.

„Grundinteresses der Gesellschaft“ kein eigenständiges Merkmal ist, sondern nur dazu verwendet wurde, um den Begriff der öffentlichen Ordnung einzugrenzen⁴⁰⁰. Der Wortlaut des § 53 Abs. 3 AufenthG erweckt hier einen anderen Eindruck.

Zur Auslegung und insbesondere Eingrenzung der Merkmale kann auf die (nationale) Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F. zurückgegriffen werden, wonach Ausländer mit besonderem Ausweisungsschutz nur aus „schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ ausgewiesen werden konnten⁴⁰¹. Die Formulierung in § 53 Abs. 3 AufenthG n.F. mag sich zwar geändert haben, dies allerdings hauptsächlich, um eine Angleichung an die Wortwahl des Europäischen Gerichtshofs zu erreichen; dass damit eine inhaltliche Änderung bezweckt war, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen⁴⁰². Außerdem sind die Anforderungen des Unionsrechts – insbesondere also die Voraussetzung der schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, inklusive des Merkmals des „Grundinteresses der Gesellschaft“ – nichts Neues, sondern betrafen den § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F. bereits genauso. Die „schwerwiegenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ lagen nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn das öffentliche Interesse an der Bewahrung der Sicherheit und Ordnung im Vergleich zu dem vom Gesetz vorgesehen Schutz von Asylberechtigten und Flüchtlingen ein deutliches Übergewicht hatte⁴⁰³. Einen schwerwiegenden Ausweisungsgrund konnten daher Fälle mittlerer und schwerer Kriminalität, insbesondere schwere Gewalttaten, darstellen, nicht jedoch die mehr lästigen als gefährlichen oder schädlichen Unkorrektheiten des Alltags, Ordnungswidrigkeiten, Bagatellkriminalität und ganz allgemein die minder bedeutsamen Verstöße gegen Strafgesetze⁴⁰⁴. Entscheidend sind dabei die Umstände des Einzelfalls; hat der Ausländer Straftaten begangen, kommt es insbesondere auf deren Art, Schwere und Häufigkeit an⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Insofern etwas konfus *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 154 ff. (2016), der dies nicht deutlich macht, aber auch keine klaren Kriterien für die Abgrenzung der einzelnen Merkmale entwickelt.

⁴⁰¹ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 157 (2016).

⁴⁰² So auch *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 134, 148 (2016).

⁴⁰³ BVerwGE 81, 155 (158 f.); 101, 247 (253); U. v. 13.1.2009 – 1 C 2/08 – Rn. 14.

⁴⁰⁴ BVerwGE 42, 133 (138); 62, 215 (221); 81, 155 (159); VGH BW, B. v. 17.9.1992 – 11 S 1704/92 – Rn. 6. Eine ausführliche Aufzählung von Fällen, in denen die Rspr. die schwerwiegenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bejaht bzw. verneint hat, findet sich bei *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 160 ff. (2016).

⁴⁰⁵ BVerwG, U. v. 13.8.1984 – 1 C 91/79 – Rn. 14.

Im Hinblick auf die betroffenen Schutzgüter wirkt sich der erhöhte Ausweisungsschutz des § 53 Abs. 3 AufenthG somit zunächst dergestalt aus, dass dem Ausweisungsanlass ein besonderes Gewicht zukommen muss⁴⁰⁶. Es reichen also nicht alle Gefährdungslagen, die eine „gewöhnliche“ Ausweisung gem. § 53 Abs. 1 AufenthG rechtfertigen können, auch für eine Ausweisung von Asylberechtigten oder Flüchtlingen aus.

bb) Gefahrenprognose

Wenn § 53 Abs. 3 AufenthG das Bestehen einer gegenwärtigen, schwerwiegenden Gefahr voraussetzt, ist damit die Erstellung einer Gefahrenprognose über das zukünftige Verhalten des betreffenden Ausländers verbunden. Wiederum stellt sich die Frage, ob diese anderen Anforderungen unterliegt als die auch für Abs. 1 erforderliche Prognose.

(i) Der Ausdruck der gegenwärtigen Gefahr als besondere Betonung einer individuellen Gefahrenprognose

Eine gegenwärtige Gefahr im Sinne des nationalen Polizei- und Ordnungsrechts⁴⁰⁷ kann jedenfalls nicht verlangt sein⁴⁰⁸. Diese verlangt nämlich eine besondere zeitliche Nähe des drohenden Schadensereignisses und liegt nur vor, wenn die Gefahr sich entweder bereits realisiert hat oder die Realisierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorsteht⁴⁰⁹. Würde man diese Anforderungen jedoch auch an eine Ausweisung stellen, so wäre diese in den seltensten Fällen zulässig, da die Verfahren sich oftmals lange hinziehen und für Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des

⁴⁰⁶ BVerwGE 81, 155 (159).

⁴⁰⁷ Eine gegenwärtige Gefahr verlangen z.B. § 16a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PolG NRW.

⁴⁰⁸ BVerwGE 121, 297 (305 f.); VGH BW, U. v. 4.5.2011 – 11 S 207/11 – Rn. 53; U. v. 10.2.2012 – 11 S 1361/11 – Rn. 78.

⁴⁰⁹ So auch die Legaldefinition in § 2 Nr. 1 lit. b des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Siehe außerdem *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 78 m.w.N.

Tatsachengerichts abzustellen ist⁴¹⁰. Die Ausweisung ist kein Instrument zur Abwehr unmittelbarer Gefahren, weshalb die zu erstellende Gefahrenprognose auch einen längeren Zeitraum in den Blick nehmen muss⁴¹¹. Auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist nicht zu entnehmen, dass die Schadensrealisierung unmittelbar bevorstehen müsste.

Stattdessen unterstreicht das Erfordernis der gegenwärtigen Gefahr das Verbot generalpräventiver Erwägungen sowie sonstiger Automatismen. So kann nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs allein der Umstand einer strafrechtlichen Verurteilung nicht automatisch zur Feststellung einer gegenwärtigen Gefahr führen⁴¹². Strafrechtliche Verurteilungen dürfen daher nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihnen zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung darstellt⁴¹³. Auch eine Regelvermutung wie noch in § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F., wonach in bestimmten Fällen von einer schwerwiegenden Gefahr im Sinne des § 53 Abs. 3 auszugehen ist, enthält das neue Ausweisungsrecht nicht. Dementsprechend ist für eine Ausweisung von Ausländern mit erhöhtem Ausweisungsschutz auf jeden Fall eine individuelle Gefahrenprognose erforderlich⁴¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob man bei Personen ohne besonderen Ausweisungsschutz davon ausgeht, dass § 54 AufenthG abstrakte Gefahrenlagen normiert oder lediglich eine Konkretisierung der Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG enthält⁴¹⁵. Dieser Streit stellt sich im Anwendungsbereich des Abs. 3 nicht.

⁴¹⁰ Das Argument findet sich auch bei *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 22. Grundlegend zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung BVerwGE 130, 20 (22 ff. Rn. 12 ff.).

⁴¹¹ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 155 (2016).

⁴¹² EuGH, U. v. 19.1.1999, Rs. C-348/96, Rn. 24 – *Calfa*; U. v. 29.4.2004, Rs. C-482/01 und C-493/01, Rn. 68 – *Orfanopoulos und Oliveri*; BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 15. Ausdrücklich auch Art. 27 Abs. 2 S. 2 UBRL. Das Verbot eines automatischen Rückschlusses von der Verurteilung auf eine Gefahrenlage gilt auch, wenn mehrere Verurteilungen vorliegen: EuGH, U. v. 4.10.2007, Rs. C-349/06, Rn. 36 – *Polat*.

⁴¹³ EuGH, U. v. 4.10.2007, Rs. C-349/06, Rn. 32 – *Polat* m.w.N. Vgl. auch EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 92 – *T*.

⁴¹⁴ Vgl. EuGH, U. v. 19.1.1999, Rs. C-348/96, Rn. 24 – *Calfa*; BVerwGE 121, 297 (304 ff.) zur Ausweisung von Unionsbürgern. Die Erforderlichkeit einer individuellen Gefahrenprognose bestand auch schon nach alter Rechtslage, sofern die Regelvermutung des § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. nicht eingriff, vgl. *I. Bauer* (Fn. 7), § 56 AufenthG Rn. 4.

⁴¹⁵ Siehe dazu oben, § 4-B.-II.-3.-b)-aa).

(ii) Differenzierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab auch bei besonderem Ausweisungsschutz

Ob bei der so zu erstellenden individuellen Gefahrenprognose wie bei „gewöhnlichen“ Ausweisungen nach § 53 Abs. 1 AufenthG ein differenzierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab angebracht ist, bei dem an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist⁴¹⁶, ist umstritten. Dem ist teilweise entgegengehalten worden, dass er mit Unionsrecht nicht zu vereinbaren sei⁴¹⁷: Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ließe sich eine solche Relativierung nicht entnehmen; im Gegenteil stünde sie im Widerspruch zu der vom Gerichtshof betonten engen Auslegung der Ausnahmevorschriften. Außerdem bewirke ein zu weit abgesenkter Wahrscheinlichkeitsmaßstab einen „Gefahrenexport“ zu Lasten anderer Unionsstaaten und damit einen Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 Abs. 3 EUV⁴¹⁸.

Der Meinungsstreit darf allerdings nicht überdramatisiert werden. Wenn, wie beschrieben, das Unionsrecht den automatischen Rückschluss von einer strafrechtlichen Verurteilung auf eine gegenwärtige Gefahr untersagt, dann darf unter § 53 Abs. 3 AufenthG die bloß entfernte Möglichkeit eines Schadeneintritts auch bei gewichtigen Rechtsgütern nicht für die Feststellung einer solchen Gefahr ausreichen. Ansonsten würde letztlich eben doch ein Automatismus eingeführt, da sich ansonsten im Falle schwerwiegender Rechtsgutsverletzungen wohl bei jeder strafrechtlichen Verurteilung auch eine Gefahr begründen ließe⁴¹⁹. Allerdings

⁴¹⁶ St. Rspr., u.a. BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 17; BVerwGE 143, 277 (282 f. Rn. 16); 144, 230 (237 Rn. 18).

⁴¹⁷ VGH BW, U. v. 4.5.2011 – 11 S 207/11 – Rn. 52 f.; U. v. 10.2.2012 – 11 S 1361/11 – Rn. 76 ff.; *Cziersky-Reis* (Fn. 16), Art. 14 ARB 1/80 Rn. 13, jeweils zu Art. 14 ARB 1/80. Stattdessen soll nach dieser Ansicht eine gegenwärtige, schwerwiegende Gefahr nur bestehen, wenn unter Berücksichtigung aller für und gegen den Betroffenen einzustellenden Gesichtspunkte bei einer wertenden Betrachtungsweise mehr dafür als dagegen spricht, dass der Schaden in einer überschaubaren Zeit eintreten wird.

⁴¹⁸ Dieses Argument ist allerdings recht weit hergeholt; insbesondere genießen Assoziationsberechtigte, wie der VGH BW (U. v. 10.2.2012, 11 S 1361/11 – Rn. 77) selbst zugibt, bereits keine Freizügigkeit innerhalb der EU, weshalb eine Ausweisung auch keinen „Gefahrenexport“ bedeutet. Selbiges gilt für Flüchtlinge und Asylberechtigte.

⁴¹⁹ Der VGH kritisiert insbesondere eben das Ausreichen einer nur entfernten Möglichkeit des Schadeneintritts; vgl. U. v. 4.5.2011 – 11 S 207/11 – Rn. 52; U. v. 10.2.2012, 11 S 1361/11 – Rn. 76.

vertritt dies – jedenfalls bei Personen, die besonderen Ausweisungsschutz genießen – auch das Bundesverwaltungsgericht⁴²⁰. Eine grenzenlose Relativierung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ist folglich nach beiden Ansichten für den hier interessierenden Fall der Ausweisung von Verfolgten nicht zulässig. Davon abgesehen ist gegen einen differenzierenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab allerdings nichts einzuwenden⁴²¹, entspringt diese Vorgehensweise doch letztlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und entspricht allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Grundsätzen⁴²². Ein differenzierter Wahrscheinlichkeitsmaßstab verstößt auch nicht – wie von der Gegenansicht behauptet – gegen Unionsrecht: Der Europäische Gerichtshof fordert zwar stets eine tatsächliche Gefährdungslage, die sich allgemein aus einer Neigung des Ausländers ergeben wird, sein Verhalten in Zukunft beizubehalten⁴²³. Er fordert allerdings nicht, dass die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beibehaltung in allen Fällen gleich sein muss⁴²⁴. Dafür spricht auch, dass man kaum behaupten können wird, das gesellschaftliche Grundinteresse beispielsweise am Schutz des Eigentums sei mit dem Interesse am Schutz von Leib und Leben identisch. Dementsprechend kann auch das Risiko der Begehung schwerer Gewalttaten geringer sein als das Risiko eines Diebstahls, um von einer Gefahr für ein solches Grundinteresse auszugehen⁴²⁵. Zuletzt ist mit Blick auf die Ausweisung stets daran zu denken, dass diese gerade bei Flüchtlingen noch nicht zur Entfernung des Ausländers aus dem Bundesgebiet führt, sondern vorerst „nur“ zum Erlöschen des Aufenthaltstitels. Daher ist es auch mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerechtfertigt, einen differenzierten Wahrscheinlichkeitsmaßstab anzuwenden.

⁴²⁰ So bereits BVerwGE 81, 155 (159 f.); 101, 247 (253). Aus jüngerer Vergangenheit BVerwGE 143, 277 (283 Rn. 16); 144, 230 (237 Rn. 18) sowie BVerwG, U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 16. A.A. allerdings für den Fall einer „gewöhnlichen“ Ausweisung noch BVerwG, B. v. 17.10.1984 – 1 B 61/84 – Rn. 6.

⁴²¹ So auch Hess. VGH, B. v. 5.2.2016 – 9 B 16/16 – Rn. 8; Bay. VGH, U. v. 8.3.2016 – 10 B 15.180 – Rn. 31; *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 156 (2016). Inzwischen hat wohl auch der VGH BW diese Position übernommen; vgl. B. v. 26.9.2016 – 11 S 1413/16 – Rn. 44.

⁴²² BVerwGE 143, 277 (283 Rn. 16); 144, 230 (237 Rn. 18). Vgl. auch *Schenke*, Polizeirecht (Fn. 98), Rn. 77 m.w.N. Die Grundlagen des differenzierten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs zieht i.Ü. auch der VGH BW heran, um den bereits gesetzlich abgesenkten Gefahrenmaßstab des § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bei terroristischen Gefahren zu rechtfertigen: U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 85.

⁴²³ EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 30 – I.

⁴²⁴ *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 43 (2013).

⁴²⁵ *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 43 f. (2013).

(iii) Keine Bindung an Aussetzungsentscheidungen

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts führt außerdem auch der unionsrechtliche Prognosemaßstab nicht dazu, dass die Ausländerbehörden an eine Aussetzung des Strafrestes gem. § 57 StGB gebunden wären⁴²⁶. Enger hatte dies im Anwendungsbereich des besonderen Ausweisungsschutzes wiederum der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg gesehen: Seiner Ansicht nach gehe von der Aussetzungsentscheidung zwar ebenfalls keine absolute Bindungswirkung, aber doch zumindest eine Regelvermutung aus, von der nur abgewichen dürfe, wenn sich die Entscheidung als offenkundig falsch erweise oder aufgrund aktueller Entwicklungen überholt sei⁴²⁷. Begründet hatte der Verwaltungsgerichtshof seine Meinung insbesondere damit, dass es widersprüchlich sei, dem Ausländer einerseits zur Ermöglichung seiner Resozialisierung ein Leben in Freiheit zu ermöglichen, gleichzeitig aber davon auszugehen, dass ein gesellschaftliches Grundinteresse gegenwärtig derart gefährdet sei, dass eine Ausweisung erforderlich erscheine.

Wenngleich diese Argumentation zunächst durchaus schlüssig wirkt, ist das Bundesverwaltungsgericht ihr mit ebenso guten Gründen nicht gefolgt. Denn die Aussetzungsentscheidung nach § 57 StGB und die Ausweisung verfolgen andere Zielsetzungen: Während für erstere der Gedanke der Resozialisierung im Vordergrund steht⁴²⁸, zielt die Ausweisung auf den Schutz der Allgemeinheit⁴²⁹. Mit anderen Worten: Bei § 57 StGB geht es um die Frage, wie der Täter am effektivsten wieder in die Gesellschaft eingegliedert werden kann, bei der Ausweisung geht es um die Frage, wie diese Gesellschaft effektiv geschützt werden kann. Die für eine Ausweisung erforderliche Prognoseentscheidung hat außerdem einen längeren Zeitraum zu begutachten und bezieht sich nicht nur auf den verbleibenden Rest der Freiheitsstrafe⁴³⁰. Dementsprechend sind unterschiedliche Ergebnisse möglich, was gegen eine faktische Bindungswirkung der Ausset-

⁴²⁶ BVerwG, U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 23; U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 18 ff.

⁴²⁷ VGH BW, U. v. 7.3.2012 – 11 S 3269/11 – Rn. 55; U. v. 26.10.2012 – 11 S 278/12 – Rn. 48. Diese Meinung vertritt auch *Cziersky-Reis* (Fn. 16), Art. 14 ARB 1/80 Rn. 16.

⁴²⁸ Vgl. dazu *W. Stree/J. Kinzig*, in: A. Schönke/H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, 29. Aufl. 2014, § 57 Rn. 10 f. m.w.N. Zu den Voraussetzungen einer Strafaussetzung nach § 57 Abs. 1 StGB Rn. 14 f.

⁴²⁹ BVerwG, U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 20 f.

⁴³⁰ BVerwG, U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 20; Bay. VGH, U. v. 8.3.2016 – 10 B 15.180 – Rn. 34.

zungsentscheidung spricht. Dem steht auch nicht das vom Europäischen Gerichtshof aufgestellte Merkmal des gefährdeten Grundinteresses der Gesellschaft entgegen. Wie bereits mehrfach betont, ist dieses Merkmal entworfen worden, um das Schutzgut der öffentlichen Ordnung einzugrenzen. Folglich geht es im Rahmen von § 53 Abs. 3 AufenthG auch lediglich um das Grundinteresse am Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung – das „Grundinteresse“ ist also ebenfalls ausweisungsspezifisch zu bestimmen und muss sich nicht zwingend am Erfolg einer Resozialisierung orientieren⁴³¹. Schließlich hat auch der Europäische Gerichtshof es bisher unterlassen, dem Erfolg der Resozialisierung bei der Überprüfung einer Ausweisung Vorrang einzuräumen, obwohl er dazu Gelegenheit hatte⁴³². Die Integration des Ausländers in den Aufnahmestaat hat der Gerichtshof lediglich als einen von vielen Abwägungsfaktoren angesehen und bei einer möglichen Integration nicht bereits von vornherein die Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses verneint⁴³³.

Es bleibt somit dabei, dass von einer Aussetzungsentscheidung gem. § 57 StGB zwar eine Indizwirkung ausgeht, die Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte demgegenüber aber eine eigene, gegebenenfalls abweichende Gefahrenprognose erstellen müssen. Die Indizwirkung darf gleichwohl nicht unterschätzt werden: Wird dem Ausländer erlaubt, den Rest einer Freiheitsstrafe in Freiheit zu verbüßen, spricht das grundsätzlich dagegen, dass von ihm eine gegenwärtige, erhebliche Gefahr ausgeht. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts darf somit von den Ausländerbehörden nicht als Freifahrtschein missverstanden werden⁴³⁴.

Zusammenfassend unterliegt die zu erstellende individuelle Gefahrenprognose somit nach der hier vertretenen Ansicht im Wesentlichen den gleichen Anforderungen wie bei Ausländern, die nicht in den Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3

⁴³¹ Ähnlich *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 46 (2013): „Die Annahme eines gesellschaftlichen ‚Grundinteresses‘ an der Aufenthaltsbeendigung folgt anderen normativen Vorgaben als die Aussetzung einer Reststrafe nach § 57 Abs. 1 und 2 StGB“.

⁴³² BVerwG, U. v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – Rn. 21 unter Verweis auf EuGH, U. v. 29.4.2004, Rs. C-482/01 und 493/01 – *Orfanopoulos und Oliveri* sowie U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08 – *Ziebell*.

⁴³³ EuGH, U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08, Rn. 85 – *Ziebell*.

⁴³⁴ Dies mahnen auch *Pfaff/Otto-Hanschmann*, Konsequenzen (Fn. 116), § 34 Rn. 24 an.

AufenthG fallen⁴³⁵. Die Prognose muss sich bei Personen mit erhöhtem Ausweisungsschutz allerdings natürlich wiederum darauf beziehen, ob der Ausländer in Zukunft eine schwerwiegende Gefahr im Sinne des Unionsrechts darstellen wird.

b) Unerlässlichkeit der Ausweisung für die Wahrung des gesellschaftlichen Grundinteresses

Auch die Ausweisung von Ausländern, die den besonderen Schutz des § 53 Abs. 3 AufenthG genießen, ist auf der zweiten Prüfungsstufe von einer ergebnisoffenen Abwägung abhängig. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Ermächtigungsgrundlage der Ausweisung weiterhin § 53 Abs. 1 AufenthG ist und Abs. 3 insofern nur zusätzliche Anforderungen enthält⁴³⁶. Die zusätzliche Anforderung besteht an dieser Stelle dem Wortlaut nach darin, dass die Ausweisung „unerlässlich“ für die Wahrung des gesellschaftlichen Grundinteresses sein muss, d.h. unerlässlich für die Abwehr der vom Ausländer ausgehenden Gefahr. Das Kriterium der Unerlässlichkeit kann erst im Rahmen der Abwägung – und nicht bereits auf der ersten Prüfungsstufe – relevant werden, da es gewissermaßen die Frage betrifft, mit welchen Mittel die zuvor festgestellte Gefahr bekämpft werden soll, und nicht bereits das Bestehen einer Gefahr selbst.

Inhaltlich ist allerdings zunächst unklar, was der Europäische Gerichtshof mit der Voraussetzung der Unerlässlichkeit gemeint hat. Aufgestellt hat er sie in der Rechtssache *Ziebell*⁴³⁷; dort wird die Unerlässlichkeit indes erst in der konkreten Antwort auf die Vorlagenfrage erwähnt, ohne dass der Gerichtshof seine Formulierung in den vorstehenden Ausführungen näher erläutert hätte⁴³⁸. Vom reinen Wortlaut her könnte man meinen, dass „unerlässlich“ enger ist als „verhältnismäßig“ und daher die Abwägung im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 Auf-

⁴³⁵ Eine andere Beurteilung ergibt sich, wenn man davon ausgeht, dass von einer Gefahr i.S.d. § 53 Abs. 1 AufenthG bei Vorliegen eines Ausweisungsinteresses nach § 54 AufenthG ohne Weiteres ausgegangen werden kann (zu den Vertretern dieser Ansicht s.o., § 4-B.-II.-3.-b)-aa)). Eine solche Vorgehensweise verbietet sich im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 AufenthG nach allen Ansichten, sodass dort in jedem Fall eine *individuelle* Gefahrenprognose erforderlich ist.

⁴³⁶ Auf das Erfordernis der Abwägung geht auch BT-Drs. 18/4097, S. 50 ein. Vgl. außerdem VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 141 sowie *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 169 ff. (2016).

⁴³⁷ EuGH, U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08, Rn. 86 – *Ziebell*.

⁴³⁸ Dies erkennt auch VGH BW, U. v. 10.2.2012 – 11 S 1361/11 – Rn. 73.

enthG auch höheren Anforderungen unterliegt als bei der Ausweisung „gewöhnlicher“ Ausländer. Eine solche Sichtweise wird aber bisher, soweit ersichtlich, einstimmig abgelehnt. Stattdessen wird angenommen, der Europäische Gerichtshof habe lediglich die ohnehin gängigen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und insbesondere der Erforderlichkeit betonen wollen⁴³⁹. Dem ist zuzustimmen. Hätte der Europäische Gerichtshof das Ziel gehabt, mit dem Kriterium der Unerlässlichkeit eine neue, zuvor unbekannte Voraussetzung zu erschaffen, hätte er dies näher ausgeführt. Außerdem ist eine solche Auslegung auch vom Wortsinne noch erfasst: Wenn die Maßnahme zur Wahrung des Grundinteresses unerlässlich sein muss, bedeutet dies, dass alle weniger einschneidenden Mittel zur Abwehr Gefahr jedenfalls *nicht in gleichem Maße* geeignet sind. Damit ist dann jedoch nichts Anderes angesprochen als das zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehörende Merkmal der Erforderlichkeit. Das Kriterium der Unerlässlichkeit hat für die nach § 53 Abs. 1 AufenthG erforderliche Abwägung der öffentlichen Ausweisungs- mit den privaten Bleibeinteressen also keinen veränderten Maßstab zur Folge⁴⁴⁰. Man kann in seiner Aufstellung indes die „Umsetzung“ des Merkmals „zwingend“ aus Art. 24 Abs. 1 QRL sehen⁴⁴¹.

Somit sind auch im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 AufenthG die nach §§ 54, 55 AufenthG bestehenden Ausweisungs- und Bleibeinteressen zu ermitteln, sodann unter Zugrundelegung des § 53 Abs. 2 AufenthG – und gegebenenfalls unter Korrektur der gesetzlichen Wertungen in §§ 54, 55 AufenthG – sämtliche (sonstige) Umstände des Einzelfalles hinzuzuziehen, um schließlich unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur eigentlichen ergebnisoffenen Abwägung zu gelangen. Dabei ist zwar einerseits zu berücksichtigen, dass dem Verfolgten in seinem Heimatstaat schwerwiegende Eingriffe für gewichtige

⁴³⁹ VGH BW, U. v. 10.2.2012 – 11 S 1361/11 – Rn. 73; U. v. 26.10.2012 – 11 S 278/12 – Rn. 48; BVerwGE 143, 277 (287 Rn. 21); VG Düsseldorf, U. v. 11.2.2016 – 8 K 1493/1 – Rn. 62; Dienelt (Fn. 326), Art. 14 ARB 1/80 Rn. 42; Hailbronner (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 172 (2016).

⁴⁴⁰ Insofern ungenau (wenn nicht falsch) BT-Drs. 18/4097, S. 50, wonach bei § 53 Abs. 3 AufenthG eine Abwägung „mit dem genannten geänderten Maßstab“ vorzunehmen sei. Auch hier wird der „geänderte Maßstab“ allerdings nicht näher erläutert.

⁴⁴¹ Darin ist nach richtiger Auffassung, wie erläutert, ebenfalls lediglich eine Betonung der Erforderlichkeit zu sehen (s.o., § 4-C.-III.-2.-b)-aa)-(iii)). Eine Umsetzung im eigentlichen Sinne liegt indes nicht vor, schließlich ergibt sich die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Ausweisung bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit unabhängig von Art. 24 Abs. 1 QRL.

Rechtsgüter drohen⁴⁴². Aufgrund der kaum zu realisierbaren Ausreise in einen Drittstaat ist die Festlegung auf die Situation im Heimatstaat nämlich schon in der Abwägung über die Ausweisung möglich, auch wenn ein Abschiebezielstaat erst in der Abschiebungsanordnung bestimmt wird⁴⁴³. Andererseits steht auf dieser Prüfungsstufe bereits fest, dass vom Ausländer selbst ebenfalls eine erhöhte Gefahr ausgeht, die sogar den heraufgesetzten unionsrechtlichen Anforderungen genügt, sodass auch ein starkes öffentliches Interesse an der Ausweisung besteht⁴⁴⁴. Des Weiteren ist zu beachten, dass aufgrund der Abschiebungsverbote des § 60 AufenthG oftmals überhaupt keine Verbringung in den Heimatstaat – und mangels Aufnahmebereitschaft auch in keinen anderen Staat – erfolgen wird, sodass der ausgewiesene Flüchtling oder Asylberechtigte eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG erhält. In einem solchen Fall wiegen sowohl die tatsächlichen Folgen für die Familie des Ausgewiesenen als auch seine etwaige, mit der Verfolgung einhergehende Entwurzelung aus dem Heimatstaat weniger schwer, was zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme führen kann⁴⁴⁵. Im Endeffekt kommt es hier – wie stets bei der Abwägung – auf den Einzelfall an.

Insgesamt ergeben sich somit aus dem Status als Flüchtling oder Asylberechtigter zwar auch im Rahmen der Abwägung einige Besonderheiten und typische Interessenkonflikte, die es zu berücksichtigen gilt. Unterschiede allgemeiner Art können im Vergleich zu der „gewöhnlichen“ Ausweisung nach § 53 Abs. 1 AufenthG indes nicht ausgemacht werden⁴⁴⁶.

c) Vergleich der vertypen Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG den mit unionsrechtlichen Anforderungen

Gerade vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Mitgliedsstaaten einen gewissen Spielraum bei der Festlegung

⁴⁴² Die Einbeziehung ergibt sich bereits aus § 53 Abs. 2 AufenthG, wonach alle Umstände des Einzelfalles zu beachten sind. Dass der Status als Flüchtling oder Asylberechtigter nicht noch speziell in den Katalog des § 55 AufenthG aufgenommen wurde, spielt keine Rolle. Der besondere Ausweisungsschutz für Verfolgte ist somit mit der Feststellung der schwerwiegenden Gefahr – also mit Bejahung der ersten Prüfungsstufe – nicht „verbraucht“.

⁴⁴³ BVerwGE 78, 285 (291 ff.).

⁴⁴⁴ Vgl. *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 169, 175 (2016).

⁴⁴⁵ VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 144 ff. Siehe zum Verhältnis von Ausweisung und Abschiebungsverböten näher oben, § 4-C.-II.

⁴⁴⁶ Vgl. VGH BW, B. v. 11.4.2016 – 11 S 393/16 – Rn. 41.

der zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung (Art. 24 Abs. 1 QRL) haben, bietet § 53 Abs. 3 AufenthG mit seinem offenen Wortlaut grundsätzlich alle Gewähr dafür, dass die Vorgaben des Unionsrechts auch richtig ins nationale Recht implementiert werden⁴⁴⁷. Allerdings wurde bereits erläutert, dass auch im Anwendungsbereich des erhöhten Ausweisungsschutzes ein Rückgriff auf die typisierten Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG nicht *per se* ausgeschlossen ist und diese damit als Ausweisungsanlass herangezogen werden können. An die Feststellung eines solchen Ausweisungsanlasses muss sich dann jedoch die Prüfung anschließen, ob auch im konkreten Fall die erhöhte unionsrechtliche Gefahrenschwelle erreicht ist. Somit gelangt man zu der Frage, welche der in § 54 AufenthG normierten Ausweisungsanlässe – unter dem Vorbehalt des Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen – auch tatsächlich geeignet sind, um eine Ausweisung im Rahmen des § 53 Abs. 3 AufenthG zu rechtfertigen. Eben weil es auf den Einzelfall ankommt, sind pauschale Aussagen in dieser Hinsicht zwar schwierig⁴⁴⁸, anhand der bisher ergangenen Rechtsprechung, auch zum alten Ausweisungsrecht, lassen sich jedoch Richtlinien aufzeigen, an denen sich die Rechtspraxis orientieren kann. Statt der in § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. noch vorgesehenen Regelvermutung kann dabei auf die gesetzliche Unterteilung in schwerwiegende und besonders schwerwiegende Ausweisungsinteressen zurückgegriffen werden⁴⁴⁹.

aa) Besonders schwerwiegende Ausweisungsinteressen

So begegnet es größtenteils keinen Bedenken, in den Fallkonstellationen des § 54 Abs. 1 AufenthG, in denen ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse vorliegen soll, auch von der Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses auszugehen. In den Nr. 2-5 geht es dabei um das Grundinteresse an einem sicheren und friedlichen Zusammenleben verschiedener Bevölkerungsgruppen⁴⁵⁰ sowie um den Erhalt der in Deutschland auch durch die Verfassung garantierten Werte⁴⁵¹. *Marx* zufolge erfordert die Ausweisung assoziationsberechtigter Türken – die wie Verfolgte in den Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3

⁴⁴⁷ Vgl. *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 168 (2016).

⁴⁴⁸ Vgl. *Thym*, Stellungnahme (Fn. 170), S. 5.

⁴⁴⁹ Vgl. *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 159, 168 (2016).

⁴⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 51.

⁴⁵¹ Terroristische Gefahren, wie von § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfasst, können bereits gem. Erwägungsgrund 37 der QRL unter die zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung fallen und damit ein gesellschaftliches Grundinteresse

AufenthG fallen – jedoch in jedem Fall eine vorherige strafrechtliche Verurteilung, was bei den Nr. 2-5 gerade nicht vorausgesetzt ist und somit ihrer Geeignetheit als Ausweisungsanlass widersprechen würde⁴⁵². Dem ist allerdings bereits entgegenzuhalten, dass die Ausweisung ordnungsrechtlichen Charakter hat und damit nicht unmittelbar an strafrechtliche Beurteilung anknüpfen muss⁴⁵³. Des Weiteren ist auch die Annahme von *Marx*, die Ausweisung von Unionsbürgern erfordere gem. § 6 Abs. 2 FreizügG/EU eine strafrechtliche Verurteilung, weshalb selbiges für Assoziationsberechtigte gelten müsse⁴⁵⁴, unzutreffend: § 6 Abs. 2 FreizügG/EU regelt lediglich, welche Konsequenzen eine strafrechtliche Verurteilung auf die Beurteilung der Wiederholungsgefahr hat, setzt eine solche aber nicht zwingend als Bedingung für eine Ausweisung voraus.

Davon abgesehen werden Ausweisungen von Personen mit erhöhtem Ausweisungsschutz in der ausländerrechtlichen Praxis gleichwohl – soweit ersichtlich – nahezu ausschließlich auf strafrechtliche Verurteilungen gestützt. Welche Arten von Straftaten ausreichen, um den unionsrechtlichen Anforderungen an das gesellschaftliche Grundinteresse zu genügen, lässt sich dabei nicht allgemein feststellen. Stattdessen sind die Art, Schwere und Häufigkeit der Begehung heranzuziehen, um zu beurteilen, ob in Zukunft – in diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine strafrechtliche Verurteilung allein noch nicht zur Ausweisung führen kann⁴⁵⁵ – eine hinreichend schwere Gefährdung besteht⁴⁵⁶. Wird ein Ausländer aber zu einer mindestens zweijährigen Freiheits- oder Jugendstrafe verurteilt (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), so wird man daraus in den meisten Fällen schließen können, dass die Allgemeinheit in einem solchen Maße gefährdet ist, dass auch ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt ist.

Problematisch ist allerdings, dass durch die Neuregelungen des Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten

berühren, vgl. EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 79 f. – *T*. Dazu auch VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 122 ff.

⁴⁵² *Marx*, Reform (Fn. 161), S. 251 f.

⁴⁵³ Vgl. insofern zur Rechtfertigung des abgesenkten Beweismaßstabs in § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aufgrund der Schwere terroristischer Gefahren BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16 – Rn. 35.

⁴⁵⁴ *Marx*, Reform (Fn. 161), S. 251.

⁴⁵⁵ EuGH, U. v. 19.1.1999, Rs. C-348/96, Rn. 24 – *Calfa*; U. v. 29.4.2004, Rs. C-482/01 und C-493/01, Rn. 68 – *Orfanopoulos und Oliveri*; BVerwG, U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 15. Ausdrücklich auch Art. 27 Abs. 2 S. 2 UBRL.

⁴⁵⁶ BVerwGE 106, 351 (357); Bay. VGH, B. v. 13.5.2016 – 10 ZB 15.492 – Rn. 15.

Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016⁴⁵⁷ nunmehr unter § 54 Abs. 1 Nr. 1, 1a AufenthG auch eine Bewährungsstrafe (§ 56 StGB bzw. § 21 JGG) ausreicht, um ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse auszulösen⁴⁵⁸. Die Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 StGB setzt jedoch eine Prognose voraus, dass der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs gerade keine Straftaten mehr begehen wird (Abs. 1); bei einer Verurteilung zu zwei Jahren müssen darüberhinausgehend besondere Umstände vorliegen (Abs. 2). § 56 verlangt mit diesen Maßstäben eine strengere Prognose als § 57 StGB, wo bereits durch den Strafvollzug auf den Straftäter eingewirkt wurde, und erfordert damit auch ein höheres Maß an Sicherheit für die Allgemeinheit⁴⁵⁹. Wenn aber die vom Ausländer ausgehende Gefahr als so gering eingeschätzt wird, dass diese Prognose dennoch zu seinen Gunsten ausfällt, dann spricht dies in der Regel – wie auch die Rechtsprechung anerkennt – bereits gegen das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, erst recht aber gegen die Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft⁴⁶⁰. Wird also lediglich eine Bewährungsstrafe verhängt, so spricht dies – unabhängig davon, ob man von einer Bindungswirkung der strafrechtlichen Aussetzungsentcheidung auch für die Ausländerbehörden ausgeht⁴⁶¹ – auch gegen die Möglichkeit der Ausweisung eines Flüchtlings oder Asylberechtigten gem. § 53 Abs. 1, 3 AufenthG. Selbiges gilt dann selbstredend und umso mehr für das

⁴⁵⁷ BGBl. I S. 394.

⁴⁵⁸ BT-Drs. 18/7537, S. 7. Zuvor kam eine Strafaussetzung im Falle des (auch erst seit 1.1.2016 geltenden) § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG a.F. nicht in Betracht, da dieser eine Freiheitsstrafe von *mehr* als zwei Jahren forderte, § 56 Abs. 2 S. 1 StGB sowie § 21 Abs. 2 JGG eine Strafaussetzung jedoch nur ermöglichen, wenn die Freiheitsstrafe zwei Jahre *nicht übersteigt*. Dass für § 54 Abs. 1 Nr. 1, 1a, Abs. 2 Nr. 1, 1a AufenthG eine Bewährungsstrafe ausreicht, ergibt sich bereits durch den Vergleich mit § 54 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.

⁴⁵⁹ *Stree/Kinzig*, StGB (Fn. 428), § 57 Rn. 10; *M. Heger*, in: K. Lackner/K. Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 57 Rn. 8.

⁴⁶⁰ Vgl. BVerwGE 57, 61 (67); BVerwG, U. v. 13.8.1984 – 1 C 91/79 – Rn. 16; *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 45 (2013). Zu Bewährungsstrafen im Jugendstrafrecht vgl. *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 298.

⁴⁶¹ So wohl *Huber/Göbel-Zimmermann*, Asylrecht (Fn. 8), Rn. 1461; *Dienelt* (Fn. 326), § 6 FreizügG/EU Rn. 26, jeweils zu § 6 FreizügG/EU.

besonders schwerwiegende Ausweisungsinteresse des § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG, in dessen Rahmen bereits die Verurteilung zu einer einjährigen (Bewährungs-)Strafe ausreicht⁴⁶².

Das vertyppte Ausweisungsinteresse des § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG ist darüber hinaus im Hinblick auf die unionsrechtlichen Anforderungen auch unter anderen Gesichtspunkten jedenfalls kritisch zu sehen – ganz davon abgesehen, dass es sich systematisch nur schlecht in die Vorschrift des § 54 AufenthG einfügt und auch in sich selbst unstimmig ist⁴⁶³. Drohen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung, sind so bedeutende Schutzgüter (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen, dass sich auch die Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses bejahen lässt⁴⁶⁴. Auch in der Vergangenheit hat die Rechtsprechung schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (§ 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F.) insbesondere bei Gewalttaten angenommen⁴⁶⁵ und behält dies auch unter der Geltung des neuen Ausweisungsrechts bei⁴⁶⁶. Dagegen ist fraglich, ob man auch bei der Verurteilung wegen Eigentumsdelikten – und seien diese auch „serienmäßig“ oder mit „List“ begangen – auf eine schwerwiegende Gefahr im Sinne des Unionsrechts schließen kann⁴⁶⁷; insbesondere, wenn jeweils nur kleinere Diebstähle begangen wurden.

⁴⁶² Von einer Wertungswidersprüchlichkeit gehen auch *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 298 f. aus.

⁴⁶³ Zutreffend *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 417 f., die die Bedeutung der Begriffe „List“ sowie „serienmäßige Begehung“ hinterfragen und darauf hinweisen, dass nunmehr bei einem mit „List“ begangenen Diebstahl bereits eine einjährige Freiheitsstrafe ausreicht, um ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse zu begründen, bei einem vergleichbaren Betrug hingegen gem. § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG weiterhin eine zweijährige Freiheitsstrafe nötig ist. Ungereimtheiten ergeben sich auch im Vergleich mit § 72 Abs. 4 S. 5 AufenthG, wonach u.a. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB a.F.), Körperverletzung (§ 223 StGB) oder Diebstahl (§ 242 StGB) Straftaten mit nur *geringem* Unrechtsgehalt darstellen; kritisch hierzu *Hofmann* (Fn. 76), § 72 AufenthG Rn. 37 ff.

⁴⁶⁴ Zu den einzelnen Voraussetzungen der § 54 Abs. 1 Nr. 1a und Abs. 2 Nr. 1a AufenthG, die sich größtenteils mit denen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG decken, näher unten, § 5-B.-V. Zum dort nicht behandelten Merkmal der serienmäßigen Begehung, insbesondere zu den Problemen seiner Feststellung, vgl. *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 301 f.

⁴⁶⁵ Siehe *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 165 (2016) mit zahlreichen Nachweisen

⁴⁶⁶ VG Berlin, U. v. 29.2.2016 – 21 K 447.15 – Rn. 37; Bay. VGH, U. v. 8.3.2016 – 10 B 15.180 – Rn. 32; VG Düsseldorf, U. v. 15.4.2016 – 7 K 8068/15 – Rn. 76.

⁴⁶⁷ Jedenfalls kann man auch bei mehreren strafrechtlichen Verurteilungen nicht automatisch auf das Bestehen einer Wiederholungsgefahr schließen: EuGH, U. v. 4.10.2007, Rs. C-349/06, Rn. 36 – *Polat*.

Solche Fälle werden allerdings regelmäßig nicht die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG erfüllen. Stattdessen kann bei der Verurteilung zu mindestens einem Jahr Freiheits- oder Jugendstrafe bereits von einem Verstoß gegen die Rechtsordnung ausgegangen werden, der nicht mehr zur Kleinkriminalität zählt⁴⁶⁸. Insofern kann in solchen Fällen eine schwerwiegende Gefahr für das gesellschaftliche Grundinteresse am Schutz des Eigentums bestehen – vorausgesetzt, es kann die Prognose erstellt werden, dass der Ausländer auch in Zukunft gleichartige Delikte begehen wird.

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass bei Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses sowie einer Wiederholungsgefahr grundsätzlich auch eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen wird, die ein gesellschaftliches Grundinteresse berührt. In einem solchen Fall ist – unter dem Vorbehalt der negativ ausfallenden Interessenabwägung – dann auch die Ausweisung Verfolger gem. § 53 Abs. 1, 3 AufenthG möglich. Problematisch ist allerdings, dass nunmehr auch die Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe ausreicht, um unter den Voraussetzungen der § 54 Abs. 1 Nr. 1, 1a AufenthG ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse zu begründen. In diesen Fällen wird es regelmäßig, wenn nicht die strafrechtlich erstellte Prognose unzutreffend ist, bereits an einer Wiederholungsgefahr fehlen, erst Recht aber an einer Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft⁴⁶⁹.

bb) Schwerwiegende Ausweisungsinteressen

Demgegenüber besteht in den Fällen des § 54 Abs. 2 AufenthG bereits nach der gesetzlichen Wertung ein geringeres Interesse an der Ausweisung, sodass hier auch das Vorliegen einer Gefahr, die so schwer wiegt, dass sie ein gesellschaftliches Grundinteresse berührt ist, fragwürdig erscheint.

⁴⁶⁸ Vgl. Bay. VGH, B. v. 7.11.2013 – 10 ZB 12.1342 – Rn. 3 f.; nach VG Hamburg, U. v. 22.3.2012 – 19 E 448/12 – Rn. 26 liegt auch bei sechsmonatiger Freiheitsstrafe bereits ein Fall mittlerer Kriminalität vor.

⁴⁶⁹ Sind die Verschärfungen des § 54 Abs. 1 AufenthG, die in Reaktion auf die Silvesternacht 2015/2016 erlassen wurden, also insbesondere dazu gedacht, Flüchtlinge schneller auszuweisen – diesen Eindruck konnte im Gesetzgebungsverfahren gewinnen, wenn er sich auch nicht in der Gesetzesbegründung niedergeschlagen hat – so wird dieses Ziel praktisch verfehlt werden. Vgl. auch *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 417.

Ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse soll gem. § 54 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorliegen, nach Nr. 2 bei der Verurteilung zu einer Jugendstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung. Der Anwendungsbereich beider Nummern ist allerdings durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016 erheblich verkleinert worden, da bei den meisten in der Praxis bedeutsamen Straftaten – insbesondere bei Gewalttaten – bei einer einjährigen Haftstrafe ohnehin bereits Abs. 1 Nr. 1a erfüllt sein wird⁴⁷⁰. Aus diesem Grund kann man davon ausgehen, dass in einem Fall, in dem (nur) die Voraussetzungen § 54 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 AufenthG vorliegen, die Haftstrafe noch nicht ausreicht, um auf eine gegenwärtige, schwerwiegende Gefahr im Sinne des Art. 24 Abs. 1 QRL schließen zu können. Dies gilt, wie oben erläutert, insbesondere in den Fällen der Nr. 1, in denen die Vollstreckung der Strafe gem. § 56 StGB zur Bewährung ausgesetzt ist.

Bei § 54 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG, der in Abgrenzung zu Nr. 1 und 2 Freiheits- und Jugendstrafen von unter einem Jahr erfasst, wird es zumeist lediglich um Fälle der Kleinkriminalität gehen, in denen auch nach altem Recht kein schwerwiegender Ausweisungsgrund (§ 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG a.F.) vorliegen sollte⁴⁷¹. Diese Wertung kann für das neue Ausweisungsrecht übernommen werden.

§ 54 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AufenthG betreffen den Umgang des Ausländers mit (harten) Drogen. Dabei kommt insbesondere im Falle von Nr. 3, wenn es um den Drogenhandel geht, ungeachtet der Einstufung als nur schwerwiegendes Ausweisungsinteresse die Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses in Betracht⁴⁷². Der illegale Handel mit Betäubungsmitteln gefährdet die hochwertigen Schutzgüter des Lebens und der Gesundheit und wird von der Rechtsprechung als schwerwiegende Gefahr angesehen, auch im Sinne des Unionsrechts⁴⁷³. Der Europäische Gerichtshof selbst sieht die Rauschgiftsucht als „ein großes Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für

⁴⁷⁰ Vgl. *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 418.

⁴⁷¹ BVerwGE 42, 133 (138); 62, 215 (221); 81, 155 (159); VGH BW, B. v. 17.9.1992 – 11 S 1704/92 – Rn. 6. Nach VG Hamburg, U. v. 22.3.2012 – 19 E 448/12 – Rn. 26 soll hingegen auch bei sechsmonatiger Freiheitsstrafe bereits ein Fall mittlerer Kriminalität vorliegen.

⁴⁷² So auch *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 166 (2016).

⁴⁷³ BVerwGE 101, 247 (256); BVerwG, U. v. 14.5.2013 – 1 C 13/12 – Rn. 12; Bay. VGH, U. v. 27.5.2014 – 10 B 12.1700 – Rn. 31.

die Menschheit“, sodass durch den Handel mit Betäubungsmittel „die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben unmittelbar bedroht werden“ könnten⁴⁷⁴. Erfüllt der Ausländer § 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG, kann daher eine Ausweisung auch im Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 AufenthG selbst dann in Betracht kommen, wenn noch kein Fall des § 54 Abs. 1 AufenthG gegeben ist. Die Einnahme von harten Drogen, wie sie § 54 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG betrifft, wirkt demgegenüber weniger schwer, weil durch die bloße Einnahme selbst noch keine Gefahr für *andere* geschaffen ist. Indes birgt eine Drogenabhängigkeit die Gefahr der Begehung anderer Straftaten, vor allem zur Drogenbeschaffung, und hat erhebliche Auswirkungen auf die Gefahrenprognose⁴⁷⁵. Den Fortfall einer Wiederholungsgefahr zieht die Rechtsprechung erst ab dem erfolgreichen *Abschluss* einer Drogentherapie ernsthaft in Betracht⁴⁷⁶, zuvor wird aufgrund der hohen Rückfallgefahr eine Ausweisung zumeist als zulässig betrachtet⁴⁷⁷.

Bei § 54 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG ist eine schwerwiegende Gefahr solange fraglich, wie noch gegen keine Strafgesetze verstoßen wurde und es zu einer Verurteilung gekommen ist. Außerdem ist, soweit die Unterdrückung der anderen Person auf Wertvorstellungen und insbesondere auf einem Frauenbild basiert, die nicht den westlichen Vorstellungen entsprechen, zunächst an Integrationsmaßnahmen zu denken, anstatt sogleich eine Ausweisung zu verfügen⁴⁷⁸. Gleiches gilt für § 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG, der die Nötigung zur Eingehung der Ehe betrifft. Hier kommt hinzu, dass eine Wiederholungsgefahr auch eher schwer vorstellbar ist⁴⁷⁹.

§ 54 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG betrifft insbesondere terroristische Gefahren. In diesem Bereich kann die Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses nur

⁴⁷⁴ EuGH, U. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Rn. 47 – *Tsakouridis*.

⁴⁷⁵ Nach BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16 – Rn. 19 muss allerdings auch bei Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz eine individuelle Gefahrenprognose getroffen werden und darf nicht schematisch von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden.

⁴⁷⁶ Bay. VGH, B. v. 13.5.2016 – 10 ZB 15.492 – Rn. 17 m.w.N. Nicht statthaft ist es nach BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 19.10.2016 – 2 BvR 1943/16 – Rn. 21 hingegen, ohne nähere Begründung erst bei längerem straffreiem Verhalten *nach* Beendigung einer Drogentherapie von deren positiver Wirkung auszugehen.

⁴⁷⁷ *Hailbronner* (Fn. 9), § 53 AufenthG Rn. 166 (2016) sowie § 6 FreizügG/EU Rn. 53 (2013) mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁷⁸ *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 29 (2013).

⁴⁷⁹ *Hailbronner* (Fn. 9), § 6 FreizügG/EU Rn. 29 (2013).

bejaht werden, wenn auch eine Unterstützung im Sinne des § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegt, schließlich ist der Beweismaßstab auch dort bereits herabgesetzt⁴⁸⁰.

Nach § 54 Abs. 2 Nr. 8 und 9 AufenthG kann ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse auch bei bloßen Ordnungsverstößen oder ausländerrechtlichen Verstößen vorliegen. Diese genügen nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls nicht, um einen schwerwiegenden Ausweisungsgrund bzw. nach dem neuen Ausweisungsrecht eine schwerwiegende Gefahr zu rechtfertigen⁴⁸¹. Macht der Ausländer im Asylverfahren falsche Angaben, kommt zudem vorrangig ein Widerruf der Flüchtlingseigenschaft bzw. Asylberechtigung in Betracht (§ 72 Abs. 2 AsylG), der ebenfalls zum Verlust des Aufenthaltstitels führt, mangels eines damit einhergehenden Einreise- und Aufenthaltsverbots (§ 11 Abs. 1 AufenthG) jedoch weniger einschneidend ist.

Somit ist das Bestehen einer Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft in den Fällen des § 54 Abs. 2 AufenthG – Nr. 3 und 4 ausgenommen – normalerweise⁴⁸² abzulehnen. Diese Wertung ist von den Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten bei der Prüfung zu beachten. Da eine Ausweisung aber ohnehin nicht automatisch auf die Feststellung eines Ausweisungsinteresses folgt⁴⁸³, bedeutet dies nicht, dass § 54 Abs. 2 Nr. 1-2, 5-9 unionsrechtswidrig wären.

4. Zusammenfassung

Flüchtlinge und Asylberechtigte werden ausweisungsrechtlich identisch behandelt: Ihnen kommt der erhöhte Ausweisungsschutz des § 53 Abs. 3 AufenthG zu, der unionsrechtliche Anforderungen umsetzt. Die Wortwahl der Vorschrift entstammt der Entscheidung *Ziebell* des Europäischen Gerichtshofs⁴⁸⁴, in der es um die Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter ging. Die Ausweisung Verfolgter hat sich – trotz des undurchsichtigen Verhältnisses zu Art. 21 Abs. 3 QRL – an Art. 24 Abs. 1 QRL zu orientieren, wie der Europäische

⁴⁸⁰ Vgl. dazu oben, § 4-C.-III.-2.-b)-bb).

⁴⁸¹ Vgl. BVerwGE 42, 133 (138); 62, 215 (221); 81, 155 (159); VGH BW, B. v. 17.9.1992 – 11 S 1704/92 – Rn. 6 sowie EuGH, U. v. 8.4.1976, Rs. 48/75, Rn. 38 – *Royer* zu § 6 FreizügG/EU.

⁴⁸² Pauschale Aussagen sind wie beschrieben schwierig, da es auf den Einzelfall ankommt.

⁴⁸³ BT-Drs. 17/7537, S. 2.

⁴⁸⁴ EuGH, U. v. 8.12.2011, Rs. C-371/08, Rn. 86 – *Ziebell*.

Gerichtshof in der Rechtssache *T.* aus dem Jahr 2015 klarstellte⁴⁸⁵. Dementsprechend müssen für eine Ausweisung Verfolgter „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ vorliegen. Die Schutzgüter der nationalen bzw. öffentlichen⁴⁸⁶ Sicherheit und der öffentlichen Ordnung legt der Europäische Gerichtshof in Anlehnung an seine bereits ergangene Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern aus⁴⁸⁷. Nach seiner ständigen Rechtsprechung umfasst der Begriff der öffentlichen Sicherheit die innere und äußere Sicherheit; bei der öffentlichen Ordnung hingegen geht es um Gesetzesverstöße, die von einem solchen Gewicht sind, dass sie ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren (vgl. die Formulierung in § 53 Abs. 3 AufenthG). Schon die Weite dieser Definition legt offen, dass den Mitgliedsstaaten bei der Entscheidung über eine Ausweisung Verfolgter ein Beurteilungsspielraum verbleibt, was jedoch nicht heißt, dass sie in dieser Entscheidung nicht der Kontrolle der europäischen Organe unterliegen würden⁴⁸⁸. Jedenfalls die Unterstützung des (internationalen) Terrorismus kann die zwingenden Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung erfüllen, wie bereits der 37. Erwägungsgrund der QRL aufzeigt. Wann im Einzelnen eine ausreichende Unterstützung vorliegt, hat der Europäische Gerichtshof nicht eindeutig beschrieben. Seinen Ausführungen kann aber nicht entnommen werden, dass der Ausländer selbst eine konkrete und persönliche Gefahr darstellen muss, weil er individuell für terroristische Handlungen verantwortlich ist. Dies entspricht der Linie der bisherigen deutschen Rechtsprechung.

Die Prüfung einer Ausweisung Verfolgter verläuft im Grundsatz wie auch bei „gewöhnlichen“ Ausländern, was bereits daraus folgt, dass Ermächtigungsgrundlage weiterhin § 53 Abs. 1 AufenthG ist. Dementsprechend muss auf der ersten Stufe festgestellt werden, ob das persönliche Verhalten des Flüchtlings oder Asylberechtigten eine gegenwärtige, schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne des Unionsrechts darstellt, und auf der zweiten Stufe eine umfassende Abwägung vorgenommen werden. Auf der ersten Stufe bildet der Katalog des § 54 AufenthG wiederum den Ausweisungsanlass, an dessen Feststellung sich die Prüfung einer Wiederholungsgefahr anschließen muss. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass im Anwendungsbereich des

⁴⁸⁵ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 40 ff. – *T.*

⁴⁸⁶ So noch in der vorherigen Fassung der QRL, der RL 2004/83/EG.

⁴⁸⁷ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 77 ff. – *T.*

⁴⁸⁸ EuGH, U. v. 22.5.2012, Rs. C-348/09, Rn. 23 – *I.*

§ 53 Abs. 3 AufenthG generalpräventive Erwägungen (nunmehr nach allgemeiner Ansicht) ausgeschlossen sind, da sie mit Unionsrecht unvereinbar sind. Die Kriterien der individuellen Gefahrenprognose im Rahmen des § 53 Abs. 3 AufenthG stimmen größtenteils mit denen der „gewöhnlichen“ Ausweisung überein, allerdings muss die Qualität des gefährdeten Rechtsguts gewichtiger sein. Insofern ist die Feststellung der Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses erforderlich, wofür auf die gesetzliche Unterscheidung in besonders schwerwiegende und schwerwiegende Ausweisungsinteressen in § 54 Abs. 1 und 2 AufenthG zurückgegriffen werden kann. Wenn auch pauschale Aussagen aufgrund der Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung schwierig sind, werden Erstere doch – immer vorausgesetzt, es besteht eine Wiederholungsgefahr – für gewöhnlich die Annahme der Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses rechtfertigen können, letztere hingegen nur in Ausnahmekonstellationen⁴⁸⁹. Auf der zweiten Stufe muss die Ausweisung nach § 53 Abs. 3 AufenthG „unerlässlich“ für die Wahrung des Grundinteresses sein. Mit dieser Formulierung wollte der Europäische Gerichtshof jedoch lediglich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betonen und keine neue Voraussetzung schaffen. Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass dem Verfolgten in seinem Heimatstaat schwerwiegende Gefahren drohen, er andererseits aber auch selbst eine solche für den Aufnahmestaat darstellt und darüber hinaus mit der Ausweisung noch nicht zwangsläufig eine Abschiebung verbunden ist, der Ausländer also nicht zwingend dem Zugriff seiner Verfolger ausgesetzt wird.

IV. Subsidiär Schutzberechtigte

Subsidiär Schutzberechtigte im Sinne des § 4 Abs. 1 AsylG hat der Gesetzgeber nicht in den Katalog des § 53 Abs. 4 AufenthG aufgenommen, sondern hat sich stattdessen nur dazu entschieden, ihnen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 5 ein besonders schwerwiegendes Bleibeinteresse zuzusprechen. Diese Entscheidung verwundert, denn subsidiär Schutzberechtigte können gem. Art. 24 Abs. 2 QRL genau wie Flüchtlinge nach Abs. 1 nur bei „zwingenden Gründen der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ ausgewiesen werden. Unionsrechtlich be-

⁴⁸⁹ Etwas anderes gilt für § 54 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AufenthG.

steht somit für beide Personengruppen derselbe Schutz, sodass es sinniger gewesen wäre, dies auch im nationalen Recht zu verdeutlichen⁴⁹⁰. Zwar lässt sich der durch das Unionsrecht gebotene erhöhte Schutz richtlinienkonform auch in die jetzige Rechtslage hineinlesen⁴⁹¹, die unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten ist jedoch schlicht unnötig kompliziert.

V. Asylbewerber

Die Ausweisung von Asylbewerbern regelt § 53 Abs. 4 AufenthG. Danach können Asylantragsteller grundsätzlich nur unter der Bedingung ausgewiesen werden, dass das Asylverfahren unanfechtbar ohne Anerkennung als Asylberechtigter oder ohne die Zuerkennung internationalen Schutzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG) abgeschlossen wird (§ 53 Abs. 4 S. 1 AufenthG). Von dieser Bedingung wird nur abgesehen, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der nach Abs. 3 eine Ausweisung rechtfertigt (§ 53 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AufenthG) oder wenn eine nach den Vorschriften des AsylG erlassene Abschiebungsandrohung vollziehbar geworden ist (§ 53 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 AufenthG). Die Vorschrift ist eine exakte Übernahme des § 56 Abs. 4 AufenthG a.F.

Endet das Asylverfahren für den Ausländer negativ, hat er auch keinen Anspruch auf erhöhten Ausweisungsschutz, woraus sich die Logik des § 53 Abs. 4 S. 1 AufenthG ergibt.

Andererseits erscheint es nicht gerechtfertigt, Asylbewerbern einen Schutz zuzusprechen, der über den von anerkannten Asylberechtigten oder Flüchtlingen hinausgeht⁴⁹². Daher muss bei Asylbewerbern die Ausweisung unter den gleichen Voraussetzungen möglich sein (§ 53 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AufenthG), die auch nach einer Anerkennung gelten würden. Bemerkenswert ist indes, dass unter die von § 53 Abs. 4 AufenthG erfasste Personengruppe auch Ausländer fallen, die „nur“ einen Anspruch auf Anerkennung des subsidiären Schutzstatus haben, da auch sie einen Asylantrag stellen (vgl. §§ 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 AsylG). Im Stadium

⁴⁹⁰ Marx, Flüchtlingsrecht (Fn. 34), § 7 Rn. 147; Cziersky-Reis (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 41; Bauer/Beichel-Benedetti, Ausweisungsrecht (Fn. 32), S. 419; Bauer (Fn. 38), § 53 AufenthG Rn. 70; Bergmann/Hörich, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 72), S. 302.

⁴⁹¹ A.A. wohl Cziersky-Reis (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 41, der die Nichtaufnahme subsidiär Schutzberechtigter in den Katalog des § 53 Abs. 3 AufenthG für unionsrechtswidrig hält.

⁴⁹² Art. 16a Abs. 1 GG erfordert jedoch auch für Asylbewerber einen erhöhten Ausweisungsschutz; vgl. BVerwGE 62, 206 (210 f.); 62, 215 (220 f.).

des Asylverfahrens sind solche Ausländer damit über § 53 Abs. 3 AufenthG paradoxerweise besser vor Ausweisungen geschützt als nach der Anerkennung als subsidiär Schutzberechtigte (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG)⁴⁹³. Zwar wäre eine andere Handhabe von Asylantragstellern kaum zu bewerkstelligen, da in diesem Stadium ja noch gar nicht feststeht, ob ihnen der Status als Flüchtling bzw. Asylberechtigter zusteht oder „nur“ der Status als subsidiär Schutzberechtigter und man folglich zu ihren Gunsten von ersterem ausgehen muss. Der gezeigte Widerspruch spricht allerdings umso mehr dafür, auch subsidiär Schutzberechtigte in den Katalog des § 53 Abs. 3 AufenthG aufzunehmen, anstatt ihnen nur ein besonders schwerwiegendes Bleibeinteresse im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG zuzugestehen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Problematik schlicht übersehen hat; die Gesetzesbegründung geht auf § 53 Abs. 4 AufenthG jedenfalls überhaupt nicht ein.

D. Zusammenfassung und Fazit

Die starre Schematisierung des ehemaligen Ausweisungsrechts in §§ 53-55 AufenthG a.F. konnte die Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles nicht gewährleisten und führte damit zu Problemen mit Blick auf Verfassungs- und Europarecht, insbesondere mit Art. 8 EMRK. Die Folge war letztlich eine große Verunsicherung über die korrekte Vorgehensweise bei der Prüfung einer Ausweisung. Der Gesetzgeber hat nunmehr durch die grundlegende Reform des Ausweisungsrecht zum 1. Januar 2016 reagiert und mit § 53 Abs. 1 AufenthG eine zentrale Ermächtigungsgrundlage geschaffen, an die künftig bei allen Ausweisungen anzuknüpfen ist. Die Prüfung erfolgt dabei in zwei Stufen: Auf der ersten Stufe muss eine Gefahr für die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG festgestellt werden, um dann im zweiten Schritt eine umfassende Abwägung der öffentlichen Ausweisungs- mit den privaten Bleibeinteresse vorzunehmen. Diese erfolgt auf Tatbestandsebene – § 53 Abs. 1 AufenthG gewährt kein Ermessen, was jedoch mit europäischem Recht vereinbar ist.

Die nähere Ausgestaltung der einzelnen Stufen ist dem Gesetzgeber jedoch nur auf den ersten Blick gelungen. Scheint es zunächst so, als wären die in §§ 54, 55 AufenthG normierten Ausweisungs- und Bleibeinteressen erst für die Abwägung

⁴⁹³ *Cziersky-Reis* (Fn. 16), § 53 AufenthG Rn. 46.

und damit auf der zweiten Stufe relevant, so ergibt sich bei näherer Betrachtung ein anderes Bild. § 54 AufenthG muss danach als Ausgestaltung der generalklauselartig formulierten Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG verstanden werden. Die Feststellung eines Ausweisungsinteresses bildet somit den Ausweisungsanlass, an den sich die Prüfung einer Wiederholungsgefahr anschließen muss. Einer Sichtweise, die in § 54 AufenthG ein Prinzip der Gefahrenindizierung normiert sieht und somit von der Entbehrlichkeit einer individuellen Gefahrenprognose ausgeht, kann hingegen nicht gefolgt werden. Auf der zweiten Stufe müssen Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte darauf achten, nicht zu starr an den gesetzlichen Wertungen zu haften, die durch die Unterteilung in besonders schwerwiegende und schwerwiegende Ausweisungs- bzw. Bleibeinteressen geschaffen wurden. Entscheidend sind alle Umstände des Einzelfalles, wie § 53 Abs. 2 AufenthG deutlich macht. Die gesetzlichen Wertungen können daher nur ein erstes Indiz sein, das bei Bedarf widerlegt werden muss. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Kriterien zu Art. 8 Abs. 2 EMRK ist stets volle Rechnung zu tragen.

Eine Ausweisung von Asylberechtigten und Flüchtlingen folgt – schon, da auch hier § 53 Abs. 1 AufenthG die Ermächtigungsgrundlage bildet – dem gleichen Schema. Implementiert muss darin allerdings der erhöhte Ausweisungsschutz des § 53 Abs. 3 AufenthG, worin Personengruppen mit besonderem unionsrechtlichen Schutz genannt werden. Entsprechend müssen sich die einzelnen Vorgaben an der jeweils relevanten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs orientieren, der allerdings die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung einheitlich auslegt. Vorgaben für die Ausweisung von Flüchtlingen enthält die Qualifikationsrichtlinie. Zwar war lange unklar, ob dafür nur auf Art. 21 Abs. 3 oder auch auf Art. 24 Abs. 1 QRL zurückgegriffen werden kann, der Europäische Gerichtshof hat sich inzwischen aber für letzteres entschieden und die Frage damit zutreffend geklärt. Es müssen somit „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ für eine Ausweisung sprechen.

Auf der ersten Stufe – bei der Prüfung der Gefahr – ist dem insofern Rechnung zu tragen, als der Ausländer gegenwärtig und persönlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden muss; generalpräventive Erwägungen verbieten sich aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit Unionsrecht. Die Schutzgüter sind hier unionsautonom auszulegen und unterliegen daher engeren Anforderungen als

in § 53 Abs. 1 AufenthG; nicht etwa sind sie mit den identischen Begrifflichkeiten des nationalen Polizei- und Ordnungsrechts zu verwechseln. Die Verwendung identischer Begriffe mit unterschiedlicher Bedeutung in § 53 Abs. 1 und 3 AufenthG mag misslich sein, es ist aber nicht ersichtlich, wie der Gesetzgeber hier anders hätte verfahren können. Was das in § 53 Abs. 3 AufenthG eigens hervorgehobene Merkmal des gesellschaftlichen Grundinteresses betrifft, so gilt zu beachten, dass es vom Europäischen Gerichtshof zur Eingrenzung der öffentlichen Ordnung verwendet wird. Es stellt somit keine eigene, zusätzliche Voraussetzung dar. Auch im Anwendungsbereich des besonderen Ausweisungsschutzes kann für die Prüfung eines Ausweisungsanlasses auf § 54 AufenthG zurückgegriffen werden. Ein solcher wird – der gesetzlichen Wertung folgend – in den Fallgruppen des § 54 Abs. 1 AufenthG häufig vorliegen, nicht hingegen in den Fallgruppen des Abs. 2. Für die auf der zweiten Stufe zu treffende Abwägung gelten keine Besonderheiten. Mit der erforderlichen „Un-erlässlichkeit“ der Ausweisung wird lediglich das Merkmal der Verhältnismäßigkeit betont.

Abgesehen von den oben beschriebenen strukturellen Unstimmigkeiten zu § 54 AufenthG ist die Regelung zur Ausweisung Verfolgter gut mit Unionsrecht vereinbar und auch offen genug, um etwaigen Änderungen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu folgen. Die Einzelheiten werden durch den berühmten „Blick ins Gesetz“ zwar kaum zu durchdringen sein, dies liegt allerdings auch an der Kompliziertheit der Materie. Jedenfalls wird bereits durch das Erfordernis der schwerwiegenden Gefahr deutlich, dass die in § 53 Abs. 3 AufenthG benannten Personengruppen einen besonderen Ausweisungsschutz genießen. Als nicht gelungen muss allerdings die erneute Rechtsänderung durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern vom 11. März 2016 betrachtet werden. Zum einen fügen sich die Regelungen des § 54 Abs. 1 Nr. 1a sowie Abs. 2 Nr. 1a AufenthG nur schlecht in das bestehende System ein. Zum anderen ist zweifelhaft, ob der gewünschte Erfolg „erleichterter Ausweisungen“ tatsächlich dadurch eintreten wird, dass für ein besonderes schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nun auch die Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe ausreichen soll. Denn in diesem Fall wird grundsätzlich bereits keine Wiederholungsgefahr bestehen, erst Recht keine Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses.

§ 5: Abschiebungen in den Verfolgerstaat

A. Grundlegendes zu den Ausschlussklauseln

Wird ein Flüchtling oder Asylberechtigter nach den im letzten Abschnitt aufgezählten Voraussetzungen ausgewiesen oder ist er auf einer sonstigen Grundlage ausreisepflichtig, so kann er wegen des Abschiebungsverbots des § 60 Abs. 1 AufenthG zunächst nur in einen (verfolgungsfreien) Drittstaat abgeschoben werden. Die Vollstreckung der Ausreisepflicht dergestalt, dass der Verfolgte in seinen Herkunftsstaat selbst zurückgeführt wird, ist nur möglich, wenn eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG greift. In diesen Fällen findet Absatz 1 keine Anwendung (Abs. 8 S. 1 und 2 i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) bzw. kann von seiner Anwendung abgesehen werden (Abs. 8 S. 3). Die praktische Möglichkeit der Abschiebung Verfolgter hängt somit – da eine Abschiebung in Drittstaaten mangels Aufnahmebereitschaft vielfach nur theoretisch besteht¹ – ganz maßgeblich von der Erfüllung dieser Ausschlussklauseln ab, deren Auslegung und Rechtsfolgen der folgende Teil gewidmet ist.

§ 60 Abs. 8 AufenthG führt zum einen zur Aufhebung des flüchtlingsrechtlichen Refoulementschutzes, bewirkt zum anderen über § 3 Abs. 2, 4 sowie § 73 AsylG aber auch den Verlust des Flüchtlings- bzw. Asylstatus. Die Norm wirkt sich somit zunächst auf die Phase der Vollstreckung einer Ausreisepflicht aus, hat aber ebenso einen Einfluss auf den aufenthaltsrechtlichen Status von Verfolgten. Daher werden im Folgenden zunächst – unter Einbeziehung internationaler und verfassungsrechtlicher Vorgaben – die tatbestandlichen Voraussetzungen der einzelnen Ausschlussklauseln vorgestellt, um sodann näher auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen ihrer Erfüllung einzugehen. Dabei wird ganz allgemein von „Ausschlussklauseln“ die Rede sein, auch wenn hinsichtlich § 60 Abs. 8 S. 1 und 3 AufenthG die Vereinbarkeit der aufenthaltsrechtlichen Wirkung mit internationalen Vorgaben bestritten wird².

Bereits an dieser Stelle können allerdings einige Umstände festgehalten werden, die für den weiteren Verlauf der Untersuchung grundlegend sind: Die Vorschrift

¹ Vgl. BVerwGE 78, 285 (291 f.); 106, 351 (359). Gem. Art. 3 Nr. 3, 3. Spiegelstrich RFRL müsste eine Ausreise in einen Drittstaat zudem freiwillig erfolgen.

² Dazu näher unten, § 5-C.-I.-2.-b).

des § 60 Abs. 8 AufenthG besteht in ihrer heutigen Zusammensetzung erst seit kurzer Zeit. Zwar war Satz 1 in ähnlicher Form schon dem AuslG 1965 bekannt (§ 14 Abs. 2), und auch die Ausnahmetatbestände der § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG sind bereits 2002 durch das sog. Terrorismusbekämpfungsgesetz³ eingefügt worden. Beide sind daher mittlerweile relativ etabliert und basieren auf einer zu großen Teilen verfestigten Rechtsprechung. Satz 3 hingegen wurde erst durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016⁴, das vor allem eine Reaktion auf die Geschehnisse in der Silvesternacht 2015/2016 darstellt⁵, neu hinzugefügt. Insbesondere die mit dieser Neuregelung einhergehende Absenkung der Voraussetzungen für die Erfüllung der Ausschlussklauseln bedarf einer ausführlichen kritischen Würdigung.

Die Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG gehen auf die Genfer Flüchtlingskonvention zurück, beruhen dabei jedoch – wie sich unschwer am Wortlaut ablesen lässt – auf verschiedenen Vorschriften: S. 1 und nunmehr auch S. 3 setzen die in Art. 33 Abs. 2 GFK verankerte Ausnahme vom Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK um. § 3 Abs. 2 AsylG hingegen, auf den der § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG lediglich verweist, basiert auf den Bestimmungen des Art. 1 F GFK, der einen allgemeinen Ausschluss von den Bestimmungen der Genfer Konvention bewirkt⁶. Damit werden in § 60 Abs. 8 AufenthG auch verschiedene Konzepte zusammengefasst: Holzschnittartig findet Art. 1 F GFK seine Berechtigung in der „Asylunwürdigkeit“ des Ausländers⁷, während Art. 33 Abs. 2 GFK

³ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9.1.2002, BGBl. I S. 361. Zu den Beweggründen des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 57.

⁴ BGBl. I S. 394.

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/7537, S. 1. In dieser Silvesternacht wurden insbesondere am Hauptbahnhof in Köln hunderte Passanten, v.a. Frauen, von Migranten (sexuell) belästigt. Vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-01/koeln-silvester-sexuelle-uebergreiferaub-faq> [zuletzt abgerufen am 27.6.2017].

⁶ Vgl. *A. Zimmermann*, Bedeutung und Wirkung der Ausschlussstatbestände des Art. 1 F und 33, Abs. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention für das deutsche Ausländerrecht, in: DVBl. 2006, S. 1478 (1479).

⁷ BVerwGE 132, 79 (91 f. Rn. 29); 139, 272 (279 f. Rn. 22); *UNHCR*, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, Genf 2003, Ziff. 10; *W. Treiber*, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, § 60 Rn. 216 (2011); *I. Kraft*, in: K. Hailbronner/D. Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Art. 14 QRL Rn. 14.

gegenwärtigen Sicherheitsinteressen des Aufnahmestaates zu dienen bestimmt ist⁸. Diese grundsätzliche Unterscheidung darf jedoch nicht allzu statisch gesehen werden, schließlich ist es auch im Rahmen von Art. 1 F – und hier insbesondere bei Personen, die unter lit. b) fallen – ohne Weiteres möglich, dass der schutzsuchende Ausländer eine gegenwärtige Gefahr darstellt⁹. Gleichwohl sind die verschiedenen Konzepte bei der Auslegung des § 60 Abs. 8 AufenthG zu berücksichtigen¹⁰.

Zuletzt ist bereits an dieser Stelle der Hinweis geboten, dass das Vorliegen von § 60 Abs. 8 AufenthG keine Auswirkungen auf die menschenrechtlichen Abschiebungsverbote des komplementären Schutzes haben kann. Der absolute Charakter des aus Art. 3 EMRK (sowie Art. 7 IPbpR und Art. 3 CAT) hergeleiteten Abschiebungsverbotes ist insoweit bereits oben betont worden¹¹. Zwar kann in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht der subsidiäre Schutzstatus unter ähnlichen Umständen ausgeschlossen werden (vgl. § 4 Abs. 2 AsylG), die menschenrechtlichen Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2 AufenthG gelten jedoch weiterhin, wie auch § 60 Abs. 9 S. 2 AufenthG nunmehr betont¹². Auch Art. 21 Abs. 2 QRL stellt klar, dass eine Abschiebung selbst bei Vorliegen der dort genannten Ausnahmeklauseln nur möglich ist, „sofern dies nicht aufgrund der in Absatz 1 genannten völkerrechtlichen Verpflichtungen untersagt ist“¹³. Die Art. 1 F sowie 33 Abs. 2 GFK sind also nicht etwa *leges speciales* zu den Abschiebungsverböten des komplementären Schutzes, die für jedermann, und damit auch für Verfolgte, gelten¹⁴. Ob die absoluten Abschiebungsverbote sich allerdings anders herum auf die Auslegung der flüchtlingsrechtlichen Ausnahmetatbestände auswirken, wird zu untersuchen sein¹⁵.

⁸ UNHCR, ebda., Ziff. 10; Treiber, ebda., § 60 Rn. 215 (2011); R. Marx, Handbuch zum Flüchtlingsschutz, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 10; P. Wennholz, Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht, 2013, S. 237.

⁹ So auch Zimmermann, Bedeutung (Fn. 6), S. 1480. Ausführlich Wennholz, ebda., S. 134 ff., der auf den sachlichen Zusammenhang beider Vorschriften verweist. Das Bundesverwaltungsgericht spricht in BVerwGE 132, 79 (91 f. Rn. 29) davon, dass der Schutz des Aufnahmestaates i.R.v. § 3 Abs. 2 AsylG eine „Nebenfolge“ darstellt.

¹⁰ Relevant werden sie v.a. bei der Frage, ob auch für § 3 Abs. 2 AsylG (Art. 1 F GFK) eine Wiederholungsgefahr erforderlich ist. Dazu unten, § 5-B.-III.-f).

¹¹ § 2-B.-3.-b).

¹² Vgl. dazu K. Hailbronner (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, § 60 AufenthG Rn. 116 (2016).

¹³ Darauf verweist auch Marx, Handbuch (Fn. 8), § 54 Rn. 9 ff.

¹⁴ BVerwGE 109, 1 (4 ff.) m.w.N.; BVerwG, U. v. 7.9.2010 – 10 C 11/09 – Rn. 13; EGMR Nr. 22414/93 v. 15.11.1996, Rn. 80 – *Chahal/UK*; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 63 f.

¹⁵ Dazu unten, § 5-B.-IV.-2.

B. Vorstellung der einzelnen Ausschlussgründe

Es werden im Folgenden zunächst die Tatbestände der flüchtlingsrechtlichen Ausschlussgründe in ihrer nationalen Ausformung nach § 60 Abs. 8 AufenthG vorgestellt, wobei ein Schwerpunkt auf ihre Auslegung in der Rechtsprechung – und damit in der Praxis – gelegt wird. Wo sich Probleme im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den internationalen Vorgaben aus GFK und QRL ergeben, wird darauf eingegangen. In einem gesonderten Schritt wird sodann jeweils untersucht, inwieweit die so gewonnenen Erkenntnisse mit dem Asylgrundrecht aus Art. 16a GG in Einklang stehen.

I. Abschiebung in allen Fällen nur als *ultima ratio*

Die Abschiebung in den Verfolgerstaat ist ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte des betroffenen Ausländers mit bisweilen irreparablen Folgen für Leib und Leben¹⁶. Sie setzt das Kernstück des Flüchtlingsschutzes – das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK – außer Kraft¹⁷. Aus diesen Gründen besteht als Gemeinsamkeit zwischen allen Ausschlussklauseln, dass die Abschiebung in den Verfolgerstaat nach in Rechtsprechung sowie Literatur allgemein vertretener Ansicht nur *ultima ratio* sein kann und daher nur in Betracht kommen darf, wenn andere Mittel zur Gefahrenabwehr nicht ausreichen¹⁸. Diese grundlegende Feststellung ist bei der Auslegung der Ausschlussklauseln heranzuziehen, erfordert sie doch, von ihnen nur restriktiv Gebrauch zu machen und die einzelnen Tatbestandsmerkmale eng auszulegen¹⁹. Selbiges ergibt sich auch aus dem Charakter der einzelnen Klauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG als Ausnahmebestimmungen.

¹⁶ BVerwGE 106, 351 (360).

¹⁷ Vgl. BVerwGE 49, 202 (205).

¹⁸ BVerwGE 49, 202 (209 f.); 106, 351 (360); 146, 31 (36 Rn. 14); *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 10 („last resort“); *J. Bergmann*, in: ders./K. Dienelt, *Ausländerrecht Kommentar*, 11. Aufl. 2016, § 60 AufenthG Rn. 28.

¹⁹ BVerwGE 49, 202 (209 f.); *UNHCR*, Auslegung von Art. 33 Abs. 2 und Art. 1 F der Genfer Flüchtlingskonvention, 1999, Ziff. 2; *W. Möller*, in: R. Hofmann (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 60 AufenthG Rn. 39.

II. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG

§ 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG lautet: „Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Ausländer aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland anzusehen ist oder eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist“. Die Bestimmung setzt die fast wortgleichen internationalen Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GFK sowie Art. 21 Abs. 2 QRL um. Die gleichen Fallgruppen sind zwar auch in Art. 14 Abs. 4, 5 QRL enthalten; dort geht es allerdings um den Verlust der einem Flüchtling zuerkannten „Rechtsstellung“, und nicht wie in Art. 21 Abs. 2 QRL um den einfachen Ausschluss vom Refoulementschutz²⁰. Die Regelungen aus Art. 14 Abs. 4, 5 QRL werden daher erst weiter unten relevant, wenn es um die Auswirkungen der Ausnahmeklauseln geht.

1. Maßgebliche Auslegung für Konventionsflüchtlinge

§ 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG enthält zwei Fallgruppen, die das Absehen vom flüchtlingsrechtlichen Refoulementverbot rechtfertigen sollen: Während es in der ersten Alternative um die Sicherheit des Aufnahmestaates – hier der Bundesrepublik Deutschland – geht, sollen durch die zweite Alternative Gefahren für seine Bevölkerung abgewendet werden. Die Rechtsprechung hat für beide Alternativen etliche verfassungsrechtliche Beschränkungen aus der Garantie des Art. 16a GG abgeleitet. Heute wird die Bestimmung allerdings für Flüchtlinge und Asylberechtigte gleich ausgelegt²¹, sodass im Folgenden bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen von einer näheren Differenzierung abgesehen wird.

a) § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG

Nach der ersten Alternative des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG findet das Refoulementverbot des Abs. 1 keine Anwendung, wenn der Ausländer aus schwerwie-

²⁰ Vgl. *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 15. Insofern ungenau *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 215 (2011) sowie *R. Göbel-Zimmermann/T. Masuch/C. Hruschka*, in: B. Huber (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz*, 2. Aufl. 2016, § 60 AufenthG Rn. 78.

²¹ Vgl. beispielhaft auch *Wennholz* (Fn. 8), S. 246, wonach sich das vom BVerwG aus Art. 16a GG abgeleitete Kriterium der „Opfergrenze“ (BVerwGE 49, 202 [209 f.]) auch auf den Ausschluss vom Refoulementschutz nach Art. 33 Abs. 2 GFK übertragen lässt.

genden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland anzusehen ist. Hierbei bedürfen die zwei zentralen Merkmale der „schwerwiegenden Gründe“ sowie der „Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ einer näheren Erläuterung.

aa) Absenkung des Beweismaßstabs

(i) Deutsche Fassung: Ausreichen „schwerwiegender Gründe“

Für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG ist eine strafrechtliche Verurteilung des Ausländers nicht erforderlich, wie sich deutlich aus dem systematischen Vergleich zur zweiten Alternative ergibt²². Stattdessen ist mit der – auch in Art. 33 Abs. 2 GFK verwendeten – Wortwahl der „schwerwiegenden Gründe“ eine Absenkung des Beweismaßstabs verbunden²³. Der betroffene Ausländer muss eben nicht einmal eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates „bedeuten“, wie es in § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG heißt, sondern es genügt, dass er aus schwerwiegenden Gründen als eine solche anzusehen ist. Hingegen ist in der Formulierung („schwerwiegend“) keine Heraufsetzung der Gefahrenschwelle zu sehen²⁴: Die erforderliche Wichtigkeit der Gefahr ergibt sich bereits aus dem Charakter eines Ausnahmetatbestandes sowie Natur des Schutzgutes, sind doch geringfügige Gefahren, die Auswirkungen auf die Sicherheit des gesamten Aufnahmestaates haben, schwerlich vorstellbar²⁵. In dem abgesenkten Beweismaßstab liegt auch die praktische Bedeutung dieser

²² Siehe nur BVerwGE 109, 1 (10 f.); *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 6; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 226 (2011). Sehr undifferenziert insofern *Marx*, Handbuch (Fn. 8), § 37 Rn. 50 ff. sowie § 54 Rn. 5, bei dem es – auch wenn es wohl nicht so gemeint ist – bisweilen so klingt, als würde sich das Erfordernis der rechtskräftigen Verurteilung auf beide Alternativen des Art. 21 Abs. 2 bzw. Art. 14 Abs. 4 QRL beziehen.

²³ OVG NRW, B. v. 21.4.2015 – 18 E 687/13 – Rn. 34; *M. Funke-Kaiser*, in R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum AsylG*, § 2 Rn. 58 (2014); *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 80. Vgl. auch *A. Grahl-Madsen*, *Commentary on the Refugee Convention 1951, 1963*, Published by the Department of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Genf 1997, Art. 33 Ziff. 6.

²⁴ So aber wohl BVerwGE 106, 351 (360 f.): „Die Annahme schwerwiegender Gründe im Sinne der Vorschrift setzt voraus, daß sie ein solches Gewicht haben, das es erfordert, das Asylgrundrecht zurücktreten zu lassen“.

²⁵ Vgl. *Wennholz* (Fn. 8), S. 245. Zu den Anforderungen an die Bedrohungslage im Einzelnen sogleich.

aufgrund der Enge des Schutzguts im Vergleich zur zweiten Alternative eher weniger relevanten Ausschlussklausel²⁶.

Nichtsdestoweniger muss die Prognoseentscheidung über die Gefahrenlage auf Fakten beruhen²⁷; ein nicht belegter Verdacht oder gar eine auf der bloßen Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe beruhende Vermutung²⁸ genügen nicht. Das Bundesverwaltungsgericht hat insofern klargestellt, dass die Anforderungen an die gerichtlich zu ermittelnden Tatsachen keinen Einschränkungen unterliegen, der Sachverhalt also gem. § 108 Abs. 1 VwGO zur Überzeugung des Gerichts feststehen muss²⁹. Die durch das Genügenlassen „schwerwiegender Gründe“ bewirkte Einschränkung bezieht sich somit auf die Schlussfolgerungen, die aus den für das Gericht zur Überzeugung feststehenden Tatsachen zu ziehen sind³⁰. Somit müssen die zuständigen Behörden und Gerichte anhand der bestehenden Beweislage *bona fide* zur Annahme einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gelangen³¹; die Gefahr muss jedoch gerade nicht feststehen. Nun mag man einwenden, dass die einer Gefahrenfeststellung inhärente Prognoseentscheidung immer mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist³². Die Begrenzung auf „schwerwiegende Gründe“ bewirkt jedoch, dass auch ein Weniger an Fakten ausreicht, um eine Gefahrenlage bejahen zu können.

²⁶ *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 226 (2011). *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 6 weist auf die „sehr rare Staatenpraxis“ hin.

²⁷ Vgl. *A. Zimmermann/P. Wennholz*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, New York 2011, Art. 33, para. 2 Rn. 76 („supported by evidence“); *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 20. So auch *Justice Glazebrook* vom New Zealand Court of Appeal v. 30.9.2004, CA20/04, Rn. 133 – *Attorney General v. Zaoui*: „It means that the State concerned cannot act either arbitrarily or capriciously and that it must specifically address the question of whether there is a future risk and the conclusion on the matter must be supported by evidence“.

²⁸ Vgl. *Zimmermann/Wennholz*, ebda., Art. 33, para. 2 Rn. 77.

²⁹ BVerwGE 143, 138 (149 Rn. 27). Zum Begriff der „Überzeugung“ nach § 108 Abs. 1 VwGO *M. Dawin*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, § 108 Rn. 38 ff. (2013).

³⁰ Vgl. BVerwGE 143, 138 (149 Rn. 27) bzgl. der Zugehörigkeit zu einer terroristischen Organisation. Damit ist das BVerwG wohl auch – stillschweigend – von seiner ursprünglichen Rechtsprechung aus BVerwGE 49, 202 (209 f.) abgewichen, wonach aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen schwerwiegende Gründe für die Annahme einer Gefahr nicht ausreichen würden, sondern eine solche „festgestellt“ sein müsse.

³¹ *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1481; *Wennholz* (Fn. 8), S. 241.

³² Vgl. *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 58 (2014).

(ii) Kein weiteres Absenken durch die QRL

Nach Art. 21 Abs. 2 lit. a) QRL reichen für die Annahme, dass ein Flüchtling eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates darstellt, bereits „stichhaltige Gründe“. Es stellt sich die Frage, ob damit im Vergleich zu den durch § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG geforderten „schwerwiegenden Gründen“ eine Absenkung des Beweismaßstabs verbunden sein soll. Dem steht jedoch bereits entgegen, dass mit Art. 21 Abs. 2 lit. a) QRL ebenfalls Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 GFK umgesetzt werden soll³³, wo wiederum von „schwerwiegenden Gründen“ die Rede ist. Dementsprechend sollte die Bestimmung in der QRL auch so ausgelegt werden wie ihr völkervertragliches Vorbild³⁴. Des Weiteren wird sowohl im englischen als auch im französischen in Art. 21 Abs. 2 lit. a) QRL der gleiche Wortlaut verwendet wie in der GFK³⁵, sodass die deutsche Umsetzung an dieser Stelle wohl lediglich ungenau ist.

bb) Gefährdung der Sicherheit des Aufnahmestaates

Schutzgut des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG ist die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, bzw. gem. Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 GFK die Sicherheit des Landes, in dem der Flüchtling sich befindet³⁶. Die Sicherheit des Aufnahmestaates betrifft einen Bereich klassischer nationaler Interessen und wird daher durch die GFK nicht näher definiert. Es besteht daher ein gewisser Einschätzungsspielraum der Vertragsstaaten bei der Umsetzung³⁷. Aufgrund der gebotenen engen Auslegung kann allerdings nur eine Gefährdung grundlegender Interessen („most basic interests“) des Staates eine Berufung auf diesen Ausschlussgrund rechtfertigen³⁸.

³³ BVerwGE 143, 138 (145 f. Rn. 21).

³⁴ VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 135.

³⁵ „Reasonable grounds“ bzw. „raisons sérieuses“.

³⁶ Die authentischen englischen und französischen Fassungen sprechen von „danger to the security of the country in which he is“ bzw. von „danger pour la sécurité du pays où il se trouve“.

³⁷ VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 137; *Wennholz* (Fn. 8), S. 243.

³⁸ *J. C. Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005, S. 346; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 84. Dass § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG eng ausgelegt werden muss, ist unbestritten, vgl. VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 137 („sehr große Gefahr“); *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 28 („außergewöhnlich schwerwiegende Gefahren“).

In Deutschland ist die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland nicht gleichzusetzen mit der aus dem Polizeirecht bekannten öffentlichen Sicherheit³⁹. Stattdessen ist darunter nach ständiger Rechtsprechung die innere und äußere Sicherheit des Staates zu verstehen⁴⁰. Mit letzterer ist vor allem die Integrität der Außengrenzen der Bundesrepublik und somit die Sicherheit vor einer Eroberung durch einen fremden Staat gemeint⁴¹, was in der Praxis aber – soweit absehbar – bisher keine große Rolle gespielt hat. Mit der inneren Sicherheit werden Bestand und Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen geschützt; das schließt den Schutz vor Einwirkungen durch Gewalt oder Drohungen mit Gewalt auf die Wahrnehmung staatlicher Funktionen ein⁴². Handlungen, die typischerweise die Sicherheit des Aufnahmestaates gefährden, sind Spionage, Sabotage militärischer Einrichtungen sowie terroristische Aktionen⁴³. Praktisch relevant ist vor allem letzteres, denn auch Gewaltanschläge oder Drohungen ausländischer Terrororganisationen richten sich gegen die innere Sicherheit des Staates⁴⁴. Insbesondere ist das Gewaltmonopol des Staates gefährdet, wenn gewalttätige Auseinandersetzungen verfeindeter Volksgruppen nach Deutschland übertragen werden⁴⁵.

Bei der Unterstützung terroristischer Vereinigungen ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Vergleich zum Ausweisungsrecht⁴⁶ eine Verschärfung darin zu sehen, dass sich die von einer solchen Vereinigung ausgehende Gefährlichkeit auch in der Person des Flüchtlings persönlich

³⁹ BVerwGE 109, 1 (6 f.); *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 41.

⁴⁰ BVerwGE 106, 351 (360 f.); 109, 1 (6 f.); *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 110 (2016); *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 17. Der Begriff entspricht damit dem der öffentlichen/nationalen Sicherheit i.S.d. Unionsrechts, s.o. § 4-C.-III.-2.-b)-aa)-(i).

⁴¹ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 8 („activities aiming at facilitating the conquest of the country“); *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 17 („integrity of borders“). Vgl. auch *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 5.

⁴² BVerwGE 106, 351 (360 f.); 109, 1 (6 f.). So auch bereits *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 8: „The same applies if he [the refugee, Anm. des Verf.] works for the overthrow of the Government of his country of residence by force or other illegal means (e.g. falsification of election results, coercion of voters, etc.)“.

⁴³ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 8; *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 5; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 83; *Wennholz* (Fn. 8), S. 243; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 111 (2016).

⁴⁴ BVerwGE 106, 351 (360 f.); 109, 1 (6 f.).

⁴⁵ BVerwGE 109, 1 (6 f.).

⁴⁶ Zur Ausweisung bei terroristischen Gefahren s.o., § 4-C.-III.-2.-b)-bb)-(ii).

konkretisieren muss⁴⁷. Nur dann sei es gerechtfertigt, das Refoulementverbot als Kernelement des Flüchtlingsschutzes zurücktreten zu lassen⁴⁸. Wann genau von einer solchen Konkretisierung gesprochen werden kann, hängt vom Einzelfall ab, erfordert typischerweise aber eine qualifizierte Unterstützung, entweder durch eigene Gewaltbeiträge oder eine strukturelle Einbindung in die terroristische Vereinigung, etwa als Funktionär⁴⁹. Die bloße Teilnahme an Veranstaltungen der Organisation oder bloße finanzielle Zuwendungen reichen hier hingegen nicht aus⁵⁰. Wesentlich schärfer argumentiert in diesem Themenkreis *Treiber*, demzufolge aufgrund der typischen Beweisschwierigkeiten im Umgang mit Terrorismus bereits die ehemalige Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung die Vermutung begründen soll, dass auch gegenwärtig eine Gefahr von dem betreffenden Ausländer ausgeht⁵¹. Es liege dann am Ausländer, sich glaubhaft von den terroristischen Zielen zu distanzieren. Diesbezüglich ist *Treiber* zwar insofern zuzustimmen, als dass sich aus dem Fehlen einer Distanzierung tatsächlich Rückschlüsse auf eine fortbestehende Gefährlichkeit ergeben können⁵². Allein an die vergangene Mitgliedschaft anknüpfende *Vermutungen* sind jedoch schwerlich mit der gebotenen engen Auslegung der Ausschlussklauseln sowie dem Erfordernis einer *konkreten*, gegenwärtigen oder zukünftigen Gefahr in Einklang zu bringen⁵³. Es bietet sich hier eher eine Subsumtion unter die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK an, die eine gegenwärtige Gefahr gerade nicht voraussetzen⁵⁴.

Eng verbunden mit dem Thema terroristischer Handlungen ist die Frage, ob sich die betreffende Gefahr unmittelbar auf das Staatsgebiet des Aufnahmestaates beziehen muss. Zwar können terroristische Gefahren im Ausland, die den Aufnahmestaat nicht einmal indirekt betreffen, auch nicht unter § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1

⁴⁷ BVerwGE 109, 1 (7 ff.); 143, 138 (147 Rn. 24); VGH BW, B. v. 27.5.2013 – 11 S 2336/12 – Rn. 138. *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 19.

⁴⁸ BVerwGE 109, 1 (7 f.).

⁴⁹ BVerwGE 109, 1 (7 f., sowie 10 f. zur Situation innerhalb der PKK); 143, 138 (147 f. Rn. 24).

⁵⁰ BVerwG, ebda. Vgl. auch *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 7.

⁵¹ *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 235 ff. (2011). Dass diese Argumentation i.R.v. § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG aufgestellt werden, verwundert jedoch, da für diese Alternative ohnehin eine rechtskräftige Verurteilung erforderlich ist, für die bloße Vermutungen nicht ausreichen.

⁵² Vgl. die Argumentation des VGH BW, U. v. 13.1.2016 – 11 S 889/15 – Rn. 120 f. zu einer über § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfolgenden Ausweisung (wo allerdings das glaubhafte Abstandnehmen auch ausdrückliches Kriterium ist).

⁵³ Vgl. *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 348.

⁵⁴ S.u., § 5-B.-III.-1.-f).

AufenthG (bzw. Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 GFK) fallen, da dies mit dem insofern eindeutigen Wortlaut unvereinbar wäre⁵⁵. Dementsprechend fallen auch nicht alle terroristischen Aktivitäten *per se* unter diesen Ausschlussgrund⁵⁶. Jedoch besteht spätestens seit den Anschlägen vom 11. September 2001 Einigkeit darüber, dass terroristische Handlungen kein rein nationales Phänomen mehr bilden und große terroristische Organisationen mittlerweile im Gegenteil weltweit agieren⁵⁷. Insofern erscheint die Begrenzung der Ausschlussklauseln auf Gefahren, die unmittelbar auf dem Staatsgebiet des Aufnahmestaates drohen, nach inzwischen wohl einhelliger Meinung als zu eng. Stattdessen müssen von § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG auch Gefahren erfasst sein, die sich gegen eine Staatengemeinschaft richten, deren Mitglied der Aufnahmestaat ist⁵⁸. Erfasst sind davon in Deutschland vor allem die EU sowie die NATO. Dafür spricht in Zeiten der Globalisierung und gegenseitigen Abhängigkeit insbesondere der Gesichtspunkt, dass die Bundesrepublik auch sicherheitsbezogene Kompetenzen auf diese Institutionen ausgelagert hat⁵⁹. Es liegt daher nahe, Angriffe auf diese Institutionen auch als Angriffe auf die grundlegenden Interessen einzelner Mitgliedsstaaten zu verstehen. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dieses Konzept nicht zu überdehnen, um der gebotenen restriktiven Auslegung gerecht zu werden; ein zumindest indirekter Bezug zum Aufnahmestaat muss daher in jedem Fall festgestellt werden⁶⁰.

§ 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG erfordert eine Gefahrenlage, d.h. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland muss gegenwärtig oder zukünftig beeinträchtigt sein. Vergangene, bereits abgeschlossene Schädigungen können zwar – wie bei der Ausweisung – Anlass zur Prüfung der Ausschlussklausel geben, genügen aber für sich genommen nicht⁶¹. Dies ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck des

⁵⁵ Wennholz (Fn. 8), S. 250.

⁵⁶ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 87.

⁵⁷ Die Entwicklung stellt der Kanadische Supreme Court dar in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] – SCC 1 – Rn. 87 f.

⁵⁸ *Suresh v. Canada*, ebda., Rn. 87 ff.; Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 87; Wennholz (Fn. 8), S. 250; Kraft (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 17.

⁵⁹ Wennholz (Fn. 8), S. 250.

⁶⁰ So zwar auch *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] – SCC 1 – Rn. 88. Zu Recht allerdings kritisch zur Bejahung im konkreten Fall Wennholz (Fn. 8), S. 251 ff. Fehlt der indirekte Bezug, bleibt es allerdings ohne Weiteres möglich, dass der Ausländer unter eine der Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK fällt.

⁶¹ BVerwGE 106, 351 (360 f.); Grahl-Madsen, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 7; Möller (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39.

Art. 33 Abs. 2 GFK, der dem Schutz des Aufnahmestaates dient⁶². Bei lediglich in der Vergangenheit bestehenden Gefahren besteht aber keine Schutzbedürftigkeit⁶³. Die Gefahr muss – wie der Wortlaut deutlich macht – vom Ausländer selbst ausgehen⁶⁴.

Die Enge des Schutzguts der „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ führt insgesamt dazu, dass die erste Alternative des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG höhere Anforderungen beinhaltet als seine zweite Alternative, wo es „nur“ um die Gefährdung der Allgemeinheit geht⁶⁵. Das fehlende (formale) Erfordernis einer rechtskräftigen Verurteilung darf deshalb nicht eine leichtfertige Bejahung des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG zur Folge haben. Handlungen, die unter die erste Alternative fallen, müssen ein solches Gewicht besitzen, dass sie im Falle einer Verurteilung auch unter die zweite Alternative fallen würden⁶⁶.

b) § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG

Nach der zweiten Alternative des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG⁶⁷ findet das Refoulementverbot des § 60 Abs. 1 AufenthG keine Anwendung, wenn der Ausländer eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist.

⁶² Siehe nur *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 1.

⁶³ *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39.

⁶⁴ *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 78 ff.; *Wennholz* (Fn. 8), S. 247 f. betonen daher zu Recht, dass Gefahren, die dem Aufnahmestaat – insbesondere durch Vergeltungsschläge – vom Verfolgerstaat oder von Dritten drohen, nicht zur Abschiebung des Ausländers führen können. Ein solches Ergebnis wäre auch mit dem Schutzzweck des Refoulementverbot unvereinbar, da in einem solchen Fall lediglich einem besonders eindringlichen – völkerrechtswidrigen – Verfolgungsbegehren nachgegeben würde. Vgl. auch *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 7: „It will therefore be understood that it is the behaviour of the refugee in his country of refuge, and not the fact that he is wanted by the authorities in his country of origin, which justifies his being regarded as a danger to the security of the former country“. A.A. hingegen *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 347.

⁶⁵ *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 4; *Wennholz* (Fn. 8), S. 256; *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 21.

⁶⁶ *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1486; *Wennholz* (Fn. 8), S. 246.

⁶⁷ Entspricht Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK sowie Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL.

aa) Rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens

Anders als für die erste Alternative bedarf es einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer Straftat. Diese allein führt allerdings noch nicht zur Erfüllung des Ausschlussgrundes, sondern auch für die zweite Alternative ist die Feststellung einer Gefahrenlage erforderlich, wobei das Schutzgut hier die „Allgemeinheit“, d.h. die Bevölkerung des Aufnahmestaates ist. Die rechtskräftige Verurteilung ist somit lediglich formale Anforderung⁶⁸, die überhaupt erst Anlass zur Prüfung gibt.

Die Verurteilung muss „wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens“ erfolgen. Die Formulierung folgt damit exakt den Vorgaben der deutschen Fassung des Art. 33 Abs. 2 GFK, die sich ihrerseits wohl an der französischen Fassung orientiert, die „un crime ou délit particulièrement grave“ voraussetzt⁶⁹. Art. 21 Abs. 2 lit. b) der QRL hingegen verlangt eine „besonders schwere Straftat“ und lehnt sich damit an den englischen Wortlaut („particularly serious crime“) an.

Auch wenn später noch die Prüfung einer Gefahr für die Allgemeinheit erforderlich ist, stellt die *besonders schwere* Straftat ein eigenes Merkmal der Ausschlussklausel dar⁷⁰. Käme es nur auf die Wiederholungsgefahr an, würde jede Straftat Anlass zur Prüfung des Art. 33 Abs. 2 GFK geben, der eine Mindestfreiheitsstrafe im Gegensatz zu § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG nicht enthält. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht von zwei eigenständigen Voraussetzungen aus, wenn es annimmt, die Anforderungen an die Freiheitsstrafe könnten nicht beliebig nach unten verschoben und dann im Gegenzug unter dem Merkmal der Gefahr wieder „nach oben“ korrigiert werden⁷¹. Dafür spricht auch, dass sich in der Praxis die Prüfung der Gefahr an der verhängten Freiheitsstrafe orientieren wird⁷².

⁶⁸ UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 8.

⁶⁹ Vgl. Wennholz (Fn. 8), S. 253.

⁷⁰ So auch das Gutachten der *Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages*, Vorgaben des EU-Rechts zu Voraussetzungen und Grenzen von Aufenthaltsbeendigungen international Schutzberechtigter infolge von Straffälligkeit, PE 6 – 3000 – 4/16, vom 9.2.2016, S. 12: „Kumulativ“.

⁷¹ BVerwGE 146, 31 (38 Rn. 17). A.A. wohl Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 86 sowie D. Thym, Die Auswirkungen des Asylpakets II, in: NVwZ 2016, S. 409 (415), die eine solche Korrektur gerade für möglich halten.

⁷² Vgl. UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 10.

Fraglich ist indes, wie das Merkmal der „besonders schweren Straftat“ bzw. – nach dem Wortlaut der GFK – des „Verbrechens oder besonders schweren Vergehens“ verstanden werden muss. Insbesondere macht die Formulierung für sich genommen nicht hinreichend klar, ob die verurteilte Straftat auch *abstrakt* zu beurteilen ist. Muss die Straftat also auch *als solche* besonders schwer wiegen oder genügt ist, wenn die begangene Tat im *konkreten Einzelfall* eine besondere Schwere aufweist? Erstere Sichtweise würde dazu führen, dass bestimmte Straftaten niemals die Ausnahmeklausel des Art. 33 Abs. 2 GFK erfüllen könnten, ungeachtet ihrer Begehung und Auswirkungen im Einzelfall.

(i) Erfordernis der abstrakten Schwere

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Straftat, derentwegen der Ausländer rechtskräftig verurteilt wurde, in ihrer konkreten Begehung besonders schwer wiegen muss⁷³. Dem ist zuzustimmen, geht es doch um das Zurückdrängen einer *individuellen* Rechtsposition und sagt doch der abstrakte Strafrahmen noch nicht *per se* etwas über die Schwere im Einzelfall aus. So kann ein Vergehen im Sinne der deutschen Systematik (§ 12 Abs. 2 StGB) schwerer wiegen als manches Verbrechen⁷⁴, weshalb die Formulierung des Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL, der schlicht eine besonders schwere Straftat verlangt, letztlich auch vorzugswürdig ist.

Hingegen wird kaum ausdrücklich diskutiert, ob die Straftat darüber hinaus auch abstrakt besonders schwer wiegen muss⁷⁵. Die Literatur, die sich mit den internationalen Vorgaben zu § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG befasst, scheint ein solches Erfordernis aber bereits als selbstverständlich vorauszusetzen⁷⁶. Dabei

⁷³ BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 15); UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 8; Hathaway, Rights (Rn. 38), S. 350; Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 101; Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, EU-Recht (Fn. 70), S. 12.

⁷⁴ BT-Drs. 11/6321, S. 74 f.; Treiber (Fn. 7), § 60 Rn. 214 (2011). Vgl. auch die ähnliche Wertung in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff, BVerfGE 109, 279 (345).

⁷⁵ Auch die Entstehungsgeschichte ist nicht ergiebig, vgl. Grahl-Madsen, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9: „The travaux préparatoires do not give much lead as to the understanding of the expression“.

⁷⁶ Vgl. P. Weis, in: UNHCR (Hrsg.), The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, 1990 (abrufbar unter www.unhcr.org/4ca34be29.html [zuletzt abgerufen am 27.6.2017]), S. 246; UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 8; Hathaway, Rights (Rn. 38), S. 350; Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 101; Treiber (Fn. 7), § 60 Rn. 227 (2011); Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, EU-Recht (Fn. 70), S. 12.

wird zumeist ohne weitere Begründung davon ausgegangen, dass zwar keine abschließende Liste von Straftaten genannt werden könne, allgemein für Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK jedoch nur Kapitalverbrechen – und damit gerade nicht *jede* Straftat – in Betracht kämen⁷⁷. Konkreter in der Begründung wird *Hathaway*, der mit dem Wortlaut der englischen Fassung argumentiert. Die doppelte Einschränkung („particularly serious“) bewirke, dass es sich um ein abstrakt schwerwiegendes („serious“) Delikt handeln müsse, das auch in seiner konkreten Begehung („particularly“) eine Ausnahme vom Refoulementverbot rechtfertige⁷⁸.

Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, es komme für die Anwendung des § 60 Abs. 8 AufenthG nicht auf die abstrakte Strafandrohung, sondern auf die konkret verhängte Freiheitsstrafe an⁷⁹. Sollte damit die Auffassung verbunden sein, für die Ausnahmeklausel des Art. 33 Abs. 2 GFK komme abstrakt *jede* Straftat in Betracht, vermag dies nicht zu überzeugen. Neben dem von *Hathaway* angeführten Wortlaut-Argument sprechen auch Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GFK dagegen: Als Ausnahmenvorschrift müssen die Tatbestandsmerkmale restriktiv ausgelegt werden; die Anwendung darf nur *ultima ratio* sein. Wenn aber keine bereits abstrakte Eingrenzung erfolgt, erweist sich die Klausel als doch sehr weitläufig und es besteht insbesondere die Gefahr der willkürlichen Anwendung, vor der bereits in den *travaux préparatoires* zur GFK gewarnt wurde⁸⁰. Ähnlich hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff nach Art. 13 Abs. 3 GG argumentiert. Wörtlich heißt es dort: „Würde bereits das mögliche schwere Tatunrecht eines Delikts im Einzelfall als ausreichend für eine Aufnahme in den Straftatenkatalog angesehen werden, käme dem Merkmal der besonders schweren Straftat in Art. 13 Abs. 3 GG keine eingriffsbegrenzende Funktion mehr zu, weil letztlich

⁷⁷ Als typischerweise erfasste „Kapitalverbrechen“ werden genannt Mord und Totschlag, Vergewaltigung, Kindesmissbrauch, Brandstiftung, Drogenhandel sowie bewaffneter Raub: *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9; *Weis*, ebda., S. 246; UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 8; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 227 (2011).

⁷⁸ *Hathaway*, Rights (Rn. 38), S. 350. Dieser Begründung folgen *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 101.

⁷⁹ BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 15). Die Entscheidung enthält zahlreiche Aspekte, die zur Bewertung des 2016 neu eingefügten § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG herangezogen werden können. Dazu unten, § 5-B.-V.-2.

⁸⁰ „The Belgian representative could not accept those words [‘convicted because of particularly serious acts’, Anm. des Verf.], which he thought could be interpreted in an arbitrary manner“, abgedruckt bei UNHCR, *Travaux* (Fn. 76), S. 239.

nahezu jedes Delikt des Strafgesetzbuchs im Einzelfall besonders schwer sein kann“⁸¹.

Anders als Art. 33 Abs. 2 GFK enthält Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG zwar einen Auftrag an den einfachen Gesetzgeber, einen Straftatenkatalog zu erstellen („einzeln bestimmte besonders schwere Straftat“), worauf auch das Bundesverfassungsgericht abgestellt hat⁸². Fakt ist jedoch, dass sowohl Art. 33 Abs. 2 GFK als auch Art. 13 Abs. 3 GG das Merkmal der „besonders schweren Straftat“ verwenden, um die Anforderungen an den Eingriff in eine hochsensible individuelle Rechtsposition festzulegen. Insofern ist die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auf den hier behandelten Fall übertragbar.

Interessanterweise fordert auch das Bundesverwaltungsgericht für § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG (Art. 1 F lit. b) QRL) eine bereits *abstrakt* schwere Straftat. Es müsse sich „um ein Kapitalverbrechen oder eine sonstige Straftat handeln, die in den meisten Rechtsordnungen als besonders schwerwiegend qualifiziert ist und entsprechend strafrechtlich verfolgt wird“⁸³. Zwar mag diese Argumentation auch davon getragen sein, dass § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG nur auf im Ausland begangene Taten anwendbar ist⁸⁴. Bereits im Hinblick auf den beinahe identischen Wortlaut von Art. 1 F lit. b) und Art. 33 Abs. 2 GFK in der authentischen englischen Fassung⁸⁵ ist eine abweichende Bewertung für letztere Vorschrift jedoch nicht angebracht⁸⁶.

⁸¹ BVerfGE 109, 279 (346) – *großer Lauschangriff*. Vgl. auch BVerfGE 107, 299 (321 f.) – *Handy-Überwachung* zum Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“: „Damit wird verdeutlicht, dass derartige Eingriffe nur bei Straftaten gerechtfertigt sind, denen der Gesetzgeber *allgemein* [Hervorhebung durch den Verf.] ein besonderes Gewicht beimisst“.

⁸² BVerfGE 109, 279 (346): „Die Gestaltung des Katalogs wäre bei dieser Auslegung des Art. 13 Abs. 3 GG beliebig und vor allem auch beliebig erweiterbar“.

⁸³ BVerwGE 132, 79 (86 Rn. 19); 135, 252 (269 Rn. 41); 136, 89 (106 f. Rn. 47).

⁸⁴ Dazu näher unten, § 5-B.-III.-1.-c)-aa).

⁸⁵ „Serious non-political crime“ und „particularly serious crime“.

⁸⁶ *Hathaway*, Rights (Rn. 38), S. 349 zufolge sind die Anforderungen an die Schwere der Straftat in Art. 33 Abs. 2 GFK sogar noch höher als in Art. 1 F lit. b) GFK, da der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GFK eine *doppelte* Einschränkung enthalte.

(ii) Kriterien für die abstrakte Schwere eines Delikts

Welche Straftaten aber wiegen abstrakt „besonders schwer“?

Für die Beurteilung dieser Frage ist zunächst festzuhalten, dass zwar für die GFK als völkerrechtlicher Vertrag grundsätzlich internationale Standards maßgeblich sein müssen⁸⁷. Allerdings muss die Straftat natürlich auch im Aufnahmestaat als besonders schwer anerkannt sein; ansonsten wäre ein Ausschluss bereits mit dem durch Art. 33 Abs. 2 GFK bezweckten Schutz des Aufnahmestaates nicht zu vereinbaren⁸⁸. Ebenso kann zwar in der Genfer Konvention mit den Begriffen „Verbrechen und Vergehen“ kein Bezug auf nationale Kategorien verschiedener Deliktsarten gemeint sein, im nationalen deutschen Recht ist allerdings im Sinne einer einheitlichen Rechtsauslegung an die aus § 12 Abs. 1, 2 StGB bekannte Unterteilung anzuknüpfen⁸⁹.

Da für die Beurteilung der Schwere der Straftat zunächst deutsche Standards entscheidend sind und internationale Maßgaben in einem zweiten Schritt nur gegebenenfalls als Korrektiv heranzuziehen sind, bietet sich eine Orientierung an anderen nationalen Gesetzen und der dazu ergangenen Rechtsprechung an.

Das deutsche Recht kennt ähnliche Formulierungen wie die des insofern vorzugswürdigen Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL sowohl im StGB als auch insbesondere in der StPO. Dabei wird unterschieden zwischen „erheblichen rechtswidrigen Taten“⁹⁰, „erheblichen Straftaten“⁹¹, „Straftaten von erheblicher Bedeutung“⁹², „schweren Straftaten“⁹³ sowie „besonders schweren Straftaten“⁹⁴. Nun lässt sich das Verständnis dieser Normen nicht eins zu eins auf § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG

⁸⁷ Vgl. *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9 der bezogen auf die verwendeten Begrifflichkeiten „Verbrechen und Vergehen“ die Unterschiedlich in den einzelnen Nationen hervorhebt. Innerhalb der Unions-Mitgliedstaaten hat sich bisher keine einheitliche Auslegung der „besonders schweren Straftat“ i.S.d. Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL herausgebildet; vgl. die Untersuchung in *European Council on Refugees and Exiles*, The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection, 2008, S. 174 ff.

⁸⁸ Vgl. *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1484; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 179.

⁸⁹ *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 42.

⁹⁰ §§ 63, 64 StGB.

⁹¹ § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

⁹² U.a. §§ 81g Abs. 1, 100 g Abs. 1 Nr. 1, 100h Abs. 1, 100i Abs. 1 StPO.

⁹³ U.a. § 110a Abs. 1 StPO.

⁹⁴ Art. 13 Abs. 3 GG, § 100c Abs. 1 StPO.

übertragen, da die Normen in einem ganz anderen Zusammenhang erlassen wurden und für die Umsetzung der GFK ohnehin ein Spielraum⁹⁵ besteht. Es kann jedoch nicht darüber hinweggesehen werden, dass sich Literatur und Rechtsprechung im Rahmen der StPO und des StGB ausführlich damit auseinandergesetzt haben, wie leichte, mittlere und schwere Kriminalität voneinander zu unterscheiden sind. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse müssen schon im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung eine Bedeutung auch für das Ausländerrecht haben.

Maßgebend für das heutige Verständnis der einzelnen in der StPO verwendeten Begriffe sind verschiedene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁹⁶. Für die Bewertung des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG wird davon vor allem die schon angesprochene Entscheidung zum sog. großen Lauschangriff relevant, worin sich das Gericht mit den Erfordernissen aus Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG auseinandergesetzt hat, der ebenso wie Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL eine „besonders schwere Straftat“ voraussetzt. Nach Ansicht des Gerichts müsse eine „besonders schwere Straftat“ den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen⁹⁷. Welche Bedeutung der Gesetzgeber einer Straftat beimisst, ob er sie also der einfachen, mittleren oder bereits der schweren Kriminalität zuordnet, ergebe sich aus dem Strafraumen der Deliktstnorm⁹⁸. In diesem Sinne spiele es eine besondere Rolle, dass nach der Systematik des StGB eine Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafen den Regelfall darstellt⁹⁹. Eine besonders schwere Straftat könne in abstrakter Hinsicht daher nur dann vorliegen, wenn ihre Begehung in der Höchststrafe mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sei¹⁰⁰. Nach der Systematik des StGB werde in diesen Fällen sogleich eine Höchststrafe von zehn

⁹⁵ G. Gilbert, Current issues in the application of the exclusion clauses, in: E. Feller/V. Türk/F. Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law. UNHCR's global consultations on international protection, Cambridge 2003, S. 425 (450); Thym, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415; Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, EU-Recht (Fn. 70), S. 12.

⁹⁶ U.a. BVerfGE 103, 21 (34) – *Genetischer Fingerabdruck I* sowie 107, 299 (321 f.) – *Handy-Überwachung* zum Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“; 109, 279 (343 f.) – *großer Lauschangriff* zum Begriff der „besonders schweren Straftat“ und 129, 208 (243) – *TKÜ-Neuregelung* zum Begriff der „schweren Straftat“.

⁹⁷ BVerfGE 109, 279 (344 f.).

⁹⁸ BVerfGE 109, 279 (347); 129, 208 (243). Ausführlich P. Gieß, Die „Straftat von erheblicher Bedeutung“ als Eingriffsvoraussetzung. Versuch einer Inhaltsbestimmung, in: GA 151 (2004), S. 623 (635 ff.).

⁹⁹ BVerfGE 129, 208 (243).

¹⁰⁰ BVerfGE 109, 279 (347 f.). Zustimmend D. Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, S. 21.

Jahren Freiheitsstrafe oder mehr normiert, sodass es sich nur noch um Delikte handele, die den Bereich der mittleren Kriminalität eindeutig verließen¹⁰¹.

Diese Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts spiegeln nicht etwa Besonderheiten des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG wider, sondern sind allgemeiner Natur. Sie überzeugen und können daher auf das Flüchtlingsrecht übertragen werden. Auch für Art. 33 Abs. 2 können Straftaten der leichten und mittleren Kriminalität schon angesichts des engen Wortlauts sowie des Umstandes, dass es um eine Ausnahme vom Kernstück des Flüchtlings-schutzes geht, nicht ausreichen. Da aber wie oben beschrieben in einem ersten Prüfungsschritt untersucht werden muss, ob die Straftat im Aufnahmestaat besonders schwer wiegt, ist auch für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG der Strafraumen des jeweiligen Delikts der Anknüpfungspunkt für die Beurteilung einer besonderen Schwere. Ist eine Höchststrafe von mehr als fünfjähriger Freiheitsstrafe vorgesehen, ist daher auch im Ausländerrecht ohne Weiteres von einer abstrakt besonders schwerwiegenden Straftat auszugehen.

Aus mehreren Gründen ist es allerdings vertretbar, die Hürde für das Vorliegen einer solchen Straftat geringer anzusetzen als es das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff getan hat. Zwar können die Folgen eines Absehens vom Refoulementverbot in Anbetracht der dabei betroffenen Rechtsgüter – unter anderem Leib, Leben, Freiheit – noch schwerer wiegen als die der akustischen Wohnraumüberwachung im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG, die „nur“ in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreift. Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass der flüchtlingsrechtliche Refoulement-schutz neben dem Erfordernis der bereits abstrakt besonders schwerwiegenden Straftat durch zahlreiche andere Voraussetzungen und Instrumentarien gesichert ist. An erster Stelle zu nennen ist dabei die Voraussetzung der rechtskräftigen Verurteilung. Anders als im Falle der zur *Erforschung* des Sachverhalts¹⁰² eingesetzten akustischen Wohnraumüberwachung nach Art. 13 Abs. 3 GG ist der Ausländer ja in dem Zeitpunkt, in dem über ein Absehen vom Refoulementverbot entschieden wurde, bereits rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Dementsprechend lässt sich hier noch eher als bei Art. 13 Abs. 3 GG an

¹⁰¹ BVerfGE 109, 279 (347 f.).

¹⁰² Vgl. auch den zur Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 GG erlassenen § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO.

die Umstände des Einzelfalles anknüpfen¹⁰³. Ungeachtet des Bestehens des Kriteriums der abstrakten Schwere kann nämlich nicht verkannt werden, dass doch die konkrete Schwere noch eher Einblicke in die vom Ausländer ausgehende Bedrohung gewährt, was angesichts des Schutzzwecks des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK maßgeblich sein muss. Des Weiteren verlangt die Abschiebung in den Verfolgerstaat, wie noch im Einzelnen aufzuzeigen sein wird, als Maßnahme der Gefahrenabwehr eine Wiederholungsgefahr, und die Rechte des Flüchtlings sind durch den absoluten Abschiebungsschutz aus § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG zusätzlich abgesichert. Zuletzt sei an den Spielraum erinnert, der den Vertragsstaaten bei der Umsetzung des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK zusteht.

Die Anforderungen an die abstrakte Schwere der Straftat können daher für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG geringer sein als jene, die das Bundesverfassungsgericht für den großen Lauschangriff aufgestellt hat. Andererseits dürfen die Voraussetzung auch nicht ausgehöhlt werden. Daher muss auch für ein Absehen vom Refoulementverbot mindestens eine Straftat begangen worden sein, die eine Höchststrafe von fünf Jahren vorsieht. Mit anderen Worten: Alle Straftaten, die eine geringere Höchststrafe als eine fünfjährige Freiheitsstrafe vorsehen, scheiden in jedem Fall aus dem Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel aus. Eben weil die Höchststrafe von fünf Jahren aber bereits den Regelfall im StGB bedeutet, kann sie allein auch nicht ausreichen, um die besondere abstrakte Schwere der Straftat zu rechtfertigen. Es bedarf insofern eines zusätzlichen Kriteriums. Auch an dieser Stelle kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen werden: Das Gericht hat sich in seiner *TKÜ-Entscheidung* aus dem Jahr 2011 für die Definition der (nur) „schweren Straftat“¹⁰⁴ ebenfalls mit der Frage auseinandergesetzt, in welchen Fällen solche Straftaten, die als Höchststrafe eine fünfjährige Freiheitsstrafe vorsehen, den Bereich der mittleren Kriminalität bereits verlassen. Dabei hat es auf das durch die Strafnorm „geschützte Rechtsgut und dessen Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft“ abgestellt¹⁰⁵. Es ist nicht ersichtlich, warum dieses Kriterium nicht für den Art. 33

¹⁰³ Dass auch die akustische Wohnraumüberwachung eine konkrete Schwere der Straftat im Einzelfall voraussetzt, unterstreicht BVerfGE 109, 279 (346) sowie wiederum § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO.

¹⁰⁴ Die „schwere Straftat“ liegt in ihrem Gewicht zwischen der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ und der „besonders schweren Straftat“; siehe nur *M. Bruns*, in: R. Hammich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 7. Aufl. 2013, § 100a StPO Rn. 29.

¹⁰⁵ BVerfGE 129, 208 (343).

Abs. 2 Alt. 2 GFK übernommen werden sollte, zumal die Schwere einer Straftat natürlich ganz maßgeblich von dem beeinträchtigten Rechtsgut abhängt. Welche Rechtsgüter von besonderer Bedeutung sind, wird im Rahmen der Untersuchung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG besprochen, der anders als der insofern offene S. 1 nur bestimmte Katalogstraftaten erfasst¹⁰⁶.

Ein weiteres Indiz dafür, dass der mittlere Kriminalitätsbereich bereits überschritten ist, kann außerdem von einer erhöhten Mindeststrafe ausgehen, wenn die Straftat also in jedem Fall eine Freiheits-, und nicht nur eine Geldstrafe zur Folge hat¹⁰⁷.

Zusammenfassend liegt daher eine abstrakt besonders schwerwiegende Straftat in jedem Falle dann vor, wenn sie eine Höchstfreiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren vorsieht. Beträgt die Höchstfreiheitsstrafe fünf Jahre, so muss es sich um ein besonders bedeutendes Rechtsgut handeln, damit der mittlere Kriminalitätsbereich in abstrakter Hinsicht verlassen ist. Ein Indiz dafür ist eine erhöhte Mindeststrafe. Liegen diese zusätzlichen Kriterien nicht vor oder beträgt die Höchstfreiheitsstrafe weniger als fünf Jahren, handelt es sich nicht um eine besonders schwere Straftat und eine Ausnahme vom Refoulementverbot scheidet aus.

Die im StGB verwendeten Begriffe sind weniger ergiebig als die der StPO. Die „erhebliche rechtswidrige Tat“ gem. §§ 63, 64 StGB muss als Bezugsrahmen für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG bereits deshalb ausscheiden, weil sie – wie im Übrigen auch die „Straftat von besonderer Bedeutung“ im Sinne der StPO¹⁰⁸ – auch Fälle mittlerer Kriminalität erfasst¹⁰⁹. Die „erhebliche Straftat“ nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB verfolgt keinen allgemeinen Ansatz, sondern ist auf solche Taten beschränkt, die das Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen. Das PolG NRW enthält in § 18 eine Vorschrift, die wie § 100c StPO (bzw. Art. 13 Abs. 3 GG) zur akustischen Wohnraumüberwachung ermächtigt. Möglich ist sie zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person. Dies ist zwar insofern interessant, als

¹⁰⁶ S.u., § 5-B.-V.-2.-a).

¹⁰⁷ Vgl. zur „Straftat von erheblicher Bedeutung“ *Gieß*, Straftat (Fn. 98), S. 637.

¹⁰⁸ Eine solche Straftat muss nach BVerfGE 103, 21 (34) „mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen“. Ausführlich *Gieß*, (Fn. 98), S. 623 ff.

¹⁰⁹ BGH, U. v. 23.6.1976 – 3 StR 99/76 – Rn. 8; *W. Stree/J. Kinzig*, in: A. Schönke/H. Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 63 Rn. 18.

dass die „besonders schwere Straftat“ im Gefahrenabwehrrecht so „übersetzt“ wird, dass sie nur die Rechtsgüter Leib, Leben und Freiheit erfasst, jedoch weniger zielführend als eine Orientierung an der StPO, deren Begriffe dem Art. 33 Abs. 2 GFK ähnlicher sind.

(iii) „Verbrechen oder besonders schweres Vergehen“

Anders als Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL, der der authentischen englischen Fassung näher kommt, verlangen Art. 33 Abs. 2 GFK und § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG keine besonders schwere Straftat, sondern ein „Verbrechen oder besonders schweres Vergehen“.

Die Genfer Konvention als völkerrechtlicher Vertrag kann sich damit nicht auf nationale Kategorien verschiedener Deliktsarten beziehen¹¹⁰, im nationalen deutschen Recht ist allerdings im Sinne einer einheitlichen Rechtsauslegung an die aus § 12 Abs. 1, 2 StGB bekannte Unterteilung anzuknüpfen¹¹¹. Dass schon seit dem AuslG 1990¹¹² – anders noch in § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG 1965 – nicht mehr nur die Begehung eines Verbrechens, sondern auch die eines besonders schweren Vergehens ausreicht, ist berechtigt. Es gibt zahlreiche Vergehen, die eine Höchststrafe von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe zulassen und damit nach der hier befürworteten Wertung auch abstrakt besonders schwer wiegen. Auf Verbrechen trifft dies im Übrigen beinahe ausschließlich zu¹¹³. Darüber hinaus kann das Zurückdrängen des Refoulements schutzes als individueller Rechtsposition eben nicht nur von der abstrakten Strafandrohung abhängen und im Einzelfall ein Vergehen auch schwerer wiegen als manches Verbrechen¹¹⁴.

¹¹⁰ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9, der die Unterschiede in den einzelnen Nationen hervorhebt.

¹¹¹ *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 42.

¹¹² Dort § 51 Abs. 3 S. 1.

¹¹³ Eine Ausnahme bildet lediglich die Rechtsbeugung gem. § 339 StGB mit einer Höchststrafe von fünf Jahren – die Begehung dieses Delikts dürfte Verfolgen aber eher schwer fallen.

¹¹⁴ BT-Drs. 11/6321, S. 74 f.; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 214 (2011). Vgl. auch die ähnliche Wertung in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff, BVerfGE 109, 279 (345).

(iv) Rechtskräftige Verurteilung zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe

Gem. § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG muss der Ausländer wegen des Verbrechens oder besonders schweren Vergehens rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt werden. In dieser Hinsicht weicht die deutsche Regelungen von ihren internationalen Vorbildern ab, denn weder Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK noch Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL sehen Mindeststrafen vor. Allerdings wird man festhalten müssen, dass die Einführung einer Mindestfreiheitsstrafe die Rechte der Flüchtlinge grundsätzlich nicht verkürzt, eher im Gegenteil¹¹⁵: Anders als in der Fassung der GFK und der QRL reicht eben nicht jede Verurteilung wegen einer (abstrakt schwerwiegenden) Straftat, um zumindest Anlass zur Prüfung der Ausschlussklausel zu geben, sondern in diese Prüfung können die Behörden erst ab der Verurteilung zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe einsteigen.

Rechtskräftig ist das Urteil, wenn keine Rechtsmittel mehr bestehen, d.h. sie entweder verfristet oder erschöpft sind¹¹⁶. Durch den Vergleich mit § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG, der ausdrücklich von der Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe spricht, ist inzwischen eindeutig, dass eine Jugendstrafe für die Anwendung von § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG gerade nicht reicht. Damit hat sich die Rechtslage aber nicht geändert; bereits im Jahr 2000 hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Begriff der Freiheitsstrafe technisch zu verstehen sei¹¹⁷. In einer jüngeren Entscheidung aus dem Jahr 2013 hat es außerdem betont, dass bei der Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe zumindest eine der Einzelstrafen, aus denen die Gesamtstrafe gemäß §§ 54, 55 StGB gebildet wird, eine wenigstens dreijährige Freiheitsstrafe sein muss¹¹⁸. Die Argumentation für diese Sichtweise ist überzeugend, insbesondere würde eine andere Auslegung „dazu führen, dass die von rein verfahrenspraktischen Aspekten, nicht aber von der Gefährlichkeit des Täters abhängige Frage, ob eine Straftat in einem Strafverfahren für sich genommen oder zusammen mit anderen Straftaten

¹¹⁵ *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 224 (2011).

¹¹⁶ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9; *Wennholz* (Fn. 8), S. 255.

¹¹⁷ BVerwGE 112, 180 (182).

¹¹⁸ BVerwGE 146, 31 (35 f. Rn. 12 ff.); so auch *Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 84. A.A. noch OVG Nds., U. v. 8.2.2012 – 13 LB 50/09 – Rn. 26; OVG SH, U. v. 21.6.2012 – 1 LB 10/10 – Rn. 45.

abgeurteilt wird, ausschlaggebend dafür werden könnte, ob der Täter [die Voraussetzungen der Norm, Anm. des Verf.] erfüllt oder nicht“¹¹⁹.

Eine Inlandstat wird von § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG nicht notwendig gefordert, kommt es doch maßgeblich auf die Gefährlichkeit des Täters an¹²⁰. Wurde die Tat allerdings schon vor der Aufnahme als Flüchtling begangen, so kommt nur § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG in Betracht¹²¹.

(v) Besondere Schwere im Einzelfall

Es besteht wie beschrieben Einigkeit darüber, dass für den Ausschluss vom Refoulementverbot nach dem Vorbild des Art. 33 Abs. 2 GFK die Straftat auch im Einzelfall besonders schwer wiegen muss. Fraglich ist aber, ob eine gesonderte Feststellung darüber durch das nationale Erfordernis der dreijährigen Freiheitsstrafe obsolet wird.

Wiederum in Bezug auf die StPO hat das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass Indizien für die besondere Schwere im Einzelfall die Schutzwürdigkeit der verletzten Rechtsgüter, der Grad der Bedrohung der Allgemeinheit, die Art der Begehung der Straftat, die Anzahl der Geschädigten und/oder das Ausmaß des Schadens sein können¹²². Auch diese Wertung lässt sich für Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK übernehmen, wo es im Hinblick auf das Schutzgut insbesondere darauf ankommt, ob sich in der Tat die Gefährlichkeit des Täters für die Gemeinschaft manifestiert¹²³.

Betrachtet man die Systematik des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK wie auch des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG genauer, so ergibt sich, dass – anders als nach den authentischen englischen und französischen Fassungen¹²⁴ – die Verurteilung zu

¹¹⁹ BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 16).

¹²⁰ *Hathaway, Rights* (Rn. 38), S. 351; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 101; *Wennholz* (Fn. 8), S. 256. Wurde die Tat auch im Ausland verurteilt, muss diese Verurteilung jedoch deutschen Standards entsprechen, vgl. VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 47 sowie *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 231 (2011).

¹²¹ Vgl. nur den Wortlaut dieser Vorschrift.

¹²² BVerfGE 129, 208 (244).

¹²³ *Grahl-Madsen, Commentary* (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9 („danger to the community“); *UNHCR, Auslegung* (Fn. 19), Ziff. 9 („öffentliche Gefahr“); *Wennholz* (Fn. 8), S. 254 („Gefahr für die Allgemeinheit“).

¹²⁴ Die authentischen Fassungen verlangen in jedem Fall die Feststellung einer konkreten Schwere. In der englischen Fassung, die schlicht ein „particularly serious crime“ fordert, ist dies eindeutig, doch auch im französischen – „un crime ou délit particulièrement

einer Freiheitsstrafe wegen der Begehung eines Verbrechens ohne Weiteres ausreicht; lediglich bei einem Vergehen muss dem Gesetzestext zufolge eine besondere Schwere zusätzlich festgestellt werden¹²⁵. Indes befasst sich das Bundesverwaltungsgericht – jedenfalls soweit absehbar – auch bei Vergehen nicht gesondert mit der besonderen Schwere der Tat. Stattdessen soll nach seiner Rechtsprechung die Mindeststrafenregelung an sich bereits sicherstellen, dass der Entzug des Flüchtlings- und Asylstatus nur gegenüber besonders gefährlichen Tätern in Betracht kommt¹²⁶.

Eine solche Vorgehensweise ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Mindeststrafe hoch genug angesetzt ist, was bei drei Jahren noch der Fall ist. Dafür sprechen insbesondere, dass in diesem Bereich die Zuständigkeit des Strafrichters bereits verlassen wird¹²⁷ und auch eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung nach § 56 StGB nicht möglich ist¹²⁸. Eine derart lange Haftstrafe stellt somit sicher, dass es sich nur um Fälle schwerer Kriminalität handelt¹²⁹ und sich in ihrer Begehung eine Gefährlichkeit des Täters für die Gemeinschaft manifestiert, zumal auch die Strafgerichte für die Dauer der Freiheitsstrafe den Einzelfall beurteilen und die deutsche Praxis daher nicht etwa dazu führt, dass die Begehung einer abstrakt schweren Straftat für sich genommen ausreicht. Ohnehin hat die

grave“ – bezieht sich das „besonders“ („particulièrement“) auf beide Deliktsarten. Kritisch daher *Wennholz* (Fn. 8), S. 253, der die deutsche Fassung deshalb für „ungenau und damit missverständlich“ hält; ähnlich *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1486 („irreführend“).

¹²⁵ Vgl. *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 42. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 109, 279 (346 f.) für die „besonders schwere Straftat“ nach Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG lediglich festgestellt, dass bei bestimmten Straftaten wie Mord und Totschlag die Schwere auch im Einzelfall schon durch das Rechtsgut indiziert sei, diese Feststellung aber keinesfalls auf *alle* Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB bezogen.

¹²⁶ BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 15). BVerwGE 112, 185 (190 f.) sieht in der Mindestfreiheitsstrafe eine Konkretisierung des Begriffs der „besonders schweren Straftat“. Dass bei einer dreijährigen Freiheitsstrafe eine Vermutung für die geforderte Gefährlichkeit des Täters bestehen soll, lässt sich auch der Gesetzesbegründung entnehmen, wonach die Einführung der Mindeststrafenregelung die Anwendung der Ausschlussklausel in der Praxis erleichtern soll (BT-Drs. 13/4948, S. 9).

¹²⁷ Nach § 25 Nr. 2 GVG entscheidet der Strafrichter nur, wenn eine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren nicht zu erwarten ist und auch nur, wenn es sich um ein Vergehen i.S.d. § 12 Abs. 2 StGB handelt. Ansonsten entscheiden vor den Amtsgerichten gem. § 28 GVG Schöffengerichte. Maßgeblich für die Prognose ist die im Augenblick der Eröffnung des Hauptverfahrens zu erwartende – konkrete – Strafe; *C. Barthe*, in: Hammich, *Karlsruher Kommentar* (Fn. 104), § 25 GVG Rn. 5 m.w.N.

¹²⁸ Auch § 56 Abs. 2 StGB gilt nur für eine Freiheitsstrafe, „die zwei Jahre nicht übersteigt“.

¹²⁹ Vgl. BVerwGE 112, 185 (188 f.).

deutsche Rechtsprechung wiederholt betont, dass eine Verurteilung an sich noch nicht ausreicht, sondern daraufhin das Bestehen einer Wiederholungsgefahr streng überprüft werden muss¹³⁰. Im Ergebnis beschneidet es die Rechte der Flüchtlinge somit nicht und ist mit der Genfer Konvention vereinbar, dass die Mindeststrafe des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG als Präzisierung des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK verstanden und im Normalfall – Ausnahmen müssen mangels Bindung an die strafgerichtlichen Urteile möglich sein – von einer Prüfung der *konkreten* Schwere im Einzelfall abgesehen wird¹³¹.

bb) Gefahr für die Allgemeinheit

Des Weiteren muss der Ausländer eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeuten. An dieser Stelle sei nochmals betont, dass die Verurteilung zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe lediglich formale Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG ist, nicht aber bereits automatisch zum Ausschluss vom Refoulementschutz führt¹³². Die Abschiebung des Verfolgten ist keine Strafe für vergangenes Verhalten, sondern dient – in dieser Alternative – dem Schutz der Bevölkerung¹³³. Wie auch für die erste Alternative ist der Anknüpfungspunkt der Ausschlussklausel eine gegenwärtige oder zukünftige Gefahr¹³⁴, was auch der sonstigen Bedeutung des Begriffs „Gefahr“ entspricht¹³⁵ und somit unabhängig von verfassungsrechtlichen Erwägungen im Hinblick auf Art. 16a Abs. 1 GG gelten muss¹³⁶. Zentrale Voraussetzung der Norm ist daher, dass vom Ausländer die Gefahr der Wiederholung entsprechend schwerwiegender Taten

¹³⁰ BVerwGE 49, 202 (209 f.); 109, 1 (3 f.); 146, 31 (37 Rn. 15). Die Kritik von *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 83, die § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG für unvereinbar mit der GFK halten, da für deren Art. 33 Abs. 2 die Verurteilung zu einer bestimmten Strafe nicht ausreicht, ist daher unberechtigt.

¹³¹ VG Bremen, U. v. 14.10.2010 – 2 K 1123/09.A – Rn. 66; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 103 (2016); *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 224 (2011). Zweifelnd hingegen *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1486; ablehnend *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 83.

¹³² BVerwG, B. v. 20.10.1994 – 1 B 84/94 – Rn. 6; *Hathaway*, Rights (Rn. 38), S. 351; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 228 (2011); *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 84.

¹³³ BVerwGE 49, 202 (209 f.); *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39.

¹³⁴ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 7; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 218 (2011); *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 29.

¹³⁵ *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39.

¹³⁶ BVerwGE 49, 202 (209 f.).

ausgeht, sodass die Allgemeinheit – d.h. in diesem Fall die Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland – des Schutzes bedarf¹³⁷. An dem Erfordernis der Feststellung einer solchen konkreten Gefahr hat sich auch durch das Einfügen der Mindeststrafe von drei Jahren nichts geändert¹³⁸. Letztlich erfolgt die Prüfung damit ähnlich wie bei der Ausweisung, wo beispielsweise eine Verurteilung im Rahmen von § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ebenfalls nicht die Prüfung einer konkreten Gefahr ersetzt¹³⁹.

Durch die Herausstellung der Wiederholungsgefahr als eigenständiges Kriterium wird die ungenaue Formulierung der deutschen im Vergleich zu den authentischen englischen und französischen Fassungen des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK „bereinigt“: Die deutsche Übersetzung spricht davon, dass ein Flüchtling eine Gefahr für die Allgemeinheit des Aufenthaltsstaates bedeutet, *weil* er wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens verurteilt wurde. Der Flüchtling ist aber doch nicht gefährlich, weil er verurteilt wird, sondern er wird eher im Gegenteil aufgrund seiner – in der Straftat zum Ausdruck gekommenen – Gefährlichkeit verurteilt. Die authentischen Fassungen gehen hier dementsprechend auch schon sprachlich nicht von einer Kausalität der Verurteilung für die Gefahr aus¹⁴⁰.

Auch für die zweite Alternative des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG muss die Gefahr vom Verfolgten selbst ausgehen, was generalpräventive Erwägungen unzulässig macht¹⁴¹. Für die Gefahrenprognose sind stattdessen die Umstände des Einzelfalles einzubeziehen, sowohl mit Blick auf die Begehung der verurteilten Handlung als auch auf die Persönlichkeit des Täters¹⁴². Affekthandlungen beispiels-

¹³⁷ BVerwGE 49, 202 (209 f.); 146, 31 (37 Rn. 15); VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 46; UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 10; Marx, Handbuch (Fn. 8), § 54 Rn. 7; Bergmann (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 29; Möller (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 42.

¹³⁸ BVerwGE 112, 185 (188 ff.).

¹³⁹ S.o., § 4-B.-II.-3.-b).

¹⁴⁰ Vgl. „who, *having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime* [Hervorhebung durch den Verf.], constitutes a danger“ bzw. „qui, *ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave* [Hervorhebungen durch den Verf.], constitue une menace“.

¹⁴¹ UNHCR, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 10; Bergmann (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 30.

¹⁴² BVerwGE 112, 185 (192); VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 46.

weise sprechen eher gegen die Gefahr einer Wiederholung, die Begehung mehrerer (gleichartiger) Taten hingegen dafür; ebenso spielt die seit der Tat verstrichene Zeit eine Rolle¹⁴³.

Da die Gefahrenprognose im Anschluss an die rechtskräftige Verurteilung zu einer mindestens dreijährigen Freiheitsstrafe erstellt wird, sind auch die Auswirkungen der Haft zu untersuchen. Der Täter wird während der Zeit der Inhaftierung grundsätzlich keine oder jedenfalls nur eine geminderte Gefahr darstellen, sodass sich die Prognose auf die Zeit nach seiner Freilassung beziehen muss¹⁴⁴. Konkret ist zu untersuchen, ob sich der spezialpräventive Zweck einer Inhaftierung erfüllt und der Ausländer nach seiner Freilassung keine Gefahr mehr bedeutet¹⁴⁵.

Ein automatischer Rückschluss von der Verbüßung der Freiheitsstrafe auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr verbietet sich allerdings bereits deshalb, weil die Vorschrift ansonsten angesichts des Umstandes, dass eine Aussetzung zur Bewährung nach § 56 StGB an der Mindeststrafe von drei Jahren scheitert und somit die Freiheitsstrafe regelmäßig verbüßt wird, weitgehend leer liefe¹⁴⁶.

Die Anforderungen an die so zu erstellende Gefahrenprognose sind nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts durch die Einführung der Mindeststrafe von drei Jahren – die der erleichterten Anwendung der Vorschrift in der Praxis dienen sollte¹⁴⁷ – abgesenkt worden. Zwar müsse die Wiederholung von Verbrechen oder besonders schweren Vergehen ernsthaft drohen; dabei sei aber „die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Wertung zu beachten, dass Straftaten, die so schwerwiegend sind, dass sie zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren geführt haben, typischerweise mit einem hohen Wiederholungsrisiko verknüpft sind“¹⁴⁸. Positiv berücksichtigt werden muss zwar auch in diesem Fall gegebenenfalls eine Aussetzungsentscheidung im Sinne des § 57 StGB, die anders als die Aussetzung gem. § 56 auch bei dreijähriger Haft möglich ist. Sie

¹⁴³ *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 10 („crime passionelle“); *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 11; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 228 (2011).

¹⁴⁴ BVerwGE 106, 351 (361 f.); *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 228 (2011); *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 29.

¹⁴⁵ BVerwGE 106, 351 (360 f.); *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39.

¹⁴⁶ BVerwGE 112, 185 (192).

¹⁴⁷ BT-Drs. 13/4948, S. 9.

¹⁴⁸ BVerwGE 112, 185 (192 f.). Inzwischen st. Rspr., siehe BVerwG, B. 12.10.2009 – 10 B 17/09 – Rn. 4; VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 46.

begründet indes lediglich ein Indiz gegen eine Wiederholungsgefahr. Eine Vermutung lässt sich daraus – wie auch im Ausweisungsrecht¹⁴⁹ – nicht herleiten, muss doch die Gefahrenprognose sich auf einen längerfristigen Zeitraum beziehen und trägt doch die Aussetzungsentscheidung maßgeblich dem Resozialisierungsgedanken Rechnung, nicht aber der Gefahrenabwehr¹⁵⁰.

Die Vorgehensweise, bei dreijähriger Freiheitsstrafe typischerweise von einer hohen Wiederholungsgefahr auszugehen, stellt sich letztlich als Anwendung des im Gefahrenabwehrrecht bekannten differenzierten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs dar. Sie ist mit Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK sowie Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL vereinbar, da auch nach der Rechtsprechung die Wiederholung zumindest ernsthaft drohen muss, und nicht etwa von einer diesbezüglichen Vermutung ausgegangen wird¹⁵¹. Angesichts der geforderten hohen Freiheitsstrafe ist die Absenkung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs noch vertretbar¹⁵².

Eine mit der insbesondere bei § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG relevanten Freiheitsstrafe verbundene Besonderheit stellt zuletzt die Ansicht *Hathaways* dar, wonach eine (freiwillige) lebenslange Freiheitsstrafe eine Alternative zur Abschiebung in den Verfolgerstaat darstellen könne, weil dann von dem Ausländer keine Gefahr mehr ausginge¹⁵³. Abgesehen davon, dass dafür eine Rechtsgrundlage fehlt, ist hier *Zimmermann* und *Wennholz* recht zu geben, die anführen, dass die Entscheidung über eine lebenslange Haft im Angesicht der Leib und Leben bedrohenden Abschiebung in den Herkunftsstaat kaum als freiwillig bezeichnet werden kann¹⁵⁴.

¹⁴⁹ S.o., § 4-B.-II.-3.-b)-bb).

¹⁵⁰ BVerwGE 112, 185 (192 f.). So auch *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 228 (2011) sowie *Möller* (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 39. Anders wohl *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 30, demzufolge die Abschiebung bei einer Strafaussetzung zur Bewährung ausscheiden muss.

¹⁵¹ BVerwGE 112, 185 (190 f.).

¹⁵² A.A. *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 233 (2011), der einen differenzierten Wahrscheinlichkeitsmaßstab bei Art. 33 Abs. 2 GFK für unzulässig hält.

¹⁵³ *Hathaway*, Rights (Rn. 38), S. 352.

¹⁵⁴ *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 106; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 265 f.

2. Anwendung der Ausschlussklauseln auf Asylberechtigte

Die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG schließt nicht nur den Abschiebungsschutz für Konventionsflüchtlinge aus, sondern beschränkt zudem den grundrechtlichen Asylschutz, indem sie sowohl die Abschiebung Asylberechtigter ermöglicht (vgl. § 60 Abs. 1 S. 2 AufenthG) als auch gem. § 30 Abs. 4 AsylG bereits die Anerkennung als Asylberechtigter ausschließt¹⁵⁵.

Die Vereinbarkeit einer Abschiebung Asylberechtigter mit dem Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG ist Gegenstand zahlreicher, seit inzwischen etwa vier Jahrzehnten „festgefahrener“¹⁵⁶ Meinungsverschiedenheiten, die aber angesichts der mittlerweile bestehenden Irrelevanz des Asylgrundrechts¹⁵⁷ und der erstarkenden Bedeutung des Unionsrechts in den Hintergrund treten. Jedoch lässt sich bei den Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG – anders als im Rahmen von § 3 Abs. 2 AsylG – der verfassungsrechtliche Schutz nicht ohne Weiteres durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Frage stellen: Während Art. 12 Abs. 2 QRL – umgesetzt in § 3 Abs. 2 AsylG – den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft zwingend vorgibt, steht die Umsetzung von Art. 21 Abs. 2 ebenso wie von Art. 14 Abs. 4, 5 QRL im Ermessen der Mitgliedsstaaten¹⁵⁸. Dies geht aus dem Wortlaut deutlich hervor („die Mitgliedsstaaten *können*“; „ein Mitgliedsstaat *kann*“ [Hervorhebungen jeweils durch den Verf.]). Bei Asylberechtigten könnte einer Umsetzung nun aber gerade das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG entgegenstehen, sodass der Streit um die Verfassungskonformität jedenfalls dogmatisch weiter von Relevanz ist.

a) Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Verfassungskonformität des damaligen § 14 Abs. 1 S. 2 AuslG 1965 in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1975¹⁵⁹

¹⁵⁵ BVerwGE 109, 1 (2 f.).

¹⁵⁶ Siehe bereits die Zusammenstellung der Streitpunkt bei *M. Selk*, Asylrecht und Verfassung. Erforderlichkeit bzw. Möglichkeiten einer Änderung des Art. 16 II 2 GG, 1990, S. 90 ff.

¹⁵⁷ Zur verbleibenden Bedeutung des Asylgrundrechts s.u., § 5-B.-III.-2.-d).

¹⁵⁸ *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 221 (2011); *Marx*, Handbuch (Fn. 8), § 54 Rn. 6. Diesen Umstand hebt auch BVerwGE 132, 79 (99 f. Rn. 42) hervor.

¹⁵⁹ BVerwGE 49, 202.

bejaht und hält an den dazu getätigten Aussagen bis heute fest. Das Asylgrundrecht sei zwar – anders als nach vorherigen Begründungsansätzen¹⁶⁰ – vorbehaltlos gewährleistet, könne jedoch mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung durch den Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden¹⁶¹. Als verfassungsimmanente Schranke könnten die „Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung“ als mit dem Asylgrundrecht gleichrangige und zudem unverzichtbare Verfassungswerte herangezogen werden¹⁶². Auch für das Asylrecht bestehe somit eine – etwas dramatisch formulierte – „Opfergrenze“¹⁶³, bei deren Erreichen ein Zurücktreten des durch Art. 16a Abs. 1 GG vermittelten Schutzes zulässig sei¹⁶⁴. Wo diese verlaufe, sei im Einzelfall abzuwägen; sofern aber die oben beschriebene restriktive Auslegung – insbesondere also das Erfordernis einer Wiederholungsgefahr im Rahmen von § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG¹⁶⁵ – beachtet werde, sei § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG (bzw. vormals §§ 14 Abs. 1 S. 2 AuslG 1965, 51 Abs. 3 AuslG 1990) als Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken nicht zu beanstanden¹⁶⁶.

Große Teile der Literatur folgen der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts und betrachten § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG dementsprechend als verfassungskonform¹⁶⁷. Daran hat auch der Asylkompromiss aus dem Jahr 1993 nichts

¹⁶⁰ Siehe dazu die Zusammenstellung bei *O. Kimminich*, Grundprobleme des Asylrechts, 1983, S. 99 ff.

¹⁶¹ BVerwGE 49, 202 (208 f.); 109, 1 (3 f.).

¹⁶² BVerwGE 49, 202 (209); bestätigt in E 109, 1 (3 f.).

¹⁶³ Kritisch zu diesem Begriff *A. v. Arnould*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 16a Rn. 32.

¹⁶⁴ BVerwGE 49, 202 (209).

¹⁶⁵ Wobei dieses Erfordernis, wie auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt, bereits aus dem Begriff der „Gefahr“ sowie aus dem Charakter der Abschiebung als Maßnahme der Gefahrenabwehr folgt, und nicht erst aus verfassungsrechtlichen Erwägungen.

¹⁶⁶ BVerwGE 49, 202 (209 f.); 109, 1 (3 ff.).

¹⁶⁷ *J. Bergmann*, Das immanent beschränkte Asylgrundrecht, in: ZAR 2005, S. 137 (141); *A. Zimmermann/C. Tams*, in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 16a Rn. 130 (2007); *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 218 (2011); *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 108 (2016); *T. Gnatzy*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 16a Rn. 29; *W. Kluth*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 16a Rn. 67 ff.; *H.-G. Maaßen*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 32. Edition 2017, Art. 16a Rn. 57 (03/2015).

geändert, denn die neu eingefügten Gesetzesvorbehalte sollten nicht etwa zu einer Besserstellung von Straftätern führen und sind deshalb auch nicht abschließend zu verstehen¹⁶⁸.

b) Kritik durch die Literatur

Zwar wird die generelle Herangehensweise des Bundesverwaltungsgerichts zur Beschränkung des Asylgrundrechts nicht mehr bestritten, ist doch der Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht inzwischen „rechtswissenschaftliches Allgemeinut“¹⁶⁹. Bezogen auf das *Ergebnis* der Verfassungskonformität halten sich jedoch bis heute gewichtige Gegenstimmen, und dies teilweise aus überzeugenden Gründen¹⁷⁰.

Zunächst fällt an den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf, dass die mit dem Asylrecht kollidierenden Verfassungswerte der Sicherheit des Staates und seiner Bevölkerung nicht näher „verortet“ werden, d.h. keine konkreten Normen genannt werden, aus denen sie sich ableiten ließen¹⁷¹. Dies ist allerdings kaum auf Kritik gestoßen, da die so benannten Güter letztlich konstitutiv für das Überleben der Bundesrepublik selbst sind und somit auch Verfassungsrang haben müssen¹⁷². Zurückgreifen könnte man auf das Sozialstaatsprinzip¹⁷³ sowie,

¹⁶⁸ BVerwGE 109, 1 (4 ff.); *Bergmann*, Asylgrundrecht, ebda., S. 141; *M. Sachs*, Das Auslieferungsverbot und das Asylrecht, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 795 (848).

¹⁶⁹ *Bergmann*, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 141. St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts, u.a. BVerfGE 28, 243 (260 f.); 30, 173 (193); 47, 327 (369). Ausführlich zu diesem Modell *M. Sachs*, Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 494 (550 ff.).

¹⁷⁰ Für eine Verfassungswidrigkeit plädieren – mit verschiedenen Argumenten – *M. Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts (Art. 16 II S. 2 GG), Diss. iur. Würzburg 1971, S. 90, 93; *Kimminich*, Grundprobleme (Fn. 160), S. 99 ff.; *Selk*, Asylrecht (Fn. 156), S. 90 ff.; *A. Hopfauf*, Zur Frage der Abschiebung anerkannter Asylberechtigter, in: NVwZ 1994, S. 566 (567 f.); *Sachs*, Auslieferungsverbot (Fn. 168), S. 848; *v. Arnould* (Rn. 163), Art. 16a Rn. 32; *F. Wittreck*, in: H. Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 16a Rn. 82.

¹⁷¹ *Selk*, Asylrecht (Fn. 156), S. 90 f. („fehlende Lokalisierung“). *Hopfauf*, Abschiebung, ebda., S. 567, hält die Begriffe für „gefährlich unbestimmt“.

¹⁷² Vgl. BVerwGE 49, 202 (209) sowie BVerfGE 49, 24 (56 f.): Bewertung als Güter von Verfassungsrang, „weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet“.

¹⁷³ *H.-I. v. Pollern*, Das moderne Asylrecht, 1980, S. 328, der außerdem auf Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG verweist.

für die Sicherheit der Bevölkerung, auf die sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, 1 Abs. 1 S. 1 GG ergebenden Schutzpflichten des Staates¹⁷⁴.

Einige Autoren fordern, dass in die *ultima ratio*-Erwägungen auch die alternative Verwendung des Strafrechts als milderes Mittel einbezogen werden müsste¹⁷⁵. Wie beschrieben muss sich die im Rahmen des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG zu erstellende Gefahrenprognose allerdings gerade auf die Zeit nach der Haft beziehen, nimmt also einen längerfristigen Zeitraum in den Blick. Eine Abschiebung ist also auch nach Ansicht der Rechtsprechung nur möglich, wenn die Mittel des Strafrechts gerade *nicht* ausreichen, um eine Wiederholungsgefahr auszuschließen. In diesen Fällen ist das Strafrecht dementsprechend auch kein milderes Mittel *gleicher Eignung* und steht der Erforderlichkeit einer Abschiebung somit nicht entgegen¹⁷⁶. Das vom Bundesverwaltungsgericht herangezogene Argument, wonach die „Entscheidung des Gesetzgebers für einen präventiven – über das Strafrecht bewußt hinausreichenden – Schutz zeigt, daß er eine ausschließlich repressive Reaktion nicht für ausreichend gehalten hat“¹⁷⁷, ist daneben eigentlich unnötig.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch deshalb kritisiert worden, weil eine Begrenzung vorbehaltloser Grundrechte durch verfassungsimmanente Schranken im Wege praktischer Konkordanz zu erfolgen habe, wobei aber das zurückgedrängte Grundrecht niemals ganz vernichtet werden dürfe, sondern stets ein sachlicher Gehalt erhalten bleiben müsse. Die Abschiebung in den Verfolgerstaat vernichte das Asylrecht hingegen in seiner Substanz¹⁷⁸. Dieser Kritik ist das Bundesverwaltungsgericht jedoch überzeugend entgegengetreten: Der Kerngehalt des Asylrechts, nämlich das Refoulementverbot, ist seinem Wesen nach nicht teilbar, sondern kann nur ganz oder gar nicht bestehen. Eine Lösung im Wege praktischer Konkordanz ist demnach nicht möglich; es gibt keinen Mittelweg. Der Verfassung ist indes nicht zu entnehmen, dass in solchen

¹⁷⁴ H.-J. Papier, Perspektiven des Themas. Vortrag auf dem Symposium am 26. Oktober 2012, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Beiheft 2014: Schutz der Freiheit und Gewährleistung von Teilhabe im Sozialstaat, S. 59 (59).

¹⁷⁵ Wollenschläger, Schranken (Fn. 170), S. 94; v. Arnould (Rn. 163), Art. 16a Rn. 32.

¹⁷⁶ Die Gefahr dauerhaft ausschließen würde nur eine unbegrenzte Freiheitsstrafe, für die aber – wie oben gezeigt – keine Grundlage besteht und die auch nicht verhältnismäßig wäre.

¹⁷⁷ BVerwGE 109, 1 (4 ff.). So auch Bergmann, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 141.

¹⁷⁸ Selk, Asylrecht (Fn. 156), S. 92; Hopfauf, Abschiebung (Fn. 170), S. 567. An der Rechtsprechung zweifelt daher auch G. Renner, Terrorismusbekämpfung und Schutzsuchende, in: ZAR 2003, S. 52 (53 f.).

Fällen eine Einschränkung des Grundrechts zu Lasten der Sicherheit des Staates und seiner Bevölkerung gar nicht möglich sein soll, weshalb tatsächlich eine „Opfergrenze“ bestehen muss, bei deren Erreichen das Asylgrundrecht – auch in seinem Kern – zurücktreten muss¹⁷⁹.

Einen überzeugenderen Kritikpunkt hat hingegen schon früh *Kimminich* angeführt. Danach sei eine Rechtfertigung der Abschiebung Asylberechtigter über kollidierendes Verfassungsrecht bereits deshalb nicht möglich, weil es nicht das Asylrecht sei, das mit den Verfassungswerten der Sicherheit des Staates und seiner Bevölkerung kollidiere¹⁸⁰. Schließlich sei es nicht die Gewährung des Asylrechts, die die Sicherheit der Bundesrepublik gefährde, sondern der Ausländer selbst sei zu einer solchen Gefahr geworden, was sich in vergangenen kriminellen Handlungen gezeigt habe¹⁸¹. *Kimminich* ist insofern zuzustimmen, als ein solches Verhalten tatsächlich gar nicht – wie sonst im Falle kollidierenden Verfassungsrechts – in den Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG fällt¹⁸². Eine Kollisionslage könnte daher nur in Ausnahmefällen bestehen, z.B. wenn eine ausländische Macht mit Angriffen auf die Bundesrepublik droht, sollte diese einem bestimmten Ausländer Asyl gewähren¹⁸³. Der Argumentationsstrang ist deshalb gut nachvollziehbar; bezeichnenderweise geht die Rechtsprechung auf ihn schon gar nicht ein. Es ließe sich dem allenfalls entgegenhalten, dass der Ausschluss vom Refoulementschutz gem. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG nicht etwa aufgrund vergangener krimineller Handlungen des Asylberechtigten erfolgt, sondern aufgrund einer gegenwärtigen bzw. zukünftigen Gefährdungslage. Entscheidend ist somit die persönliche Gefährlichkeit des Ausländers. Wenn aber die Person des Ausländers selbst als Gefahr verstanden wird, so ist der Schritt nicht mehr weit, gerade seinen Aufenthalt in Deutschland – der ja durch das Asylgrundrecht garantiert wird – als Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik und ihrer Bevölkerung anzusehen und letztlich doch zu einer Kollisionslage im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu kommen.

¹⁷⁹ BVerwGE 109, 1 (4 ff.); dem folgen *Bergmann*, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 141; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 107 (2016); *Kluth* (Fn. 167), Art. 16a Rn. 68.

¹⁸⁰ *Kimminich*, Grundprobleme (Fn. 160), S. 104 ff.; so auch *Hopfauf*, Abschiebung (Fn. 170), S. 567 und *Sachs*, Auslieferungsverbot (Fn. 168), S. 848.

¹⁸¹ *Kimminich*, Grundprobleme (Fn. 160), S. 104 ff.; *Hopfauf*, Abschiebung (Fn. 170), S. 567.

¹⁸² *Selk*, Asylrecht (Fn. 156), S. 95.

¹⁸³ *Selk*, Asylrecht (Fn. 156), S. 95; so wohl auch *U. Becker*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 16a Rn. 148.

Die Abschiebung Asylberechtigter in den Verfolgerstaat auf der Grundlage von § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist aber jedenfalls aufgrund der Sperrwirkung des Art. 18 GG verfassungswidrig¹⁸⁴. Im Unterschied zu Maßnahmen wie der Ausweisung, die „lediglich“ das Erlöschen eines Aufenthaltstitels bewirken, „vernichtet“¹⁸⁵ § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG nämlich auch das Refoulementverbot und damit den Kern des Asylgrundrechts. Damit bedeutet die Abschiebung in den Verfolgerstaat eine Verwirkung des Asylgrundrechts, bleibt doch von dessen Schutzgehalt nichts mehr übrig. Die Verwirkung kann allerdings gem. Art. 18 GG nur unter bestimmten Voraussetzungen („Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“) und nur vom Bundesverfassungsgericht¹⁸⁶ ausgesprochen werden¹⁸⁷. Ein solches Verfahren nach den §§ 36-41 BVerfGG¹⁸⁸ mag in der Praxis hochgradig uneffektiv und langwierig sein¹⁸⁹, ist *de lege lata* jedoch die einzig dogmatisch vertretbare Möglichkeit der Abschiebung Asylberechtigter in den Verfolgerstaat¹⁹⁰. Dass dieser Schluss zwingend ist, wird auch dadurch belegt, dass die für eine Verfassungskonformität streitende Gegenansicht sich mit Art. 18 GG – wenn überhaupt – nur sehr pauschal und schmallippig auseinandersetzt¹⁹¹.

¹⁸⁴ So schon *Wollenschläger*, Schranken (Fn. 170), S. 90, 93; außerdem *Hopfauf*, Abschiebung (Fn. 170), S. 568; v. *Arnauld* (Rn. 163), Art. 16a Rn. 32; *Wittreck* (Fn. 170), Art. 16a Rn. 82.

¹⁸⁵ BVerwGE 109, 1 (4 ff.).

¹⁸⁶ *Wittreck* (Fn. 170), Art. 18 Rn. 51.

¹⁸⁷ v. *Pollern*, Asylrecht (Fn. 173), S. 335 will für Fälle des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG nur dann das Bundesverfassungsgericht für zuständig erklären, wenn es tatsächlich auch um den Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung geht; in anderen Fällen könnten auch die Ausländerbehörden entscheiden. Damit verkennt er aber, dass nach der Systematik des Grundgesetzes eine Verwirkung eben *nur* möglich ist, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 18 GG erfüllt sind, weshalb auch *alle* Fälle des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG anhand dieser Norm zu prüfen sind.

¹⁸⁸ Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.8.1993 (BGBl. I S. 1473).

¹⁸⁹ *Wittreck* (Fn. 170), Art. 18 Rn. 29 f. weist auf die praktische Irrelevanz und die lediglich symbolische Funktion des Art. 18 GG hin.

¹⁹⁰ *Kimminich*, Grundprobleme (Fn. 160), S. 105 f.; *M. Sachs*, Ist das Grundrecht auf Asyl verfassungswidrig?, in: NJW 1981, S. 2608 (2611: „keine ‚Schön-Wetter‘-Verfassung“) sowie *Hopfauf*, Abschiebung (Fn. 170), S. 568 („Grundrecht gelten [...] nicht nur bei Sonnenschein“) stellen zu Recht klar, dass praktische Probleme eine Umgehung der Verfassung nicht rechtfertigen.

¹⁹¹ Vgl. BVerwGE 49, 202 (210): „Die Begrenzung des Asylrechts, der § 14 Abs. 1 Satz 2 AuslG Ausdruck gibt, besteht unabhängig von der in Art. 18 GG vorgesehenen besonderen Regelung“; *Bergmann*, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 141: „Art. 18 GG erfasst nicht notwendig verfassungsimmanente Begrenzungen von Art. 16a I GG“.

Damit § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG auch für Asylberechtigte herangezogen werden kann, ist somit eine Verfassungsänderung erforderlich. Ausreichend wäre es letztlich, das Asylrecht aus dem Katalog des Art. 18 GG zu entfernen¹⁹², da die systematischen Bedenken dann entfallen würden und der Weg zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts frei wäre¹⁹³.

3. Zusammenfassung

§ 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist die deutsche Umsetzung des Art. 33 Abs. 2 GFK. Die Norm wird in der Praxis für Konventionsflüchtlinge und Asylberechtigte gleich ausgelegt und enthält zwei Alternativen, wovon die erste dem Schutz der Bundesrepublik Deutschland und die zweite dem Schutz ihrer Bevölkerung zu dienen bestimmt ist.

§ 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG erfordert keine strafrechtliche Verurteilung, im Gegenteil sind die „schwerwiegenden Gründe“ als Absenkung des Beweismaßstabes zu verstehen. Die dem jeweiligen Fall zugrundeliegenden Tatsachen müssen zwar gem. § 108 Abs. 1 VwGO zur Überzeugung des Gerichts feststehen, es bedarf jedoch gegenüber dem Normalfall ein Weniger an Tatsachen, um den Ausschluss zu rechtfertigen. Allerdings ist das Schutzgut des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG so eng gefasst, dass die Norm in der Praxis keine große Rolle spielt, zumal es im Gegensatz zu den Ausschlussgründen des § 3 Abs. 2 AsylG einer gegenwärtigen Gefahr bedarf.

§ 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG enthält im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Die rechtskräftige Verurteilung wegen einer besonders schweren Straftat und das Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Die Straftat muss dabei sowohl abstrakt als auch konkret besonders schwer wiegen. Für ersteres ist – den die StPO betreffenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts folgend – eine Orientierung am Strafraumen der jeweiligen Strafnorm geboten, gibt der Gesetzgeber dadurch doch zu verstehen, ob es sich seiner Ansicht nach um einen Fall leichter, mittlerer oder schwerer Kriminalität handelt. Abstrakt besonders schwer

¹⁹² Wobei freilich klargestellt werden sollte, dass damit nicht etwa ein als Verbot der Abschiebung verstandener stärkerer Schutz von Asylberechtigten beabsichtigt ist.

¹⁹³ Wollte man auch auf die gut vertretbare Kritik von *Kimminich* eingehen, dass es bereits an einer Kollisionslage fehle, so müsste Art. 16a GG ein weiterer (qualifizierter) Gesetzesvorbehalt hinzugefügt werden, der eine Einschränkung zum Schutze der Sicherheit des Staates und seiner Bevölkerung zulässt.

wiegen nur solche Delikte, die eine Höchststrafe von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehen oder solche, die eine Höchststrafe von genau fünf Jahren vorsehen und dabei ein besonders bedeutendes Rechtsgut schützen. Das Kriterium der konkreten Schwere muss sich daran orientieren, ob sich in der Straftat die Gefahr des Ausländers für die Allgemeinheit manifestiert. Dass in § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG eine Mindeststrafenregelung eingebaut wurde, die die Voraussetzung der besonders schweren Straftat konkretisieren und die Anwendung in der Praxis erleichtern soll, ist mit internationalem Recht vereinbar. Für die zweite Voraussetzung der Wiederholungsgefahr muss sich die zu erstellende Gefahrenprognose auf den Zeitraum *nach* Verbüßung der Haft beziehen. Eine vorzeitige Aussetzung nach § 57 StGB mag ein gegen die Wiederholungsgefahr sprechendes Indiz nach sich ziehen, begründet jedoch keine Regelvermutung. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts mit Art. 16a Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren. Dem steht die Sperrwirkung des Art. 18 GG entgegen, wonach eine Verwirkung des Asylgrundrechts – und dabei handelt es sich bei der Abschiebung in den Verfolgerstaat – nur vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden kann.

III. § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG

§ 3 Abs. 2 AsylG, auf den § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG verweist, lautet: „Ein Ausländer ist nicht Flüchtling nach Absatz 1, wenn aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, dass er

1. ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen hat im Sinne der internationalen Vertragswerke, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen,
2. vor seiner Aufnahme als Flüchtling eine schwere nichtpolitische Straftat außerhalb des Bundesgebiets begangen hat, insbesondere eine grausame Handlung, auch wenn mit ihr vorgeblich politische Ziele verfolgt wurden, oder
3. den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwidergehandelt hat.

Satz 1 gilt auch für Ausländer, die andere zu den darin genannten Straftaten oder Handlungen angestiftet oder sich in sonstiger Weise daran beteiligt haben“.

Die Ausschlussklauseln wurden durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz 2002 zunächst als § 51 Abs. 3 S. 2 AuslG 1990 in das deutsche Flüchtlingsrecht eingeführt und durch das Richtlinienumsetzungsgesetz 2007¹⁹⁴ sodann aus systematischen Gründen – inhaltlich unverändert – in das AsylVfG verschoben¹⁹⁵. § 3 Abs. 2 AsylG gibt die Bestimmungen der Art. 1 F GFK sowie (heute) Art. 12 Abs. 2, 3 QRL¹⁹⁶ wieder und dient zudem der Umsetzung der Resolution 1373 (2001) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen¹⁹⁷, auf die im Folgenden noch öfter einzugehen sein wird. Mit dieser Resolution reagierte der Sicherheitsrat – tätig werdend unter Kapitel VII der UNCh – auf die Anschläge in den USA vom 11. September 2001 und forderte alle Staaten zur umfassenden Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf, wobei er auch Verbindungen zum Flüchtlingsrecht zog¹⁹⁸. Laut Gesetzesbegründung sollte Deutschland durch die Einfügung der Ausschlussklauseln „als Ruheraum für international agierende terroristische Netzwerke weniger interessant“ werden¹⁹⁹.

Hinter Art. 1 F GFK steht der Gedanke, dass zum einen bestimmte Ausländer als des Schutzes „unwürdig“ betrachtet werden müssen und zum anderen verhindert werden soll, dass sich die Täter schwerwiegender Straftaten ihrer strafrechtlichen Verantwortung entziehen, indem sie in einem anderen Staat Schutz erhalten²⁰⁰. Die Bestimmung verfolgt damit im Wesentlichen zwei Ziele, die beide der Integrität des Flüchtlingsstatus dienen; der Schutz des Aufnahmestaates spielt daneben – anders als bei Art. 33 Abs. 2 GFK – nur eine untergeordnete Rolle²⁰¹.

Art. 1 F GFK steht zwar anders als Art. 33 Abs. 2 GFK nicht im direkten Zusammenhang mit der Abschiebung Verfolgter, sondern führt stattdessen zu einem Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft. Ein solcher Ausschluss führt indes dazu, dass die Bestimmungen der GFK insgesamt „keine Anwendung“ finden, weshalb ein unter Art. 1 F GFK fallender Ausländer sich schon grundsätzlich

¹⁹⁴ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 (BGBl. I S. 1970).

¹⁹⁵ BT-Drs. 16/5065, S. 187.

¹⁹⁶ Dieser wiederum soll seinerseits den Rechtsgedanken des Art. 1 F GFK in die QRL überführen; siehe nur *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 1.

¹⁹⁷ BT-Drs. 14/7386, S. 57; BVerwGE 132, 79 (84 f. Rn. 16).

¹⁹⁸ Vgl. Ziff. 2 lit. c) und d) sowie noch deutlicher Ziff. 3 lit. f) und g) der Resolution.

¹⁹⁹ BT-Drs. 14/7386, S. 57.

²⁰⁰ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 104 – *B und D*; UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 3; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 1.

²⁰¹ BVerwGE 132, 79 (91 f. Rn. 29): „Nebenfolge“. Ausführlich *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 134 ff.

nicht auf das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK berufen kann. Die Möglichkeit der Abschiebung – wie in diesem Fall von § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG vorgesehen – ist daher ohne Weiteres mit der GFK vereinbar²⁰².

1. Maßgebliche Auslegung für Konventionsflüchtlinge

Einer Auslegung der einzelnen in § 3 Abs. 2 AsylG enthaltenen Ausschlussklauseln lässt sich voranstellen, dass kein spezifischer Zusammenhang zwischen Verfolgungsanlass und Ausschluss bestehen muss. Für die Prüfung, ob der Ausländer einen der Ausschlussgründe verwirklicht, ist daher das gesamte Verhalten vor der Flucht in den Blick zu nehmen und nicht etwa nur dasjenige, das zur Flucht und zur Verfolgungsfurcht geführt hat. Dies ergibt sich bereits aus dem Vergleich mit der zeitlich vor der Genfer Konvention entstandenen Bestimmung des Art. 14 Abs. 2 der AEMR, die tatsächlich einen derartigen Konnex verlangt²⁰³.

a) Beweismaß: Rechtfertigung der Annahme aus schwerwiegenden Gründen

§ 3 Abs. 2 AsylG verlangt, dass schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass einer der Ausschlussgründe erfüllt ist. Der Beweismaßstab ist – schon in Anbetracht der erforderlichen Einheitlichkeit der Rechtsordnung – der gleiche wie auch in § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG, wo ebenfalls „schwerwiegende Gründe“ ausreichen²⁰⁴. Auf die dort getätigten Erläuterungen wird daher ergänzend verwiesen²⁰⁵.

In Abgrenzung zu § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG muss dem Ausschluss nicht etwa eine strafrechtliche Verurteilung vorangehen und es muss auch nicht die für

²⁰² *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 31; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 143.

²⁰³ BVerwGE 135, 252 (268 Rn. 38); *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 30.

²⁰⁴ Gleiches gilt für die deutsche Fassung der GFK. In der englischen Fassung weichen die Wortlaute von Art. 1 F und 33 Abs. 2 Alt. 1 GFK zwar voneinander ab („serious reasons for considering“ und „reasonable grounds for regarding“), dies ist aber angesichts der gleichermaßen authentischen Fassung, die wiederum den gleichen Wortlaut („raisons sérieuses“) verwendet, irrelevant; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 75.

²⁰⁵ Siehe § 5-B.-II.-1.-a)-aa).

eine solche Verurteilung erforderliche Überzeugungsgewissheit bestehen²⁰⁶. Andererseits reichen einfache Vermutungen nicht für die Annahme eines Ausschlussgrundes aus; auch die bloße Abwägung von Wahrscheinlichkeiten ist nicht zulässig²⁰⁷. Der Begriff „schwerwiegend“ macht deutlich, dass Anhaltspunkte von erheblichem Gewicht, in der Regel also klare und glaubhafte Beweismittel, vorliegen müssen, anhand derer der Aufnahmestaat *bona fide* zur Annahme eines Ausschlussgrundes kommt²⁰⁸.

b) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG: Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit

§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG schließt Personen vom Flüchtlingsstatus aus, bei denen aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, dass sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben. Der Verweis auf die „internationalen Vertragswerke, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen“, ist dynamisch zu verstehen²⁰⁹. Dafür spricht schon die Aufgabe des ursprünglich vorgesehenen ausdrücklichen Verweises auf Art. VI des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofs vom 8. August 1945 (auch „Londoner Charta“), der nichtsdestotrotz den ursprünglichen Bezugspunkt bildet²¹⁰. Heute bestimmt sich die Frage, ob eines der bezeichneten Verbrechen vorliegt, daher maßgeblich anhand der im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut²¹¹) normierten Tatbestände, denn darin ist der

²⁰⁶ BVerwGE 135, 252 (266 f. Rn. 35); 139, 272 (282 Rn. 26); *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 62 (2014). So auch schon BT-Drs. 14/7386, S. 57. Ungeachtet dessen kann dem Umstand einer rechtskräftigen Verurteilung eine besondere Bedeutung zukommen, EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 78 – *Lounani*.

²⁰⁷ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 107; vgl. auch *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 62 (2014).

²⁰⁸ BVerwGE 139, 272 (282 Rn. 26); *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 108; *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1481; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 151.

²⁰⁹ BVerwGE 135, 252 (264 Rn. 31); *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 25; *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1481.

²¹⁰ BVerwGE 135, 252 (261 f. Rn. 26) m.w.N. zur Entstehungsgeschichte; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 158 f.; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 63 (2014).

²¹¹ BGBl. 2000 II S. 1393.

aktuelle Stand des Völkerstrafrechts wiedergegeben²¹². Von einer vertieften Bearbeitung dieser Tatbestände wird hier allerdings abgesehen, stattdessen sollen nur grundlegende Regeln vorgestellt werden.

Ob ein Kriegsverbrechen begangen wurde, ist anhand von Art. 8 IStGH-Statut zu beurteilen. Erforderlich ist als äußerer Parameter ein bewaffneter Konflikt, wobei die Vorschrift zwischen internationalen und nicht internationalen bewaffneten Konflikten unterscheidet²¹³. Das Völkerstrafrecht pönalisiert hier nicht die bewaffnete Kriegshandlung als solche (*ius ad bellum*), sondern enthält Regeln für das Verhalten innerhalb eines bewaffneten Konflikts (*ius in bello*)²¹⁴. Potentielles Opfer eines Kriegsverbrechens können nicht nur Teile der Zivilbevölkerung sein, sondern unter Umständen auch gegnerische Streitkräfte²¹⁵. Auf der anderen Seite können auch Zivilisten Kriegsverbrechen begehen, sofern ein ausreichender funktionaler Zusammenhang zum bewaffneten Konflikt besteht²¹⁶.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit definiert Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut als gewisse schwere Einzeltaten (wie vorsätzliche Tötungen oder Versklavungen), die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden²¹⁷. Die Einzeltat muss sich daher in einen funktionalen Zusammenhang einfügen²¹⁸. Im Gegensatz zur Kategorie der Kriegsverbrechen können Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch zu Friedenszeiten begangen werden²¹⁹.

²¹² BVerwGE 135, 252 (264 Rn. 31); 139, 272 (283 Rn. 28); 136, 89 (97 Rn. 26); Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 35. Eine Aufzählung sonstiger relevanter Vertragswerke findet sich bei UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 23 f.

²¹³ Näher in BVerwGE 135, 252 (264 Rn. 31). Ob ein internationaler oder ein nicht internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt – was teilweise angesichts einer Vielzahl von beteiligten Parteien schwierig zu beurteilen ist – kann in der Praxis nach BVerwGE 139, 272 (283 Rn. 28) allerdings offengelassen werden, wenn die zu beurteilende Tat in beiden Fällen als Kriegsverbrechen anzusehen sind (vorsätzliche Tötungen sind bspw. sowohl von Art. 8 Abs. 2 lit. a) Ziff. I als auch von Abs. 2 lit. c) Ziff. I erfasst).

²¹⁴ BVerwGE 135, 252 (266 Rn. 34).

²¹⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c) sowie lit. e) Ziff. IX-XI. Dazu BVerwGE 135, 252 (266 Rn. 34); 136, 89 (97 f. Rn. 27 f.).

²¹⁶ Näher BVerwGE 136, 89 (99 f. Rn. 30 ff.) m.w.N.; UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 30.

²¹⁷ Ausführlich S. Meseke, Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 2004, S. 175 ff.

²¹⁸ BVerwGE 135, 252 (268 Rn. 39).

²¹⁹ UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz: Anwendung der Ausschlussklauseln: Artikel 1 F des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2003, Ziff. 13, der aus diesem Grund herausstellt, dass es sich bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit um die umfangreichste Kategorie des Art. 1 F lit. a) GFK handelt.

Das Verbrechen des Völkermordes hat – anders als beispielsweise in Art. 6 IStGH-Statut und obwohl bereits 1948 und damit noch vor Entstehung der GFK in der UN-Völkermordkonvention²²⁰ kodifiziert – keinen ausdrücklichen Eingang in Art. 1 F GFK gefunden²²¹. Das ist aber nicht als Wertung dahingehend zu verstehen, dass die Täter eines Völkermordes nicht vom Flüchtlingsstatus ausgeschlossen werden sollen. Das Verbrechen des Völkermordes lässt sich unschwer sowohl unter die Verbrechen gegen die Menschlichkeit²²² als auch unter die nichtpolitische Straftat gem. Art. 1 F lit. b) GFK als auch unter die Zuwiderhandlung gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen gem. Art. 1 F lit. c) GFK subsumieren²²³.

Das Verbrechen gegen den Frieden (auch Verbrechen der Aggression) ist in Art. VI der Londoner Charta definiert, bislang aber noch nicht im IStGH-Statut. Grund dafür waren Uneinigkeiten bei der Gestaltung des Tatbestandes, weshalb die Frage zunächst hinausgeschoben wurde (vgl. Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut)²²⁴. Auf der IStGH-Revisionskonferenz 2010 in Kampala konnte man sich indes inzwischen auf eine Definition einigen, die als Art. 8*bis* in das Statut eingefügt werden soll²²⁵, die allerdings noch nicht in Kraft getreten ist²²⁶. Das Verbrechen der Aggression pönalisiert die Kriegshandlung als solche (verneint also das überkommene *ius ad bellum*). Verlangt wird eine Angriffshandlung, die eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen bedeutet; ein „einfacher“ Verstoß gegen das Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UNCh reicht somit nicht²²⁷. Des Weiteren wird der schon in Art. VI der Londoner Charta verankerte Grund-

²²⁰ Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, BGBl. 1954 II S. 729.

²²¹ Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 163 f. zufolge ist dies ein Ausdruck der inhaltlichen Fixierung auf Art. VI der Londoner Charta, worin Völkermord ebenfalls nicht genannt ist.

²²² So UNHCR, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 13; ders., Note (Fn. 7), Ziff. 35 sowie Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 45.

²²³ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 50.

²²⁴ Zur geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Aggression ausführlich G. Westdickenberg/O. Fixson, Das Verbrechen der Aggression im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, in: J. A. Frowein u.a. (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden, 2003, S. 483 (485 ff.).

²²⁵ Vgl. BT-Drs. 17/10975. Näher zum neu geschaffenen Tatbestand K. Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, in: ZIS 2010, S. 649 ff. sowie K. Schmalenbach, Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, in: JZ 2010, S. 745 ff.

²²⁶ Vgl. den ebenfalls neu einzufügenden Art. 15*bis* Abs. 3 i.V.m. Art. 121 Abs. 3 IStGH-Statut.

²²⁷ Zimmermann, Bedeutung (Fn. 6), S. 1482; Schmalenbach, Verbrechen, ebda., S. 747.

satz bestätigt, dass nur staatliche oder militärische Führungspersonen den Tatbestand verwirklichen können²²⁸. Dementsprechend gering wird die praktische Relevanz für das Flüchtlingsrecht sein²²⁹.

Art. 25, 27 und 28 IStGH-Statut bestimmen, wer für die in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG bezeichneten Verbrechen verantwortlich gemacht werden kann²³⁰. Nach Art. 25 betrifft dies nicht nur den (unmittelbaren oder mittelbaren) Täter, sondern unter anderem auch den Anstifter oder Gehilfen²³¹. Art. 28 IStGH-Statut normiert unter bestimmten Umständen eine Verantwortlichkeit für militärische Befehlshaber²³². Im Umkehrschluss kann daraus allerdings geschlossen werden, dass die Führungsposition in einem Staat bzw. einem staatenähnlichen Gebilde, von dem die oben beschriebenen Verbrechen ausgehen, allein noch nicht ausreicht, um einen Ausschluss vom Flüchtlingsstatus zu rechtfertigen²³³.

c) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG: Schwere nichtpolitische Straftat

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG ist ein Ausländer vom Flüchtlingsstatus ausgeschlossen, wenn schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass er eine schwere nichtpolitische Straftat außerhalb des Bundesgebiets begangen hat, insbesondere eine grausame Handlung, auch wenn mit ihr vorgeblich politische Ziele verfolgt wurden. Die Ausschlussklausel dient der Unterscheidung gemeiner Verbrecher („common criminals“) von *bona fide*-Flüchtlingsen und soll verhindern, dass der Flüchtlingsstatus insgesamt in Misskredit gerät²³⁴. Die Auslegung ist bereits mit größeren Unsicherheiten behaftet als die des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG; insbesondere bei der Bestimmung der „nichtpolitischen“ Motivation.

²²⁸ Vgl. Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 39

²²⁹ Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 161. Allgemein sind die Wirkungen des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG allerdings nicht zu unterschätzen: Dem BKA zufolge sind im Jahr 2015 2.149 Hinweise auf völkerstrafrechtlich zu würdigende Sachverhalte eingegangen: BKA, Kriminalität im Kontext von Zuwanderung, Stand 8.2.2016, Ziff. 16.

²³⁰ Vgl. Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 67.

²³¹ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 45 weisen zurecht darauf hin, dass nicht nur Täter, sondern eben auch Teilnehmer von der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen werden sollen, obwohl nur in Art. 25 Abs. 3 lit. a) IStGH-Statut wie in Art. 1 F lit. a) GFK von einer „Begehung“ der Taten die Rede ist.

²³² Dazu BVerwGE 139, 272 (283 ff. Rn. 29 ff.). Danach fällt der militärische Vorgesetzte i.S.d. Art. 28 IStGH-Statut direkt unter § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG und ist nicht bloß Teilnehmer gem. § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG.

²³³ UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 57 f.

²³⁴ Vgl. BVerwGE 132, 79 (92 f. Rn. 30); 135, 252 (262 Rn. 27).

aa) Eingrenzung von Tatort und -zeit

Art. 1 F lit. b) GFK begrenzt Tatort und -zeit des erforderlichen Verbrechens insofern, als dieses außerhalb des Aufnahmelandes begangen worden sein muss, bevor der Ausländer dort als Flüchtling aufgenommen wurde²³⁵. Die Präzisierung dient der Abgrenzung gegenüber Art. 33 Abs. 2 GFK, insbesondere gegenüber der dortigen 2. Alt²³⁶. Nach der Aufnahme als Flüchtling unterliegt der Ausländer vollständig der Jurisdiktion des jeweiligen Aufnahmestaates, weshalb eine Reaktion auf Straftaten unter vereinfachten Bedingungen nicht mehr angebracht ist²³⁷. Daher ist es ab diesem Zeitpunkt nicht mehr ausreichend, dass schwerwiegende Gründe die Annahme einer schweren nichtpolitischen Straftat rechtfertigen, sondern es muss eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer solchen Straftat vorliegen (vgl. Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK bzw. § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG).

Das Fehlen einer Eingrenzung von Tatzeit und -ort in Art. 1 F lit. a) und c) GFK bzw. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 3 AsylG bedeutet im Umkehrschluss, dass der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft für die Begehung der dort genannten Taten auch dann zulässig ist, wenn sie nach der Aufnahme als Flüchtling und vom Bundesgebiet aus begangen werden²³⁸. Diese Erkenntnis hat Auswirkungen auf den Widerruf der Flüchtlingseigenschaft²³⁹.

Die Qualifikationsrichtlinie interpretiert in Art. 12 Abs. 2 lit. b) die Vorgaben der GFK hinsichtlich der Tatzeit so, dass die schwere nichtpolitische Straftat „vor dem Zeitpunkt der Ausstellung eines Aufenthaltstitels aufgrund der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft“ begangen worden sein muss. Die durch Art. 1 F lit. b) GFK getroffene Eingrenzung der Tatzeit wird damit so präzisiert, dass die dort beschriebene „Aufnahme“ letztlich auf den spätmöglichen Zeitpunkt fällt. Insbesondere wird während des gesamten Asylverfahrens noch nicht von einer Aufnahme ausgegangen. Demgegenüber versteht der *UNHCR* unter einer

²³⁵ Entsprechend verlangt § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG, dass die schwere nichtpolitische Straftat vor der Aufnahme als Flüchtling und außerhalb des Bundesgebiets begangen wurde.

²³⁶ BVerwGE 135, 252 (262 Rn. 27); *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 16; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 164.

²³⁷ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 44.

²³⁸ *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1483; vgl. *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 65 (2014).

²³⁹ S.u., § 5-C.-I.-2.-a).

Aufnahme bereits die „bloße physische Anwesenheit im Aufnahmeland“²⁴⁰, was seinerseits den frühest denkbaren Zeitpunkt darstellt. In der Praxis hat diese Meinungsverschiedenheit jedoch lediglich marginale Auswirkungen. Zu beachten ist nämlich, dass die QRL die Eingrenzung des *Tatortes* unberührt lässt, erlaubt doch Art. 12 Abs. 2 lit. b) QRL den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft ebenfalls nur bei *außerhalb des Aufnahmelandes* begangenen Straftaten. Bei Straftaten, die im Bundesgebiet begangen werden, ist somit stets der (strengere) Maßstab des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG (Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK) maßgeblich, unabhängig davon, *wann* die Straftat begangen wurde²⁴¹. Unterschiede zwischen den angesprochenen Auslegungen ergeben sich somit nur bei Straftaten, die zwar beispielsweise nach Beginn des Asylverfahrens, aber außerhalb des Bundesgebietes begangen wurden, was nur selten relevant werden dürfte. Ansonsten ist aber der Auslegung des *UNHCR* insofern zu widersprechen, als bei der bloßen physischen Anwesenheit im Aufnahmestaat schon vom Wortsinn her (vgl. Art. 31 Abs. 1, 2 WVK) noch nicht von einer „Aufnahme“ gesprochen werden kann, die jedenfalls in irgendeiner Form ein aktives Einverständnis des Aufnahmestaates mit der Anwesenheit des Ausländers voraussetzt. Dieses wird aber in Zeiten von (zumindest in der Regel) offenen Grenzen und gerade bei der typischerweise vorliegenden illegalen Einwanderung nicht bestehen²⁴².

bb) Schwere Straftat

Die zu beurteilende Tat muss zunächst im Aufnahmestaat unter Strafe stehen; ein Ausschluss wäre ansonsten mit dem durch die Ausschlussklauseln – wenn auch nur zweitrangig – bezweckten Schutz des Aufnahmestaates nicht mehr zu

²⁴⁰ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 45; *ders.*, Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (*UNHCR*) zur Richtlinie 2004/83/EG, Genf 2005, S. 23 f.

²⁴¹ Dies entspricht auch dem durch § 72 Abs. 4 AufenthG normierten Vorrang des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens (vgl. dazu oben § 4-B.-II.-3.-b)-cc)): Bei den hier relevanten schweren nichtpolitischen Straftaten kann nicht von einem geringen Strafverfolgungsinteresse ausgegangen werden, sodass für eine Abschiebung ohnehin der Ausgang des Ermittlungsverfahrens abgewartet werden müsste.

²⁴² Eher vertretbar scheint es noch, ab dem Zeitpunkt des Nachsuchens um Asyl von einer „Aufnahme“ auszugehen, da ab diesem Zeitpunkt der Ausländer auch eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG erhält. Die Aufnahme ist dann gleichwohl nur bedingt und hängt letztlich vom Ergebnis des Asylverfahrens ab. Vom Wortsinn her liegt es aber näher, bei einer „Aufnahme“ von einem unbedingten Einverständnis mit dem Aufenthalt auszugehen, das tatsächlich erst ab Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Ausstellung des Aufenthaltstitels vorliegt. Die Präzisierung in Art. 12 Abs. 2 lit. b) QRL ist daher nicht zu beanstanden.

vereinbaren²⁴³. Davon abgesehen sind für die Schwere der Straftat aber grundsätzlich internationale, und nicht lokale Standards maßgeblich, sodass es sich um Kapitalverbrechen oder sonstige Straftaten handeln muss, die in den meisten Rechtsordnungen als besonders schwerwiegend qualifiziert und entsprechend strafrechtlich verfolgt werden²⁴⁴. Typischerweise davon erfasst sind Delikte wie Mord und Totschlag, (schwere) Körperverletzung, Vergewaltigung, Kindesmissbrauch, bewaffneter Raub oder Brandstiftung; ein einfacher Diebstahl oder der Besitz von Drogen für den Eigenbedarf hingegen typischerweise nicht²⁴⁵. Von Bedeutung ist an dieser Stelle auch die bereits angesprochene Resolution 1373 (2001) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, in deren Ziff. 2 lit. e) alle Staaten aufgefordert werden, terroristische Handlungen als *schwere Straftaten* nach ihrem innerstaatlichen Recht zu umschreiben. Wie auch im Rahmen von § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG kommt es letztlich aber auf die genauen Umstände der einzelnen Tat an, sodass alle etwaigen strafschärfenden und -mildern- den Umstände berücksichtigt werden müssen²⁴⁶.

Art. F lit. b) GFK verwendet zwar – anders als § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG („Straftat“) – den Begriff des Verbrechens, evidenterweise ist damit aber nicht die deutsche Strafrechtskategorie im Sinne des § 12 StGB gemeint, handelt es sich doch um einen internationalen Vertrag. Gleichwohl kann man der nationalen Einordnung als Verbrechen eine gewisse Indizwirkung zusprechen²⁴⁷.

Der *ratio* des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG entsprechend ist auch die die persönliche Verantwortung des Ausländers an den Wertungen des Strafrechts zu messen. Mangels internationaler Kriterien ist dabei primär eine Orientierung an den nationalen Kategorien von Täterschaft und Teilnahme angebracht²⁴⁸, wobei die Teilnahme (§ 28 Abs. 1 StGB) unter § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG fällt. Ebenfalls erforderlich sind die „gewöhnlichen“ strafrechtlichen Voraussetzungen wie Vorsatz und das Fehlen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen²⁴⁹.

²⁴³ Vgl. Zimmermann, Bedeutung (Fn. 6), S. 1484; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 179.

²⁴⁴ BVerwGE 132, 79 (86 Rn. 19); 135, 252 (269 Rn. 41); 136, 89 (106 f. Rn. 47); UNHCR, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 14; Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 50.

²⁴⁵ Aufzählung bei UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 40.

²⁴⁶ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 76; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 180.

²⁴⁷ Funke-Kaiser (Fn. 23), § 2 Rn. 76 (2014).

²⁴⁸ BVerwGE 140, 114 (132 f. Rn. 38).

²⁴⁹ Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 52. Vgl. auch UNHCR, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 21 f. sowie BVerwGE 144, 127 (137 Rn. 25).

cc) Nichtpolitisch

Durch Art. 1 F lit. b) GFK sollen nur gemeine Straftäter („common criminals“) ausgeschlossen werden. Erforderlich ist daher, dass es sich um eine nichtpolitische Straftat handelt.

(i) Keine strikte Bindung an das Auslieferungsrecht

Die Ausschlussklausel weist damit eine augenscheinliche Nähe zum Auslieferungsrecht auf, das in Auslieferungsabkommen typischerweise Ausnahmen für politische Straftaten vorsieht²⁵⁰. Aus diesem Grund wird teilweise eine Beschränkung des Art. 1 F lit. b) GFK durch das Auslieferungsrecht vertreten, so dass ein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft nur für Personen erfolgen könne, die auch an den Heimatstaat ausgeliefert werden könnten, also nur für „fugitives from domestic justice“²⁵¹. Eine solche Ansicht hätte erhebliche Auswirkungen, da dann durch Art. 1 F lit. B) GFK generell nur Personen ausgeschlossen werden könnten, die ihre Straftat noch nicht verbüßt haben. Im Falle einer Verbüßung käme nämlich auch eine Auslieferung nicht in Betracht²⁵². Gegen die strikte Anlehnung an das Auslieferungsrecht spricht jedoch bereits entscheidend der Wortlaut des Art. 1 F lit. b) GFK. Anders als die UNHCR-Satzung in Art. 7 lit. d)²⁵³ enthält dieser nämlich keine Hinweise auf das Auslieferungsrecht, und das, obwohl die UNHCR-Satzung 1948 und damit noch vor der GFK entstanden ist²⁵⁴. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Verfasser der GFK keine Beschränkung auf auslieferungsfähige Straftaten vorsehen wollten. Zudem geben auch Sinn und Zweck der Ausschlussklausel, die auf der Asylunwürdigkeit gewisser Ausländer gründet, eine solche Lesart nicht her, denn die

²⁵⁰ Vgl. nur Art. 3 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13.12.1957 (BGBl. 1964 II S. 1369). Näher *W. Kälin/J. Künzli*, Art. 1 F (b): Freedom Fighters, Terrorists, and the Notion of Serious Non-Political Crimes, in: *IJRL Vol. 12* (2000), suppl. 1, S. 46 (63 ff.); *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 165 ff.

²⁵¹ So *J. C. Hathaway/C. J. Harvey*, Framing Refugee Protection in the New World Disorder, in: *Cornell ILJ 34* (2001), S. 257 (296): „Specifically, the duty of preemptory exclusion under Article 1(F)(b) applies only to persons who are fugitives from domestic justice – their crimes must have been committed outside the asylum state, remain justiciable, and justify a grant of extradition [Hervorhebung durch den Verf.]“.

²⁵² *Gilbert*, Issues (Fn. 95) S. 447.

²⁵³ „[...] aus schwer wiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, dass sie ein Verbrechen begangen hat, das unter die Bestimmungen von Auslieferungsverträgen fällt [Hervorhebung durch den Verf.]“.

²⁵⁴ *Gilbert*, Issues (Fn. 95), S. 446 ff.; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 166.

Asylunwürdigkeit bleibt grundsätzlich auch bestehen, nachdem eine Strafe verbüßt wurde²⁵⁵. Somit lässt sich festhalten, dass die Kennzeichnung als nichtpolitische Straftat durch ein Auslieferungsabkommen zwar eine indizielle Bedeutung haben kann, aber eben nicht allein entscheidend ist²⁵⁶. Stattdessen muss das Kriterium der nichtpolitischen Straftat im Sinne des Art. 1 F lit. b) GFK (bzw. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG) eigenständig ausgelegt werden.

(ii) Prüfung der inneren Motivation

Entscheidend kommt es dafür auf die innere Motivation des Täters und seine Zielsetzung an; nicht hingegen auf die äußeren Umstände wie z.B. die Begehung eines Deliktes während eines nicht internationalen bewaffneten Konflikts²⁵⁷. Es muss untersucht werden, welche Motive für den Täter überwiegen: Eine politische Straftat liegt vor, wenn es ihm beispielsweise auf den Umsturz des politischen Systems oder die Beseitigung staatlicher Einrichtungen geht, wovon man klassischerweise bei Straftaten wie Landesverrat, Spionage oder Sabotage (sog. absolut politischen Delikten) ausgehen kann²⁵⁸. Nichtpolitisch ist die Straftat hingegen, wenn sie jedenfalls überwiegend aus persönlichen Beweggründen oder Gewinnstreben begangen wird. Davon wird im Falle von „Zusammenhangstaten“²⁵⁹ auch ausgegangen, wenn keine eindeutige Verbindung zwischen der Tat und einem etwaig vorliegenden politischen Ziel besteht²⁶⁰.

Außerdem ist anerkannt, dass der politischen Zielsetzung eine „normative Grenze“²⁶¹ gesetzt ist und eine politische Straftat nur angenommen werden kann, wenn die Folgen der Handlung nicht außer Verhältnis zur politischen Zielsetzung

²⁵⁵ S.u., § 5-B.-III.-1.-f).

²⁵⁶ *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 70 f.; *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 15; *Gilbert*, Issues (Fn. 95), S. 448 („related to, although not limited by“); *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1483.

²⁵⁷ BVerwGE 136, 89 (107 f. Rn. 49); *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 55.

²⁵⁸ *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 65; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 170; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 55.

²⁵⁹ Vgl. *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 65 f.; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 66 (2014).

²⁶⁰ BVerwGE 135, 252 (269 f. Rn. 42); 136, 89 (107 Rn. 48); *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 15; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 66 (2014).

²⁶¹ *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 55: „normative limit“.

stehen²⁶². Auf diese Ausnahme zielt auch der in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG sowie in Art. 12 Abs. 2 lit. b) QRL eingefügte Zusatz ab, wonach eine nichtpolitische Straftat insbesondere bei einer grausamen Handlung vorliegt. Bei einer grausamen Handlung kann *per se* von einer Unverhältnismäßigkeit im soeben beschriebenen Sinn ausgegangen werden, sodass die politischen Ziele tatsächlich, wie es in der Gesetzesformulierung lautet, nur „vorgeblich“ verfolgt werden. Dementsprechend ist der Zusatz als Konkretisierung zu verstehen und mit der GFK vereinbar²⁶³. Die vielfache Betonung, dass es sich bei gemeinhin als terroristisch eingestuften Straftaten um nichtpolitische Straftaten handele, auch wenn die Täter nach außen ein vermeintlich politisches Ziel propagieren, verwundert vor diesem Hintergrund nicht. Denn terroristische Taten sind regelmäßig grausam²⁶⁴ und werden – gerade wenn sie sich gegen eine unbeteiligte Zivilbevölkerung richten – in krassem Missverhältnis zum angestrebten Zweck stehen²⁶⁵.

Das Verhältnis der in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 AsylG enthaltenen Ausschlussklauseln stellt sich so dar, dass sie zwar grundsätzlich auf verschiedene Ausgangslagen zugeschnitten sind, nämlich auf Straftaten zum einen in Kriegszeiten und zum anderen in Friedenszeiten. Das bedeutet aber nicht, dass sie einander generell ausschließen würden: Auch zu Kriegszeiten können nichtpolitische Straftaten begangen werden, eben weil es – wie bereits betont – auf die innere Motivation und nicht auf die äußeren Umstände ankommt. Allerdings hat das Bestehen eines bewaffneten Konflikts doch maßgeblichen Einfluss auf den Ausschlussgrund der nichtpolitischen Straftat, zumindest wenn es sich um die Tat eines Kombattanten handelt. So müssen die Wertungen des Völkerstrafrechts beachtet werden, um insbesondere die „normative Grenze“ des politischen Elements, d.h. die Verhältnismäßigkeit der Handlung, zu ermitteln: Pönalisiert das

²⁶² BVerwGE 135, 252 (269 f. Rn. 42); 136, 89 (107 Rn. 48); *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 15; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 177; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 66 (2014).

²⁶³ Vgl. *UNHCR*, Asylum in the European Union, 2007, S. 100; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 178; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 66 (2014) sowie *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 56.

²⁶⁴ BVerwGE 132, 79 (86 f. Rn. 20); 135, 252 (269 f. Rn. 42).

²⁶⁵ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 81 – *B und D*; *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 15; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 68 (2014). Der Vorschlag der Kommission vom 13.7.2016 (COM [2016] 466 final) für eine Ersetzung der QRL durch eine Verordnung sieht in Art. 12 Abs. 5 eine Konkretisierung der nichtpolitischen Straftat vor, die die genannten Beispiele unverhältnismäßiger (lit. a)) und terroristischer Taten (lit. b)) abstellt, damit also keine Neuerungen enthält.

Völkerstrafrecht eine bestimmte Tat nämlich nicht (z.B. die Tötung eines gegnerischen Kombattanten), so kann diese Tat nicht widerspruchsfrei zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG führen²⁶⁶.

(iii) Relevanz konventionsrechtlicher Verfolgung?

Wiederum aus Auslieferungsabkommen bekannt sind sog. Diskriminierungsklauseln, die eine Auslieferung für unzulässig erklären, wenn es sich zwar um eine gemeinhin nichtpolitische Straftat handelt, jedoch die Gefahr besteht, dass der Täter aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung härter bestraft wird als andere Täter für vergleichbare Taten²⁶⁷. Eine Auslieferung wird in diesen Fällen also aufgrund konventionsrechtlich relevanter (politischer) Verfolgung abgelehnt²⁶⁸.

Es stellt sich die Frage, ob die Wertung dieser Diskriminierungsklauseln auf die Ausschlussklausel des Art. 1 F lit. b) GFK übertragen werden muss; ob ein Ausschluss also unterbleiben muss, wenn die an eine schwere nichtpolitische Straftat geknüpfte Strafverfolgung konventionsrechtlich relevant im Sinne des Art. 1 A Abs. 2 GFK ist. Einen solchen Ansatz befürworten *Zimmermann* und *Wennholz*, die im Falle einer solchen Verfolgung von einem „politisierten“ Delikt ausgehen.

²⁶⁶ Zu alledem BVerwGE 135, 252 (270 f. Rn. 43). Vgl. auch *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 69 f.

²⁶⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens: „Das gleiche gilt, wenn der ersuchte Staat ernstliche Gründe hat anzunehmen, daß das Auslieferungsersuchen wegen einer nach gemeinem Recht strafbaren Handlung gestellt worden ist, um eine Person aus rassistischen, religiösen, nationalen oder auf politischen Anschauungen beruhenden Erwägungen zu verfolgen oder zu bestrafen, oder daß die verfolgte Person der Gefahr einer Erschwerung ihrer Lage aus einem dieser Gründe ausgesetzt wäre“. Zu den denkbaren Konstellationen *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 71 f.

²⁶⁸ Vgl. *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 171 sowie BVerfGE 80, 315 (338): „Allerdings kann die Verfolgung von Straftaten, die sich nach dem Vorangegangenen nicht als politische Verfolgung darstellt, in politische Verfolgung umschlagen, wenn nämlich objektive Umstände darauf schließen lassen, daß der Betroffene gleichwohl wegen eines asyl erheblichen Merkmals verfolgt wird. Das ist insbesondere dann zu vermuten, wenn er eine Behandlung erleidet, die härter ist als die sonst zur Verfolgung ähnlicher – nicht politischer – Straftaten von vergleichbarer Gefährlichkeit im Verfolgerstaat übliche“.

Es sei nämlich wertungswidersprüchlich, in solchen Fällen zwar die Auslieferung abzulehnen, den Ausländer aber gleichzeitig vom Flüchtlingsstatus auszuschließen²⁶⁹.

Dem kann jedoch aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Am offenkundigsten steht einem solchen Ansatz entgegen, dass dann für die Ausschlussklausel des Art. 1 F lit. b) GFK überhaupt kein Anwendungsbereich mehr bestünde²⁷⁰. Besteht nämlich keine Verfolgung im Sinne des Art. 1 A Abs. 2 GFK, ist der betreffende Ausländer bereits aus diesem Grund kein Flüchtling. D.h. die Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK erlangen ohnehin nur Bedeutung, sofern eine konventionsrechtlich relevante Verfolgung vorliegt. Wenn nun aber in einem solchen Falle ein Ausschluss gem. Art. 1 F lit. b) GFK unterbleiben müsste, dann hätte die Ausschlussklausel schlicht keinen Sinn mehr. Entgegen der von *Wennholz* geäußerten Ansicht lässt sich diesem Gesichtspunkt auch nicht dadurch der „Wind aus den Segeln“ nehmen, dass die entsprechende Anwendung der Diskriminierungsklausel nur dort erfolgen soll, wo die konventionsrechtliche Verfolgung gerade an das begangene Delikt anknüpft, der Ausschlussklausel also ein erheblicher Anwendungsbereich verbleibe, wenn die Verfolgung bereits aus anderen Gründen – gewissermaßen „allgemein“ – erfolge²⁷¹. Es wird nämlich im Einzelfall schwierig aufzuzeigen sein, dass es sich schon um eine „allgemeine“ Verfolgung handelt und nicht „nur“ um eine solche, die an die Straftat anknüpft. Denn: Wird jemand schon allgemein verfolgt, dann wird er regelmäßig auch bei einer Straftat anderen Tätern gegenüber diskriminiert werden. Außerdem kann das Auslieferungsersuchen gerade als Vorwand dienen, um die „allgemeine“ Verfolgung durchzusetzen²⁷².

Hinzu kommt, dass es für den Ausschluss nach Art. 1 F lit. b) GFK darauf ankommt, ob die *Straftat* nichtpolitisch ist; die von *Wennholz* und *Zimmermann* vertretene „Politisierung“ hingegen bestimmt sich nach den *Folgen* dieser Straftat. Ein solcher Ansatz ist daher auch deshalb abzulehnen, weil er nicht auf das Verhalten des Täters abstellt, auf dessen Asylunwürdigkeit es aber gerade ankommt, sondern auf das des Heimatstaates.

²⁶⁹ *Zimmermann*, Bedeutung (Fn. 6), S. 1483; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 68; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 171 ff.

²⁷⁰ So auch *Kälin/Künzli*, Freedom (Fn. 250), S. 72; *Hailbronner* (Fn. 12), § 3 AsylVfG Rn. 39 (2014).

²⁷¹ *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 172 f.

²⁷² Vgl. wiederum Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens.

Zuletzt soll – wie bereits herausgestellt – das Auslieferungsrecht zwar eine Bedeutung für die Ausschlussklausel entwickeln, aber nicht reflexartig deren Auslegung bestimmen. Etwaige Widersprüche mit dem Auslieferungsrecht rechtfertigen daher nicht die Übertragung der aus Auslieferungsabkommen bekannten Diskriminierungsklauseln auf die Ausschlussklausel des Art. 1 F lit. b) GFK (bzw. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG). In Deutschland ist überdies der Vorrang des Auslieferungsrechts zumindest während des Auslieferungsverfahrens bereits durch § 60 Abs. 4 AufenthG sichergestellt, sodass in diesem Zeitraum keine Abschiebung erfolgen kann, die dem Auslieferungsrecht zuwiderläuft²⁷³. Nach Abschluss des Auslieferungsrechts kann an alternative Lösungen, wie die Gewährung einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 23a AufenthG gedacht werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Zudem ist zu beachten, dass die absoluten Abschiebungsverbote der § 60 Abs. 2, 5 und 7 AufenthG weiterhin gelten.

d) § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG: Zuwiderhandlung gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen

§ 3 Abs. 2 S. 1 AsylG fordert einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft zuletzt auch dann, wenn der Ausländer gem. Nr. 3 „den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwidergehandelt hat“. Aufgrund der Unschärfe und potentiellen Weite der Formulierung ist die Auslegung dieser Ausschlussklausel letztlich am wenigsten klar²⁷⁴, auch wenn der Europäische Gerichtshof durch mittlerweile zwei Urteile klargestellt hat, dass die Praxis sich maßgeblich an Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen orientieren kann²⁷⁵. Gerade im Bereich des internationalen Terrorismus hat die Praxis die Klausel in letzter Zeit „für sich entdeckt“. Es muss aber darauf geachtet werden, dass dabei die Schwelle für den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft im Vergleich zu den anderen Ausschlussklauseln nicht zu niedrig angesetzt wird.

²⁷³ Vgl. *K. P. Stiegeler*, in: Hofmann, Ausländerrecht (Fn. 19), § 60 AufenthG Rn. 18 f.

²⁷⁴ Vgl. BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 12.3.2008 – 2 BvR 378/05 – Rn. 24; BVerwGE 132, 79 (88 f. Rn. 24); *Gilbert*, Issues (Fn. 95), S. 455 sowie *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 46 mit Verweis auch auf die unklare Entstehungsgeschichte.

²⁷⁵ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09 – *B und D*; U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14 – *Lounani*.

aa) Hervorhebung der Rolle des Sicherheitsrates

Die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen sind in Kapitel I der UNCh, also in Art. 1 und 2 aufgezählt²⁷⁶. Zu den Zielen zählen die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art. 1 Nr. 1), die Entwicklung freundschaftlicher Beziehungen zwischen den Nationen (Nr. 2) oder auch die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Nr. 3). Die Grundsätze der Vereinten Nationen beinhalten unter anderem den Gedanken der souveränen Gleichheit aller Nationen (Art. 2 Nr. 1), den Grundsatz friedlicher Streitbeilegung (Nr. 3) sowie das Gewaltverbot (Nr. 4). Art. 12 Abs. 2 lit. c) der QRL zufolge sind die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen außerdem in der Präambel der UNCh verankert. Deren Nennung läuft allerdings den amtlichen Überschriften der Charta deutlich entgegen²⁷⁷. Es ist auch nicht erkennbar, welchen Mehrwert die Nennung der Präambel haben sollte, da diese naturgemäß wenig scharf formuliert ist und darin keine Grundsätze und Ziele ersichtlich sind, die nicht auch in Art. 1 und 2 UNCh enthalten sind. Die Nennung der Präambel durch die QRL könnte man lediglich dadurch rechtfertigen, dass die gesamte UNCh, und damit auch Kapitel I, in gewisser Weise die Präambel ausformt. Die Mitgliedsstaaten sollten jedoch davon absehen, durch den Rückgriff auf die Präambel zu einer extensiven Auslegung des Art. 1 F lit. c) GFK zu gelangen.

Aufgrund des auf die internationalen Beziehungen zwischen Staaten ausgerichteten Regelungsgehalts der UNCh und der unpräzisen Formulierungen in deren Art. 1 und 2 war der sachliche Anwendungsbereich ursprünglich sehr eng ausgelegt worden. Der *UNHCR* vertrat noch 2003 die These, dass eine Berufung auf Art. 1 F lit. c) GFK nur unter extremen Umständen im Fall von Handlungen in Betracht komme, „die einen Angriff auf die Grundlagen der Koexistenz der internationalen Staatengemeinschaft darstellen. Solche Handlungen müssen eine internationale Dimension haben. In diese Kategorie würden Verbrechen fallen, die den Weltfrieden, die internationale Sicherheit und die friedlichen Beziehungen zwischen Staaten erschüttern könnten, sowie schwere, anhaltende Verletzungen der Menschenrechte“²⁷⁸. In eine ähnliche Richtung geht auch eine Aus-

²⁷⁶ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 46; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 87; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 61.

²⁷⁷ *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 184.

²⁷⁸ *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 17; vgl. auch *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 186 f.

legung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1975, wonach die Anwendung der Ausschlussklausel nur bei solchen Handlungen in Betracht komme, „die dem zwischenstaatlichen (internationalen) Frieden und der zwischenstaatlichen Völkerverständigung zuwiderlaufen“²⁷⁹.

Ein gleichermaßen enges Verständnis ergab sich mit Blick auf den persönlichen Anwendungsbereich. Art. 1 F lit. c) GFK bewirkt zwar grundsätzlich, dass die an die Vertragsstaaten gerichteten Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen auch den einzelnen Asylbewerber verpflichten²⁸⁰, soweit dies überhaupt denkbar ist²⁸¹. Jedoch war der begrenzte Adressatenkreis der UNCh ursprünglich so interpretiert worden, dass von Art. 1 F lit. c) GFK jedenfalls nur Personen betroffen sein können, die eine „Machtposition in einem Staat oder einem staatenähnlichen Gebilde“ inne hätten²⁸².

Solche Personen fallen zwar auch weiterhin in den von Art. 1 F lit. c) GFK typischerweise erfassten Täterkreis, da sie am ehesten in der Lage sind, in zwischenstaatliche Beziehungen einzugreifen oder Menschenrechtsverletzungen zu begehen²⁸³. Allerdings ist in letzter Zeit in der Praxis insgesamt ein erweitertes Verständnis der Ausschlussklausel zu beobachten, das vor allem auf einer Betonung der Rolle des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen beruht. Dem Europäischen Gerichtshof zufolge ist dem Umstand eine besondere Bedeutung beizumessen, dass der Sicherheitsrat gem. Art. 24 Abs. 1 die Hauptverantwortung für die – in der UNCh als oberstes Ziel genannte – Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit trägt und diese Aufgabe durch den Beschluss von Resolutionen nach Kapitel VII der Charta wahrnimmt²⁸⁴. Dabei handelt er in Übereinstimmung mit den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen (Art. 24 Abs. 2 UNCh). Die Befugnis des Sicherheitsrates umfasst die Feststellung, ob eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegt

²⁷⁹ BVerwG, U. v. 1.7.1975 – I C 44/68.

²⁸⁰ Zimmermann, Bedeutung (Fn. 6), S. 1485.

²⁸¹ Dies gilt bspw. nicht für die Grundsätze der Erfüllung der Charta-Verpflichtungen nach Treu und Glauben gem. Art. 2 Nr. 2 UNCh oder das Verbot des Einmischens der Vereinten Nationen in innere Angelegenheiten ihrer Vertragsstaaten nach Art. 2 Nr. 7 UNCh; vgl. Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 184.

²⁸² UNHCR, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 17; ders., Note (Fn. 7), Ziff. 48 („not aimed at the ‚man in the street‘“); Gilbert, issues (Fn. 95), S. 456; Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 83. Vgl. auch BVerwGE 132, 79 (88 f. Rn. 24).

²⁸³ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 83; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 185.

²⁸⁴ EuGH, U. v. 3.9.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Rn. 294 – *Kadi*. Darauf stellen auch BVerwGE 132, 79 (89 f. Rn. 25) und 139, 272 (286 Rn. 35) ab.

(Art. 39 UNCh). Seine Resolutionen haben für die Vertragsstaaten zudem Vorrang vor allen anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen (Art. 103 UNCh)²⁸⁵.

bb) Auswirkungen auf das Problemfeld Terrorismus

Die betonte besondere Bedeutung der Sicherheitsrats-Resolutionen hat sich für die Auslegung des Art. 1 F lit. c) GFK bisher hauptsächlich im Feld des Terrorismus niedergeschlagen. Selbst in der Qualifikationsrichtlinie wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen unter anderem in den Resolutionen der Vereinten Nationen zu Antiterrormaßnahmen verankert sind (Erwägungsgrund 31²⁸⁶). In der bereits vielfach herangezogenen Resolution 1373 (2001) hat der Sicherheitsrat ausdrücklich erklärt, dass „die Handlungen, Methoden und Praktiken des Terrorismus im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen stehen und dass die wissentliche Finanzierung und Planung terroristischer Handlungen sowie die Anstiftung dazu ebenfalls im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen stehen“ (Ziff. 5). Dass diese Erklärung ohne Bezug zum hier relevanten Flüchtlingsrecht getätigt wurde, muss bereits angesichts der in Ziff. 2 lit. c), d) sowie Ziff. 3 lit. f) getroffenen Beschlüsse derselben Resolution verneint werden.

Die Bedeutung der Sicherheitsratsresolutionen im Feld der flüchtlingsrechtlichen Terrorismusbekämpfung ist auch in der neuen Entscheidung des Europäischen Gerichtshof vom 31. Januar 2017 hervorgehoben worden. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof sich maßgeblich auf die Resolution 2178 (2014) bezogen. Darin verleiht der Sicherheitsrat seiner Besorgnis über die zunehmende Bedrohung Ausdruck, „die von ausländischen terroristischen Kämpfern ausgeht, das heißt von Personen, die in einen Staat reisen, der nicht der Staat ihrer Ansässigkeit oder Staatsangehörigkeit ist, um terroristische Handlungen zu begehen, zu planen, vorzubereiten oder sich daran zu beteiligen oder Terroristen auszubilden oder sich zu Terroristen ausbilden zu lassen, einschließlich im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten“²⁸⁷. Obwohl sich dieser Ausdruck nicht einmal

²⁸⁵ BVerwGE 132, 79 (89 f. Rn. 25); *A. v. Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1063.

²⁸⁶ Darauf nehmen Bezug EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 82 – *B und D* sowie BVerwGE 140, 114 (126 f. Rn. 28). Nach VGH BW, U. v. 16.5.2012 – 11 S 2328/11 – Rn. 130 sind die Erwägungsgründe zwar nicht unmittelbarer Bestandteil einer Regelung, haben aber eine Funktion als amtliche Auslegungshilfe.

²⁸⁷ Vgl. auch die daraus in Ziff. 6 der Resolutionen gezogenen Schlussfolgerungen, die u.a. im Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus

im operativen Teil, sondern lediglich in der Einleitung der Resolution befindet, leitet der Europäische Gerichtshof daraus ab, dass Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL sich nicht auf die *Begehung* terroristischer Taten und erst recht nicht auf terroristischen Straftaten im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/475 beschränkt²⁸⁸. Stattdessen könnten auch solche Personen unter die Ausschlussklausel fallen, die „die Anwerbung, Organisation, Beförderung oder Ausrüstung von Personen vornehmen, die in einen Staat reisen, der nicht der Staat ihrer Ansässigkeit oder Staatsangehörigkeit ist, um insbesondere terroristische Handlungen zu begehen, zu planen oder vorzubereiten“²⁸⁹. Der Ausschluss eines in Belgien rechtskräftig wegen des Ausschleusens freiwilliger Terrorkämpfer in den Irak verurteilten Asylbewerbers gem. Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL sei daher möglich²⁹⁰.

(i) Erfordernis einer internationalen Dimension

In Anbetracht dieser allgemeinen, in Bezug auf den Adressatenkreis indifferenten Aussage ist der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 zu dem Entschluss gekommen, dass „Handlungen des internationalen Terrorismus *in einer allgemeinen Weise und unabhängig von der Beteiligung eines Staates* [Hervorhebung durch den Verf.] den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen“²⁹¹. In seiner neueren Entscheidung vom 31. Januar 2017 ist der Europäische Gerichtshof von dieser Sichtweise wie selbstverständlich ausgegangen und hat den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL in keiner Weise problematisiert²⁹²; auch das Bundesverwaltungsgericht ist

umgesetzt sind (vgl. die dortigen Art. 2-6). Die auf die Gefahr ausländischer terroristischer Kämpfer bezogenen Beschlüsse der Sicherheitsratsresolution sind außerdem ein entscheidender Grund für die Überarbeitung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI und die geplante Verabschiedung einer neuen EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Terrorismus (vgl. S. 5 ff. des Kommissionsvorschlages für die Richtlinie vom 2.12.2015 [2015/0281 (COD)]; aktuelle Fassung der geplanten Richtlinie: Vorschlag vom 11.11.2016 [14238/16]).

²⁸⁸ EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 47 ff. – *Lounani*.

²⁸⁹ EuGH, ebda., Rn. 69. Die Strafbarkeit solcher Handlungen ist zukünftig in Art. 9 und 10 der geplanten EU-Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung (Fn. 287) vorgesehen. Auch dafür ist gem. Art. 15 der Richtlinie nicht erforderlich, dass tatsächlich eine Verbindung zu einer bestimmten terroristischen Handlung festgestellt wird.

²⁹⁰ Vgl. EuGH, ebda., Rn. 77.

²⁹¹ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 83 – *B und D*.

²⁹² Vgl. EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 69 – *Lounani*: Die Handlungen von Herrn Lounani hatten keinen „staatlichen Hintergrund“, dennoch bejaht der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL.

dieser Einschätzung gefolgt²⁹³. Insofern ist gegenüber dem oben beschriebenen engen Anwendungsbereich ein Bedeutungswandel eingetreten²⁹⁴. Seitdem herrscht in der Literatur allerdings Unklarheit darüber, wie weit Änderungen zu ziehen sind²⁹⁵. Daran dürfte auch die neue Entscheidung des Gerichtshofs nichts ändern, wenngleich darin jedenfalls klargestellt wurde, dass es keiner terroristischen Handlung im engeren Sinne bedarf²⁹⁶.

Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass sicherlich nicht jede Handlung, die einer Resolution des Sicherheitsrates entgegenläuft, zugleich auch den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen widerspricht. Die Ziele und Grundsätze sind weiterhin in Art. 1 und 2 der UNCh normiert und können vom Sicherheitsrat nicht eigenständig erweitert werden. Art. 24 Abs. 2 UNCh, wonach der Sicherheitsrat im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen handelt, ist nicht so zu verstehen, dass der Sicherheitsrat diese Ziele und Grundsätze durch jede seiner Handlungen konkretisiert, sondern im Gegenteil als Beschränkung der Kompetenzen Sicherheitsrates, der selbst an die in Art. 1 und 2 UNCh aufgezählten Ziele und Grundsätze gebunden ist²⁹⁷. Deutlicher zeigt sich dies in der englischen Fassung („shall act in accordance with [...]“). Terroristische Maßnahmen mögen zwar Art. 1 Nr. 1 sowie Art. 2 Nr. 4 UNCh betreffen; erforderlich ist dann aber eine internationale Dimension der terroristischen Handlungen, wie auch, wenngleich ohne nähere Begründung, der Europäische Gerichtshof erkennt²⁹⁸. Dass, wie vom UNHCR in Anlehnung an den oben beschriebenen engen Anwendungsbereich vertreten, nur die Führer terroristischer

²⁹³ BVerwGE 140, 114 (126 f. Rn. 28); U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 12.

²⁹⁴ Zimmermann, Bedeutung (Fn. 6), S. 1485; Funke-Kaiser (Fn. 23), § 2 Rn. 58 (2014).

²⁹⁵ Ausführlich Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 188 ff. Zu der Frage, ob die Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation allein bereits ausreicht, um einen Ausschluss nach Art. 1 F GFK vorzunehmen, wird weiter unten Stellung bezogen (§ 5-B.-III.-1.-e)-bb)).

²⁹⁶ EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 47 ff. – *Lounani*.

²⁹⁷ Vgl. EGMR Nr. 27021/08 v. 7.7.2011, Rn. 102 – *Al-Jedda/Vereinigtes Königreich*; A. Peters, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, Bd. I, 3. Aufl. Oxford 2012, Art. 24 Rn. 57. Hinzu kommt, wie OVG NRW, U. v. 27.3.2007 – 8 A 5118/05.A – Rn. 93; EGMR, ebda., Rn. 102 und Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 192 ff. darstellen, dass die Anti-Terror-Resolutionen des Sicherheitsrates selbst die Beachtung des Völkerrechts und insbesondere des Flüchtlingsvölkerrechts einfordern (Resolution 1373 [2001], Ziff. 3 lit. f); noch deutlicher Resolution 1624 [2005], Ziff. 4) und daher den Anwendungsbereich des Art. 1 F lit. c) GFK nicht „um jeden Preis“ erweitern sollen.

²⁹⁸ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 84 – *B und D*: „Daraus folgt, dass [...] die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten die Bestimmung des Art. 12 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie auch auf eine Person anwenden können, die im Rahmen ihrer Zugehörigkeit zu einer in der Liste im Anhang des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931

Organisationen die Ausschlussklausel des Art. 1 F lit. c) GFK erfüllen können²⁹⁹, ist indes abzulehnen. Es geht um die Feststellung, inwieweit sich die jeweilige terroristische *Handlung* auf die internationale Sicherheit und den Weltfrieden auswirkt; an dieser können auch Personen einen entscheidenden Anteil haben, die nicht zum Führungskader der jeweiligen Organisation gehören³⁰⁰. Zu denken ist nur an diejenigen Personen, die eine terroristische Handlung selbst ausführen³⁰¹.

(ii) Verhältnis Art. 1 F lit. b) und 33 Abs. 2 GFK

Neben dieser erforderlichen Beschränkung des Art. 1 F lit. c) GFK auf terroristische Handlungen mit einer internationalen Dimension ist aber auch das Verhältnis zu den Ausschlussklauseln des Art. 1 F lit. b) GFK (bzw. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG) und des Art. 33 Abs. 2 GFK (bzw. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG zu untersuchen). Insbesondere stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die Subsumtion unter den sehr viel unbestimmteren Art. 1 F lit. c) GFK überhaupt mit sich bringt. Insofern ist nämlich nochmals zu betonen, dass die anderen Ausschlussklauseln die spezielleren Voraussetzungen enthalten, über deren Anwendung inzwischen auch weitestgehend Konsens herrscht. Sie bieten somit eine höhere Gewähr für die Einbeziehung aller Umstände, wohingegen die unpräzise Formulierung von lit. c) GFK stets die Gefahr missbräuchlicher Anwendung in sich birgt³⁰². Bereits aus diesem Grund sollte vorrangig eine Subsumtion unter die Art. 1 F lit. b) und 33 Abs. 2 GFK erfolgen.

aufgeführten Organisation an terroristischen Handlungen beteiligt war, *die eine internationale Dimension aufweisen* [Hervorhebung durch den Verf.]. Auch in EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 74 – *Lounani* wird auf die internationale Dimension der Taten abgestellt. Ähnlich außerdem UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 49: „Rather than focus on the ‚terrorism‘ label, a more reliable guide to the correct application of Article 1F(c) in cases involving a terrorist act is the extent to which the act impinges on the international plane – in terms of its gravity, international impact, and implications for international peace and security“ sowie Gilbert, Issues (Fn. 95), S. 457 („group perpetrating international terrorism that threatens international peace and security“). Zum insofern erforderlichen Prüfungsmaßstab BVerwGE 144, 127 (137 f. Rn. 26).

²⁹⁹ UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 49, 83.

³⁰⁰ Vgl. BVerwGE 140, 114 (126 f. Rn. 28).

³⁰¹ Nach EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 64 ff. – *Lounani* ist es aber für den Ausschluss nach Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL weder zwingend erforderlich, dass die betreffende Person selbst terroristische Handlungen begeht, noch, dass sie andere dazu anstiftet bzw. sich daran beteiligt.

³⁰² Gilbert, issues (Fn. 95), S. 457; Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 96 ff. Ausführlich zur Stellung von Art. 1 F lit. a) und b) GFK als *leges speciales* zu lit. c) Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 189 ff. Vgl. auch BVerwGE 140, 114 (133 Rn. 39): „Zusätzlich

Deren Beschränkung auf strafrechtlich relevante Handlungen stellt sich im Bereich des Terrorismus im Hinblick auf die Effektivität auch nicht als zu restriktiv dar, denn gerade dort wird sehr weitläufig auch schon die Vorfeldunterstützung unter Strafe gestellt³⁰³. So beschließt der Sicherheitsrat in Ziff. 2 lit. e) der Resolution 1373 (2001), dass alle Staaten die „Finanzierung, Planung, Vorbereitung oder Begehung terroristischer Handlungen“ als schwere Straftaten nach ihrem innerstaatlichen Recht umschreiben müssen³⁰⁴. Ähnlich geht es in Ziff. 6 der Resolution 2178 (2014) um die Bestrafung für das Fördern der Reisen von Personen ins Ausland, um dort terroristische Handlungen zu begehen³⁰⁵. In der jüngeren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 31. Januar 2017 war der ursprünglich klagende Asylbewerber wegen solcher Handlungen von einem belgischen Gericht auch bereits rechtskräftig verurteilt worden³⁰⁶. Die Beschlüsse des Sicherheitsrates sind nach Art. 103 UNCh autoritativ, sodass die Staaten verpflichtet sind, entsprechende strafrechtliche Sanktionen zu schaffen³⁰⁷.

Aufgrund der dadurch erzielten weitreichenden Wirkung des Strafrechts, die durch § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG noch verstärkt wird, dürfte die große Mehrheit von Handlungen mit terroristischem Bezug gem. Art. 1 F lit. b) GFK schon als nicht-politische Straftat zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft führen. Da auch für diese Norm bereits das Vorliegen „schwerwiegender Gründe“ genügt,

wird allerdings – um der Funktion des Ausschlussgrundes gerecht zu werden – in jedem Fall zu prüfen sein, ob der individuelle Beitrag ein Gewicht erreicht, das dem der Ausschlussgründe in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 AsylVfG entspricht“.

³⁰³ Vgl. Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 198.

³⁰⁴ Bekräftigt in Ziff. 11 der Resolution 2199 (2015). Die Strafbarkeit der Terrorismusfinanzierung richtet sich zukünftig nach Art. 11 der EU-Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung (Fn. 287), die Strafbarkeit für das Anwerben sowie die Ausbildung für terroristische Taten nach Art. 6-8 der Richtlinie.

³⁰⁵ Darauf hat der Europäische Gerichtshof in EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 67 ff. – *Lounani* Bezug genommen. Zukünftig sieht die EU-Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung (Fn. 287) die Strafbarkeit solcher Handlungen in Art. 9 und 10 vor. Nach Art. 15 der Richtlinie ist dafür nicht einmal erforderlich, dass eine Verbindung mit einer bestimmten terroristischen Handlung festgestellt wird.

³⁰⁶ Vgl. EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 78 – *Lounani*.

³⁰⁷ Die Verpflichtung aus Ziff. 2 lit. e) der Resolution 1373 (2001) ist in Deutschland in den §§ 89a-89c, 129a, b StGB umgesetzt. Diese gelten für Auslandstaten allerdings nur unter engen Voraussetzungen (vgl. jeweils Abs. 3 S. 2 der §§ 89a-c StGB sowie § 129b Abs. 1 S. 2 StGB) und können daher für § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG, der eine Straftat außerhalb des Bundesgebietes und vor der Aufnahme als Flüchtling verlangt, nicht herangezogen werden. Dies hindert jedoch den Ausschluss nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG nicht, da es dafür nur darauf ankommt, dass eine *entsprechende* Tat in Deutschland strafbar ist und ansonsten internationale Kriterien maßgeblich sind.

bringt es keinen Mehrwert, dieselbe Handlung zusätzlich noch unter die unbestimmtere Klausel des Art. 1 F lit. c) GFK zu fassen. Dementsprechend sollte – entgegen jüngerer gerichtlicher Praxis³⁰⁸ – bei Terrorakten primär untersucht werden, ob der Ausländer unter den klareren § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 (gegebenenfalls i.V.m. S. 2) AsylG fällt, und hier nicht noch zusätzlich Nr. 3 herangezogen werden³⁰⁹.

Weniger streng stellt sich das Verhältnis zu § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG dar. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG gilt nur für Straftaten, die bereits vor der Aufnahme als Flüchtling begangen wurden. Auf spätere Straftaten, die der Verfolgte im Heimatstaat begeht, findet § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG (Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK) Anwendung. Hier sind die Anforderungen indes wesentlich höher, wird doch eine rechtskräftige Verurteilung wegen der terroristischen Straftat verlangt³¹⁰. Bewirkt die oben besprochene Subsidiarität des Art. 1 F lit. c) GFK also, dass bei terroristische Straftaten, die nach der Aufnahme als Flüchtling begangen werden, eine rechtskräftige Verurteilung abgewartet werden muss, bevor die Aberkennung bzw. Verweigerung der Flüchtlingseigenschaft erfolgen kann und der Ausländer gegebenenfalls in den Verfolgerstaat abgeschoben werden kann? Dagegen streiten überragende Sicherheitsinteressen des Aufnahmestaates. Vor dem Hintergrund des Gefahrenpotentials terroristischer Taten kann ihm nicht zugemutet werden, ein strafrechtliches Verfahren abzuwarten, sondern er muss bereits vorher agieren können, auch mit den Mitteln des Ausländer- und Flüchtlingsrechts. Dafür spricht auch, dass die Abschiebung wie die Ausweisung eine Maßnahme der Gefahrenabwehr ist und daher präventiv ansetzen kann. Art. 1 F lit. c) GFK ist auch für Inlandstaten konzipiert, erfordert aber nicht die Gewiss-

³⁰⁸ Vgl. EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 80 ff. – *B und D*; BVerwGE 140, 114 (123 ff. Rn. 24 ff.). Auch in EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14 – *Lounani* hat der Europäische Gerichtshof die Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL bejaht, ohne auf das Verhältnis zu denjenigen Bestimmungen, die sich auf eine Straftat des Verfolgten beziehen (Art. 12 Abs. 2 lit. b), Art. 14 Abs. 4 lit. b) QRL) überhaupt einzugehen. Dies erscheint insbesondere deshalb als zu kurz gedacht, weil Herr *Lounani* sogar bereits rechtskräftig verurteilt worden war.

³⁰⁹ So auch *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 96 ff.; a.A. *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 58. *Gilbert, Issues* (Fn. 95), S. 457 will unter Art. 1 F lit. c) GFK die „high-ranking members“ terroristischer Organisationen fassen, während andere, in terroristische Handlungen involvierte Mitglieder unter lit b) fallen sollen.

³¹⁰ § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG kommt bei terroristischen Bedrohungen zwar ebenfalls in Betracht. Das Schutzgut „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ ist aber so eng, dass die Klausel in der Praxis kaum eine Rolle spielt (s.o. § 5-II.-1.-a)-bb)).

heit, die für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlich ist. Da nach den Ausführungen des Sicherheitsrates der internationale Terrorismus im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen steht, muss daher bei Inlandstaaten die Anwendung der Ausschlussklausel auch möglich sein, ohne dass eine strafrechtliche Verurteilung erforderlich ist³¹¹. Um die Voraussetzungen der Ausschlussklauseln nicht aufzuweichen, muss es sich aber um Taten handeln, die bei einer Verurteilung unter § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG fallen würden. Zusammenfassend muss sich die Praxis auch im Anwendungsbereich des Art. 1 F lit. c) GFK daran orientieren, ob die Handlungen des Ausländers strafrechtlich sanktioniert werden. Infolge der durch den Sicherheitsrat vorgegebenen Bestrafung auch der Vorfeldunterstützung terroristischer Handlungen bringt dies keine Effektivitätsdefizite mit sich. Geht es um Taten, die noch vor der Aufnahme als Flüchtling begangen wurden, sperrt in diesem Bereich Art. 1 F lit. b) GFK die Anwendung des lit. c), denn terroristische Straftaten sind gleichsam nichtpolitische Straftaten und auch für lit. b) reicht das Vorliegen schwerwiegender Gründe für die Annahme einer solchen Straftat. Geht es hingegen um Inlandstaaten, kann der Ausländer gem. Art. 1 F lit. c) GFK auch dann von der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen werden, wenn er (noch) nicht, wie von Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK gefordert, rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

(iii) Ausschluss bei nicht strafbaren Handlungen

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts setzt Art. 1 F lit. c) GFK die Begehung einer *strafbaren* Handlung nicht voraus. Die Resolutionen des Sicherheitsrates seien so allgemein formuliert, dass die Handlungen des internationalen Terrorismus unabhängig von ihrer strafrechtlichen Relevanz im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen stehen sollten³¹². Bei einer solchen Sichtweise muss aber jedenfalls darauf geachtet werden, dass Art. 1 F lit. c) GFK nicht zu einer Auffangklausel für Tätigkeiten verkommt, die nicht

³¹¹ Beachte aber den Vorrang des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 82 Abs. 4 AufenthG (dazu oben § 4-B.-II.-3.-b)-cc)): Bei den hier relevanten Straftaten kann nicht von einem geringen Strafverfolgungsinteresse ausgegangen werden, sodass für eine Abschiebung ohnehin der Ausgang des Ermittlungsverfahrens abgewartet werden müsste, sofern dieses bereits eingeleitet wurde.

³¹² BVerwGE 140, 114 (133 Rn. 39); U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 15; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 69. A.A. scheinbar *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 61 (2014).

unter lit. a) oder b) gefasst werden können³¹³. Das Gewicht der jeweiligen Handlung muss demjenigen der anderen Ausschlussklauseln daher entsprechen, wofür es auf eine Einzelfallbetrachtung ankommt. Wie schon im Rahmen der Behandlung von Ausweisungen nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG betont, kann die bloß passive Teilnahme an (nicht verbotenen) Veranstaltungen der terroristischen Organisation für einen Ausschluss nicht genügen; gleiches muss etwa für das bloße Verteilen von Flugblättern oder das Sammeln von Spenden gelten³¹⁴.

Ein Anwendungsbereich verbleibt für solche Ausländer, die zwar an terroristischen Handlungen nicht teilgenommen haben, die aber dennoch eine bedeutende Rolle für das Bestehen einer terroristischen Organisation spielen. Dies kann unter Umständen bei solchen Personen der Fall sein, die eine führende Rolle in der Organisation einnehmen und ihre Ausrichtung leiten, aber nicht in alle von der Organisation vorgenommenen Terrorakte im Einzelnen involviert sind. Auch der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2017 die leitende Funktion des ursprünglich in Belgien klagenden Asylbewerbers herausgestellt³¹⁵. Zu bedenken ist allerdings wiederum, dass die beschriebene Weite des Strafrechts im Bereich der Terrorismusbekämpfung zusammen mit dem Ausreichenlassen einer „sonstigen Beteiligung“ gem. § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG in den meisten Fällen dazu führen wird, dass bei den Führern terroristischer Organisationen auch eine strafrechtliche Verantwortung bejaht werden kann³¹⁶. Ansonsten ist, wenigstens i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG, an solche Personen zu denken, bei denen zwar ein Beitrag zu einer konkreten terroristischen Handlung nicht festgestellt werden kann, die sich aber mit den terroristischen Zielen der Organisation identifizieren und durch eine *leitende* ideologische und propagandistische Tätigkeit die Stellung der Organisation in der Gesellschaft beeinflussen, ihr Rekrutierungsfeld und damit auch ihr Gefahrenpotential erhöhen und somit letztlich maßgeblich dazu beitragen, dass die terroristische Organisation überhaupt existieren kann³¹⁷.

³¹³ So auch BVerwGE 140, 114 (133 Rn. 39).

³¹⁴ So auch BVerwG, U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 15.

³¹⁵ EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 74 – *Lounani*.

³¹⁶ Vgl. *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 154. Zu den geringen Anforderungen an den Gehilfenvorsatz im deutschen Recht *G. Heine/B. Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Fn. 109) § 27 Rn. 29 m.w.N. Danach reicht es, wenn der Gehilfe den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat erfasst; Einzelheiten müssen ihm hingegen nicht bekannt sein.

³¹⁷ BVerwG, U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 15 ff.; in der Anwendung im konkreten Fall allerdings bedenklich weit.

cc) Sonstiger Anwendungsbereich

Vom Bereich des Terrorismus abgesehen kommt – wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht entschieden hat³¹⁸ – eine Anwendung des Art. 1 F lit. c) GFK dort in Betracht, wo der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Art. 39 UNCh für die Vertragsstaaten und auch für ihre Gerichte bindend³¹⁹ eine Bedrohung oder einen Bruch des Weltfriedens festgestellt hat. Die für die jeweilige Störung des Weltfriedens verantwortlichen Personen sind demnach vom Flüchtlingsstatus auszuschließen, zählt doch die Wahrung des Weltfriedens zu den grundlegenden Zielen der Vereinten Nationen (Art. 1 Nr. 1 UNCh). Der persönliche Anwendungsbereich ist dabei auch nicht auf Personen beschränkt, die eine Machtposition in einem Staat oder einem staatenähnlichen Gebilde innehaben. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der die Offenheit der Ausschlussklausel für „non-state-actors“ bisher nur für den Bereich des Terrorismus beschlossen hatte, ist insofern entsprechend anzuwenden. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich entschieden, dass „für andere Verletzungen des Weltfriedens [...] auf der Grundlage der vom UN-Sicherheitsrat verabschiedeten Resolutionen festzustellen [ist], ob und worin er eine Verletzung des Weltfriedens sieht, ob ein privater Akteur maßgeblichen Einfluss darauf hat und ob von ihm eine ähnliche Wirkung auf die Störung des Weltfriedens ausgeht wie von staatlichen Verantwortungsträgern“³²⁰. Diese Sichtweise überzeugt auch hier, denn es muss wie im Bereich des Terrorismus auf die Wirkung im Einzelfall ankommen und nicht auf abstrakte Betrachtungen. Dadurch eröffnet sich für Art. 1 F lit. c) GFK auch ein eigener Anwendungsbereich im Vergleich zu lit. a), der für das Verbrechen der Aggression eine Verengung auf staatliche oder militärische Führungspersonen vorsieht³²¹. In der Bindung an die Beschlüsse des Sicherheitsrates zeigt sich einmal mehr dessen Bedeutung für die Ausschlussklausel des Art. 1 F lit. c) GFK.

³¹⁸ BVerwGE 139, 272 (286 ff. Rn. 35 ff.). Dabei ging es um den bewaffneten Konflikt in der DR Kongo, an dem der Kläger als Präsident einer der Konfliktparteien (der FDLR) teilgenommen hatte.

³¹⁹ BVerwGE 139, 272 (287 Rn. 36): „ohne dass die nationalen Gerichte insoweit zu einer Überprüfung ermächtigt sind“.

³²⁰ BVerwGE 139, 272 (288 Rn. 38).

³²¹ BVerwGE 139, 272 (288 Rn. 38).

Eine Anwendung der Ausschlussklausel kommt allgemein auch in Betracht, wenn der Asylbewerber für umfangreiche Menschenrechtsverletzungen verantwortlich ist. Der Kanadische *Supreme Court* hat in dieser Hinsicht im Fall *Pushpanathan* betont, dass Art. 1 F lit. c) GFK solche Personen von der Flüchtlingseigenschaft ausschließen soll, die selbst für Verfolgung verantwortlich sind, die andere Menschen zur Flucht zwingt. Die Ausschlussklausel sei daher anwendbar im Falle ernsthafter, anhaltender oder systematischer Verletzungen grundlegender Menschenrechte, die einer Verfolgung in Friedenszeiten gleichkommen³²². Auch hierfür komme es nicht zwingend auf die Beteiligung eines Staates an, wenngleich die Begehung solcher Menschenrechtsverletzung für *non-state actors* schwieriger sei. Dem ist grundlegend zuzustimmen, besteht doch in der Förderung der Menschenrechte eines der Ziele der Vereinten Nationen (vgl. Art. 1 Nr. 3 UNCh). Viele Menschenrechtsverletzungen werden allerdings – insbesondere, wenn sie mit körperlichen Schäden verbunden sind – bereits unter Art. 1 F lit. a) oder b) GFK fallen, die dann wiederum vorrangig zu prüfen sind. Ein Anwendungsbereich für Art. 1 F lit. c) könnte beispielsweise für anhaltende Verletzungen der Meinungs-, Versammlungs- oder Religionsfreiheit (Art. 18-20 AEMR) verbleiben. Schwierigkeiten bestehen allerdings insofern, als dass die Wertvorstellungen über diese Rechte weltweit stark auseinandergehen und für die Ausschlussklausel nicht einfach der deutsche Standard nach Maßgabe des Grundgesetzes angewandt werden kann.

dd) Zusammenfassung

Art. 1 F lit. c) GFK ist so weit und unpräzise formuliert, dass die Anwendung der Ausschlussklausel erhebliche Probleme aufwirft und sich immer noch keine klare Praxis entwickelt hat, welche Fälle darunter zu fassen sind. Die Grundsätze und Ziele der Vereinten Nationen sind in Art. 1 und 2 UNCh aufgelistet. Die „Staatengerichtetheit“ führte ursprünglich dazu, dass sowohl der sachliche als auch der persönliche Anwendungsbereich sehr eng ausgelegt wurden und die Ausschlussklausel daher kaum von praktischer Relevanz war. Insbesondere sollte sie nur von solchen Personen verwirklicht werden können, die eine Machtposition in einem Staat oder staatsähnlichen Gebilde innehaben. Inzwischen ist

³²² *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1998] – S.C.R. 1: „[E]xclude those individuals responsible for serious, sustained or systemic violations of fundamental human rights which amount to persecution in non-war setting“.

allerdings eine Erweiterung des Anwendungsbereichs erkennbar, der insbesondere mit der Betonung des Sicherheitsrates für die Wahrung des Weltfriedens zusammenhängt. Durch Bezugnahme auf die Resolution 1373 (2001) wirkt sich dies vor allem im Bereich des internationalen Terrorismus aus. Dabei sollte sich die Anwendung des Art. 1 F lit. c) GFK an den weitgehenden strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten orientieren. Vielfach werden dabei auch die Voraussetzungen anderer Ausschlussklauseln erfüllt sein, deren Anwendung dann aufgrund der klareren Kriterien vorzugswürdig ist. Ein Ausschluss nach Art. 1 F lit. c) GFK ist aber auch möglich, sofern eine terroristische Organisation maßgebend und „lebenserhaltend“ unterstützt wird, ohne dass dabei – was allerdings unwahrscheinlich ist – Strafgesetze verletzt werden. Die Unterstützung muss dann aber ein Gewicht erreichen, die sie auf eine Stelle mit den Handlungen stellt, für die ein Ausschluss nach Art. 1 F lit. a) und b) GFK erfolgt. Die terroristische Organisation muss außerdem eine internationale Dimension erreichen, ansonsten besteht kein Bezug zur UNCh und zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen.

Fernab vom Bereich des Terrorismus ist ein Ausschluss möglich im Falle von Störungen des Weltfriedens – insbesondere wenn der Sicherheitsrat diese festgestellt hat –, die noch nicht unter das Verbrechen der Aggression fallen, sowie bei ernsthaften, andauernden oder systematischen Verletzungen von grundlegenden Menschenrechten.

In keinem dieser Fälle ist es erforderlich, dass der Ausländer eine Machtposition in einem Staat oder staatsähnlichen Gebilde bekleidet. Diese werden zwar weiterhin klassischerweise von Art. 1 F lit. c) GFK erfasst. Statt einer abstrakten Betrachtung ist aber eine konkrete Prüfung angebracht, inwieweit der Ausländer durch seine Handlung die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen beeinträchtigen kann.

e) Persönliche Verantwortung

Der betreffende Ausländer muss zuletzt für die in Betracht gezogene Tat auch persönlich verantwortlich sein³²³. Diesbezüglich ist zum einen zu untersuchen, wie weit die Vorschrift des § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG reicht, wonach der Ausländer die Tat jedenfalls nicht unmittelbar begangen haben muss. Zum anderen stellt

³²³ BVerwGE 132, 79 (87 f. Rn. 21); *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 18; *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 31.

sich wiederum die Frage, wie mit dem Sonderfall des Terrorismus umzugehen ist, insbesondere, ob von der Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation automatisch auf eine persönliche Verantwortung für die von der Organisation begangenen Taten geschlossen werden kann.

aa) § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG: Ausreichen von Anstiftung und sonstiger Beteiligung

Eine persönliche Verantwortung liegt zunächst vor, wenn der Ausländer die in Frage stehende Tat selbst begangen hat. Nach einhelliger Ansicht reicht es für die Annahme eines Ausschlusses nach Art. 1 F GFK aber auch, wenn anderweitig ein wesentlicher Beitrag zur Durchführung der Tat in Kenntnis von deren Ausführung geleistet wird³²⁴. Gem. Art. 12 Abs. 3 QRL sowie § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG gilt der Ausschluss dementsprechend auch für Ausländer, die andere zu den darin genannten Straftaten oder Handlungen angestiftet oder sich in sonstiger Weise daran beteiligt haben. Diese Regelungen sind nicht als Erweiterung, sondern als Klarstellung des Art. 1 F GFK zu verstehen, der eine solche Präzisierung mangels international einheitlicher Kriterien nicht enthält³²⁵. Sie sind daher mit der GFK vereinbar, sofern darauf geachtet wird, dass das Gewicht der Unterstützungshandlung dem der eigentlichen Tatbegehung entspricht³²⁶.

In jedem Fall erforderlich für eine Beteiligung gem. § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG ist die Feststellung einer konkreten Haupttat bzw. mehrerer Haupttaten. Eine statistische „Gesamtfeststellung“, dass beispielsweise eine terroristische Organisation „generell“ Art. 1 F GFK erfüllt, reicht insofern nicht aus. Stattdessen muss in diesem Fall festgestellt werden, ob die Organisation während der Mitgliedschaft des Ausländers Taten begangen hat, die unter § 3 Abs. 2 S. 1 AsylG fallen. Das Abstellen auf konkrete Taten ist auch unter Geltung des abgesenkten Beweismaßstabes bereits deshalb erforderlich, weil sonst der Anknüpfungspunkt für die

³²⁴ *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 18; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 65 („substantial or significant contribution or support of a person aware that his assistance will in fact further the purpose“).

³²⁵ BVerwGE 140, 114 (132 f. Rn. 38); UK Supreme Court, U. v. 17.3.2010, [2010] UKSC 15, Rn. 33 (Lord Brown) – *R v Secretary of State for the Home Department*. Vgl. auch *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 18: „Die Person muss das Verbrechen nicht persönlich begangen haben. Es kann genügen, wenn sie zu einem gemeinsamen verbrecherischen Unternehmen angestiftet, ihm Vorschub geleistet oder daran teilgenommen hat“.

³²⁶ BVerwGE 140, 114 (132 ff. Rn. 38 f.).

akzessorische Beteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG fehlt³²⁷. Dies gilt für alle Varianten des Art. 1 F GFK.

Für die Beteiligung an Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Verbrechen gegen den Frieden i.S.v. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG bestehen relativ klare Kriterien; hier ist wiederum an Art. 25, 27 und 28 IStGH-Statut anzuknüpfen³²⁸. Im Rahmen von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG, der eine schwere nicht-politische *Straftat* voraussetzt, muss sich auch die Feststellung der Beteiligung auf strafrechtliche Kriterien stützen. Mangels einheitlicher internationaler Kriterien sollte hier primär auf die nationalen Bestimmungen der §§ 26, 27 StGB zurückgegriffen werden. Eine „Beteiligung in sonstiger Weise“ gem. § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG liegt in diesem Bereich somit vor, wenn der Ausländer eine strafrechtlich relevante Beihilfe begangen hat, die ihrem Gewicht nach den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft rechtfertigt³²⁹. Weniger klar ist die Feststellung einer Beteiligung an Zuwiderhandlungen gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG. Hier setzt der Tatbestand nicht notwendig eine strafbare Handlung voraus, selbiges gilt somit für die Beteiligungshandlung³³⁰. Im Grundsatz muss die Prüfung jedoch ähnlich ablaufen wie bei Nr. 2, d.h. eine Beteiligung erfordert eine vorsätzliche Förderung der Haupttat, die auch von ausreichendem Gewicht ist. In Betracht kommt – wie bereits beschrieben – z.B. ein Ausschluss von Mitgliedern terroristischen Vereinigungen, die zwar konkrete terroristische Taten nicht gefördert haben, jedoch in Kenntnis der terroristischen Ziele durch andere substantielle Tätigkeiten überhaupt erst dazu beitragen, dass die Vereinigung existieren kann³³¹. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2017 die Gelegenheit versäumt, die Voraussetzungen einer Beteiligung an den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufenden Handlung näher abzustecken. Er hat lediglich klargestellt, dass es nicht erforderlich ist, dass die betreffende Person zu einer terroristischen Handlung angestiftet hat oder sich in sonstiger Weise daran beteiligt hat³³², was nur konsequent

³²⁷ BVerwG, B. v. 10.10.2013 – 10 B 19/13 – Rn. 5; U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 13; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 66.

³²⁸ *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 67. Nach BVerwGE 139, 272 (283 ff. Rn. 29 ff.) liegt im Falle von militärischen Befehlshabern gem. Art. 28 IStGH-Statut allerdings sogar Täterschaft vor, und nicht nur Teilnahme.

³²⁹ BVerwGE 140, 114 (132 f. Rn. 38). Vgl. auch *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 152 f.

³³⁰ BVerwGE 140, 114 (133 f. Rn. 39).

³³¹ BVerwG, U. v. 19.11.2013 – 10 C 26/12 – Rn. 15 ff.; im konkreten Fall allerdings bedenkenlich weit.

³³² EuGH, U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 70 – *Lounani*.

ist, wenn Art. 12 Abs. 2 lit. c) QRL (Art. 1 F lit. c) GFK) bereits selbst keine terroristische Handlung im engeren Sinne voraussetzt³³³. Die Beurteilung, ob eine Person unter Art. 12 Abs. 2 lit. c) oder unter Art. 12 Abs. 3 QRL falle, obliege aber den nationalen Behörden³³⁴.

bb) Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen

Ein besonderes Problem ergibt sich im Bereich des Terrorismus. Hier stellt sich angesichts der Beweisschwierigkeiten im Umgang mit konspirativ, vielfach im Ausland agierenden Organisationen die Frage, ob allein die Feststellung der Mitgliedschaft in einer solchen Organisation schon zur Annahme einer persönlichen Verantwortung und zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft führen kann.

Darüber hatte auch der Europäische Gerichtshof 2010 in einem vom Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Vorabentscheidungsverfahren zu entscheiden³³⁵. Nach seiner Einschätzung kann selbst die Zugehörigkeit zu einer Organisation, die in der sog. EU-Terrorliste³³⁶ aufgeführt ist, nicht zu einem automatischen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft gem. Art. 12 Abs. 2, 3 QRL führen³³⁷. Wie auch später im Urteil *T.*, das im Rahmen der Ausweisung besprochen wurde³³⁸, hatte der Europäische Gerichtshof hier bereits darauf verwiesen, dass

³³³ EuGH, ebda., Rn. 48.

³³⁴ EuGH, ebda., Rn. 73.

³³⁵ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 80 ff. – *B und D*. Vorangehend BVerwGE 132, 79. Die erste Vorlagenfrage lautete: „Liegt eine schwere nichtpolitische Straftat oder eine Zuwiderhandlung gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen i.S.d. Art. 12 Abs. 2 Buchst. b und c der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 vor, wenn der Antragsteller einer Organisation angehört hat, die im Verzeichnis der Personen, Vereinigungen und Körperschaften im Anhang zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus aufgeführt ist und terroristische Methoden anwendet, und der Antragsteller den bewaffneten Kampf dieser Organisation aktiv unterstützt hat?“

³³⁶ Liste im Anhang des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931, zuletzt aktualisiert durch Beschluss (GASP) 2016/628 des Rates vom 21.4.2016, ABl. Nr. L 106, S. 24. Ausführlich zur EU- sowie zur sog. UN-Terrorliste *D. Schulte*, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten, 2010, S. 39 ff.; *A. Kießling*, Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung, 2012, S. 141 ff.

³³⁷ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 88 – *B und D*. So auch *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 59, 62; *Bergmann* (Fn. 18), § 60 AufenthG Rn. 31; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 153.

³³⁸ EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 83 – *T*. Dazu näher oben, § 4-C.-III.-2.-b)-bb).

der Gemeinsame Standpunkt 2001/931 und die QRL verschiedene Ziele verfolgten und daher keine Bindung an die EU-Terrorliste bestehen könne³³⁹. Dem Wortlaut der Art. 12 Abs. 2 lit. b) und c) QRL („begangen hat“; „zuschulden kommen ließ“) sei stattdessen zu entnehmen, dass in jedem Einzelfall eine Würdigung der genauen tatsächlichen Umstände erforderlich sei, um einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft vorzunehmen³⁴⁰. Daher müsse untersucht werden, ob dem betreffenden Ausländer ein Teil der Verantwortung für die in einem ersten Schritt zu prüfenden (konkreten) Handlungen der Organisation zugerechnet werden könne³⁴¹. Hierbei komme es auf die Rolle der Person bei der Verwirklichung der fraglichen Handlung an, aber auch allgemeiner auf ihre Position innerhalb der Organisation, den Grad der Kenntnis von deren Handlungen wie auch auf einen etwaig auf die Person einwirkenden Zwang³⁴².

Für die Ansicht des Europäischen Gerichtshofs sprechen auch noch weitere Gesichtspunkte: Legt man strafrechtliche Kriterien zugrunde, was für die Beurteilung terroristischer Handlungen generell vorzugswürdig ist, so erfordert eine Beihilfe die Förderung einer konkreten Haupttat; die bloße Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation in Kenntnis von deren allgemeinen Zielen reicht insofern nicht aus³⁴³. Im Rahmen des Strafrechts würde man sich bloß bewegen, wenn man – wie *Funke-Kaiser* – bereits die Mitgliedschaft an sich als die maßgebliche schwere nichtpolitische Straftat verstehen wollte³⁴⁴. Dagegen spricht aber, dass eine bloße Mitgliedschaft, sofern es sich überhaupt um eine Straftat handelt, doch jedenfalls nicht die notwendige, nach internationalen Standards zu beurteilende, Schwere aufweist. Hierfür genügt ein Blick auf die ansonsten gemeinhin unter Art. 1 F lit. b) GFK subsumierten Straftaten wie Mord, Totschlag, Raub oder Vergewaltigung. Selbst die Sicherheitsrats-Resolution 1373 (2001), die ansonsten einen sehr weitreichenden Ansatz zur Terrorismusbekämpfung

³³⁹ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 89 – *B und D. UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 106 weist darauf hin, dass die Terrorlisten eher einen politischen als einen rechtlichen Hintergrund haben.

³⁴⁰ EuGH, ebda., Rn. 86 f. Wiederholt im U. v. 31.1.2017, Rs. C-573/14, Rn. 72 – *Lounani*. So auch *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 156.

³⁴¹ Der EuGH geht daher, wie später im auf Art. 24 Abs. 1 QRL bezogenen U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 83 ff. – *T*. von einer zweistufigen Prüfung aus.

³⁴² EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 95 ff. – *B und D*. Ähnlich bereits *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 19.

³⁴³ *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 155, der zu Recht darauf hinweist, dass man ansonsten „eine – dem Strafrecht fremde – Kategorie kollektiver Verantwortung“ einführen würde.

³⁴⁴ *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 69 ff. (2014).

wählt, verlangt von den Vertragsstaaten, die Finanzierung, Planung, Vorbereitung oder Begehung terroristischer Handlungen oder deren Unterstützung als schwere Straftaten nach innerstaatlichem Recht zu umschreiben³⁴⁵, nicht hingegen bereits die (formelle) Mitgliedschaft. Das deutsche Strafrecht verlangt ebenfalls nach § 129a StGB eine *Beteiligung* als Mitglied in einer terroristischen Vereinigung, was gerade mehr ist als die bloße passive oder formelle Mitgliedschaft³⁴⁶.

Anders als die bloße Mitgliedschaft kann die Finanzierung terroristischer Vereinigungen hingegen, jedenfalls wenn es sich um bedeutende Summen handelt³⁴⁷, zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft führen. Zum einen stellt die Finanzierung terroristischer Handlungen nach den Wertungen der Resolution 1373 sowie Art. 2 des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9. Dezember 1999³⁴⁸ eine schwere Straftat dar. Zum anderen sind die Anforderungen an den Beihilfevorsatz so gering³⁴⁹, dass hier oftmals auch eine Beihilfe zur konkreten terroristischen Straftat in Betracht kommen wird³⁵⁰. Dabei ist eine konkrete Prüfung angebracht, inwiefern die Handlung gewichtig genug ist, um einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft zu rechtfertigen; die Finanzierung muss den Ausländer als einen der Hauptverantwortlichen der Tat erscheinen lassen³⁵¹.

cc) Beweislastumkehr

Ein automatischer Ausschluss bei bloßer Feststellung der Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation ist nach alledem jedenfalls nicht statthaft, sondern es muss untersucht werden, ob eine persönliche Verantwortung für konkrete terroristische Handlungen besteht. Damit ist aber noch nichts zu der Frage gesagt, ob

³⁴⁵ Ziff. 2 lit. e).

³⁴⁶ *Heine/Weißer* (Fn. 316), § 129a Rn. 2, § 129 Rn. 13 sowie *M. Heger*, in: K. Lackner/K. Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 129 Rn. 5 jeweils m.w.N.

³⁴⁷ Kleinere Summen werden hier nicht ausreichen.

³⁴⁸ BGBl. 2003 II S. 1923. Auf das Übereinkommen nimmt auch die Res. 1373 (2001) in Ziff. 3 lit. d) Bezug.

³⁴⁹ Vgl. *Heine/Weißer* (Fn. 316), § 27 Rn. 29 m.w.N. Danach reicht es, wenn der Gehilfe den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat erfasst; Einzelheiten müssen ihm hingegen nicht bekannt sein.

³⁵⁰ *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 154.

³⁵¹ Das Spenden geringer Summen wird hier nicht ausreichen; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 74 (2014).

in diesem Bereich nicht wenigstens verfahrensrechtliche Erleichterungen für die zuständigen Behörden greifen.

Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Verwirklichung von Ausschlussgründen im Sinne des Art. 1 F GFK bei den für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft zuständigen Behörden. Im Bereich von konspirativ, noch dazu aus dem Ausland agierenden Organisationen stößt das in der Praxis indes auf erhebliche Schwierigkeiten³⁵². Deshalb ist der Ansicht des *UNHCR* zuzustimmen, der hier unter engen Voraussetzungen eine Beweislastumkehr vertritt³⁵³. Eine solche kommt im Falle der freiwilligen Mitgliedschaft in einer Organisation in Betracht, deren Ziel die Begehung verabscheuungswürdiger Verbrechen ist, insbesondere gegen die unbeteiligte Zivilbevölkerung eines Landes³⁵⁴. Die Beweislastumkehr entbindet die Behörden indes nicht von Ihrer Pflicht zur Würdigung aller Umstände des Einzelfalles³⁵⁵, sodass dabei sowohl die Rolle des Ausländers im Hinblick auf die Möglichkeiten seiner Einflussnahme als auch die Struktur der Organisation, insbesondere das Bestehen von Fragmentierungen und Untergruppierungen, untersucht werden müssen³⁵⁶. Eine Beweislastumkehr ist nur für die Taten derjenigen – auch örtlichen – Untergruppierung möglich, der der Ausländer angehört hat. Setzt sich beispielsweise eine als terroristisch eingestufte Organisation in einem Teil auch für humanitäre Ziele ein und gehörte der Ausländer diesem Teil an, ist die Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt. Kann allerdings eine längerfristige, über der Bagatellgrenze liegende Mitgliedschaft des Ausländers in einer militanten Gruppierung festgestellt werden, ist die – widerlegbare – Vermutung einer persönlichen Verantwortung für die während ihrer Mitgliedschaft begangenen terroristischen Handlungen gerechtfertigt.

³⁵² Vgl. *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 69 ff. (2014).

³⁵³ *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 19; *ders.*, Note (Fn. 7), Ziff. 60 ff. Dort auch zu den Wirkungen sog. Terrorlisten auf die Beweislastumkehr. Ähnlich inzwischen auch EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 98 – *B und D*, allerdings beschränkt auf Personen in hervorgehobener Position, sowie *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 73 (2014).

³⁵⁴ Als zurzeit „prominentestes“ Beispiel ist hier der sog. Islamische Staat zu nennen. Für eine Analyse zu dessen Wirkweise und internationaler Verbreitung vgl. das Gutachten der *Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages*, Der „Islamische Staat“ und die mit ihm verbundenen Gruppierungen weltweit, WD 2 – 3000 – 005/16, vom 19.1.2016.

³⁵⁵ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 98 – *B und D*; BVerwGE 140, 114 (131 f. Rn. 36).

³⁵⁶ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 61.

Wie bereits aufgezeigt bedeutet das nicht, dass die Behörden von der Pflicht zur umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalles befreit wären³⁵⁷. Im Falle von Unklarheiten liegt es dann aber an dem betreffenden Ausländer, darzulegen, dass er an diesen Handlungen nicht beteiligt war.

f) Gegenwärtige Gefahr erforderlich?

Abschließend stellt sich für alle Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK die Frage, ob sie erfordern, dass vom betreffenden Ausländer eine gegenwärtige Gefahr ausgeht. Im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 GFK bzw. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist das, wie aufgezeigt, unstreitig der Fall.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Feststellung einer gegenwärtigen Gefahr hatte sich 2008 auch dem Bundesverwaltungsgericht gestellt, das angesichts der hier bestimmenden Vorgaben des Art. 12 Abs. 2 QRL in dem bereits erwähnten Verfahren den Europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV angerufen hatte³⁵⁸. Dieser hat entschieden, dass die Feststellung einer gegenwärtigen Gefahr für die Ausschlussgründe des Art. 12 Abs. 2 QRL *nicht* erforderlich ist. Dafür hat er mehrere Gründe genannt³⁵⁹. Zum einen knüpfte der Wortlaut der Ausnahmeklauseln ausnahmslos an Taten in der Vergangenheit an, während gegenwärtige Gefahren nach der Systematik der Richtlinie im Rahmen von Art. 14 Abs. 4 sowie Art. 21 Abs. 2 QRL (d.h. Art. 33 Abs. 2 GFK) Berücksichtigung fänden³⁶⁰. Außerdem seien die Ausschlussgründe mit dem Ziel geschaffen worden, von der Flüchtlingsanerkennung Personen auszuschließen, die als des sich aus ihr ergebenden Schutzes unwürdig angesehen würden, und zu verhindern, dass die Urheber bestimmter Straftaten sich einer strafrechtlichen Verantwortung entzögen. Es würde daher nicht dieser doppelten Zielsetzung entsprechen, den Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung vom Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr abhängig zu machen³⁶¹. Das Bundesverwaltungsgericht ist dieser

³⁵⁷ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 98 – *B und D*; BVerwGE 140, 114 (131 f. Rn. 36).

³⁵⁸ BVerwGE 132, 79, 2. Vorlagenfrage: „Für den Fall, dass Frage 1 zu bejahen ist: Setzt der Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung nach Art. 12 Abs. 2 Buchst. b und c der Richtlinie 2004/83/EG voraus, dass von dem Antragsteller weiterhin eine Gefahr ausgeht?“

³⁵⁹ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 101 ff. – *B und D*.

³⁶⁰ EuGH, ebda., Rn. 101, 103. Auf den systematischen Unterschied weist auch der Supreme Court Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1998] – S.C.R. 1, Rn. 58 hin.

³⁶¹ EuGH, ebda., Rn. 104.

Argumentation gefolgt³⁶². *Kraft* hebt richtigerweise hervor, dass mit einer solchen Lesart die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK als (repressive) Strafmaßnahmen für vergangene Taten fungieren, nicht hingegen, wie im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 GFK, ausschließlich als Maßnahmen der Gefahrenabwehr³⁶³.

Die Ansicht des Europäischen Gerichtshofs ist allerdings nicht unumstritten. Gegenstimmen finden sich sowohl in der Literatur als auch weiterhin in der Rechtsprechung. So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg unter Berufung auf den *UNHCR* noch 2015 und damit nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs entschieden, dass – auch wenn es generell keiner gegenwärtigen Gefahr bedürfe – die Anwendung der Ausschlussklausel in bestimmten Fällen *mehr* gerechtfertigt sein könne³⁶⁴. Maßgeblich hat er dabei darauf abgestellt, dass von der oben beschriebenen doppelten Zielsetzung der Ausschlussklauseln die zweite nicht mehr greifen könne, wenn der Täter seine Strafe bereits verbüßt habe. Einen Ausschluss allein aus Gründen der Asylunwürdigkeit hatte der Verwaltungsgerichtshof im konkreten Fall indes als unangemessen befunden³⁶⁵.

Einigkeit besteht unter den Stimmen, die das Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr für jedenfalls nicht gänzlich unbeachtlich halten, jedenfalls darin, dass allein das Verstreichen einer langen Zeitspanne zwischen der für den Ausschluss in Betracht gezogenen Tat und der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nicht ausreichen kann³⁶⁶. Der *UNHCR* fordert, dass die Tat jedenfalls bereits verbüßt wurde oder eine Begnadigung erteilt wurde, die dem demokratischen Willen des geschädigten Volkes entspricht, wobei allerdings betont wird, dass einige Verbrechen so abscheulich seien, dass auch auf Dauer der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft gerechtfertigt sei³⁶⁷. *Funke-Kaiser* verlangt, dass die Tat lange zurückliegt und der Ausländer sich zusätzlich glaubwürdig von ihr distanziert hat oder mittlerweile aktiv an der Bekämpfung gleichartiger Taten mitwirkt³⁶⁸. *Zimmermann* und *Wennholz* stellen daneben auch auf andere Faktoren

³⁶² BVerwGE 140, 114 (124 f. Rn. 25).

³⁶³ *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 32.

³⁶⁴ VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 50 ff. unter Berufung auf *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 23.

³⁶⁵ VGH BW, ebda., Rn. 51.

³⁶⁶ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 74; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 46 (2014), der zumindest ein „Minimum an Aktualität“ verlangt.

³⁶⁷ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 72 ff.

³⁶⁸ *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 46 (2014). So auch BVerwGE 132, 79 (95 Rn. 34).

wie eine positive Sozialprognose ab, um dadurch die Schwere der Tat zu beurteilen³⁶⁹. Letzteres muss aber bereits deshalb abgelehnt werden, weil die Sozialprognose nichts zur Beurteilung der Schwere der vergangenen Tat beisteuern kann, sondern nur Auskunft über die zukünftig vom Ausländer ausgehende Gefahr geben kann. Gerade anders herum ist eher ein Schluss von der Schwere der Tat auf die Sozialprognose möglich.

Betrachtet man nochmals die beiden Zielsetzungen des Art. 1 F GFK, so gilt folgendes: Die zweite Zielsetzung, zu verhindern, dass der betreffende Ausländer sich seiner strafrechtlichen Verantwortung entzieht, kann in der Tat – wie vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg festgestellt³⁷⁰ – nicht greifen, wenn der Ausländer seine Strafe bereits verbüßt hat. Es bleibt dann allerdings bei der grundsätzlichen Asylunwürdigkeit des Täters. Dass auch diese Zielsetzung entfällt, erscheint nur in ganz außergewöhnlichen Fällen möglich. Hier kann auf die beschriebene Argumentation von *Funke-Kaiser* zurückgegriffen werden: Wirkt der Asylbewerber aktiv an der Bekämpfung solcher Verbrechen mit, die zu seinem Ausschluss geführt haben, erscheint es jedenfalls möglich, dass er sich des Schutzes doch wieder als „würdig“ erweist, sofern sein so geleisteter Beitrag seine Fehler in der Vergangenheit überwiegt. Als Betätigungsfeld kommt hier indes in tatsächlicher Hinsicht eigentlich nur der Bereich der Terrorismusbekämpfung in Betracht, beispielsweise in Fällen, in denen der Asylbewerber in der Vergangenheit terroristische Organisationen finanziert hat, nunmehr aber wichtige Informationen über ihre Strukturen und Vorgehensweise liefert. Eine Mitwirkung an der Bekämpfung z.B. von Kriegsverbrechen scheint demgegenüber schwierig, außerdem wiegen gerade die Taten, die unter Art. 1 F lit. a) GFK fallen, grundsätzlich so schwer, dass sie kaum wieder aufgewogen werden können³⁷¹. Was die Systematik angeht, so ist es zwar richtig, dass gegenwärtige Gefahren für den Aufnahmestaat vorrangig durch Art. 33 Abs. 2 GFK abgefangen werden. Der Schutz des Aufnahmestaates ist aber auch im Rahmen von Art. 1 F GFK jedenfalls ein untergeordnetes Ziel.

Zusammenfassend ist das Bestehen einer gegenwärtigen, vom Ausländer ausgehenden Gefahr somit für die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 AsylG grundsätz-

³⁶⁹ Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 79; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 181.

³⁷⁰ VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 51.

³⁷¹ So auch UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 73.

lich nicht erforderlich und dem Europäischen Gerichtshof insofern Recht zu geben. In besonders gelagerten Ausnahmefällen, die in der Praxis kaum eine Rolle spielen werden, verbietet der *telos* der Ausschlussklausel jedoch einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft.

2. Anwendung der Ausschlussklauseln auf Asylberechtigte

Die Ausschlussklauseln des § 3 Abs. 2 AsylG wirken über § 30 Abs. 4 AsylG auf das Asylgrundrecht ein³⁷², sodass sich auch hier die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 16a GG stellt. Dabei offenbart sich, dass es bisher nicht gelungen ist, das europäische und das verfassungsrechtliche Flüchtlingsrecht zu einem einheitlichen, auch für den Laien verständlichen System zusammenzuführen³⁷³. Als Konsequenz wird inzwischen vielfach die Sinnhaftigkeit der Beibehaltung eines nationalen Asylgrundrechts bezweifelt.

a) Der sog. Terrorismusvorbehalt und seine jüngste Erweiterung durch das Bundesverwaltungsgericht

Das Asylgrundrecht aus Art. 16a GG kennt das Prinzip der „Asylunwürdigkeit“ nicht, auf dem Art 1 F GFK beruht. Vor Inkrafttreten der QRL mussten daher nach Ansicht der Rechtsprechung auch Gewalttäter grundsätzlich Asyl erhalten³⁷⁴. Einschränkungen bestanden – neben den Ausschlussgründen des heutigen § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG, die das Bundesverwaltungsgericht bereits 1975 als Konkretisierung eines verfassungsimmanenten Schrankenvorbehalts akzeptiert hatte³⁷⁵ – lediglich aufgrund der 1989 durch das Bundesverfassungsgericht eingeführten Rechtsprechung zum sog. Terrorismusvorbehalt³⁷⁶, durch die bereits der Schutzbereich des Asylgrundrechts verkürzt wird³⁷⁷ und die zu einer teilweisen Kongruenz des Asylgrundrechts mit den Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK führt. Nachdem der „Terrorismusvorbehalt“ in den kommenden Jahren

³⁷² Vgl. BVerwGE 139, 272 (291 Rn. 44).

³⁷³ Vgl. *Gnatzy* (Fn. 167), Art. 16a Rn. 6.

³⁷⁴ Vgl. BVerwGE 68, 171 (173) sowie 132, 79 (96 f. Rn. 37 f.) m.w.N. zur Rechtsprechung.

³⁷⁵ BVerwGE 49, 202. Dazu näher oben, § 5-B.-II.-2.-a).

³⁷⁶ BVerfGE 80, 315 (338 ff.).

³⁷⁷ Vgl. BVerwGE 139, 272 (292 f. Rn. 47): „normative Begrenzung des Schutzbereichs“.

durch das Bundesverfassungsgericht und durch das ihn aufgreifende Bundesverwaltungsgericht weiter ausgeformt wurde³⁷⁸, führt er nach inzwischen gesicherter Rechtserkenntnis zu einer einschränkenden Interpretation der Begriffe der politischen Verfolgung (auf Tatbestandsseite) sowie des Asyls (auf Rechtsfolgende). So sei asylbegründend nur die Verfolgung des politischen Feindes, nicht die Abwehr des Terrors. Repressive oder präventive Maßnahmen, die der Staat zur Abwehr des Terrorismus ergreife, seien deshalb schon keine politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne, wobei gleichwohl eine Rückausnahme vorgenommen werden müsse, wenn die Verfolgungsmaßnahme selbst mit terroristischen Mitteln erfolge (Gegenterror)³⁷⁹. Des Weiteren liege es außerhalb des Asylrechts, wenn für terroristische Handlungen nur ein neuer Kampfplatz gesucht werde, um sie dort fortzusetzen oder zu unterstützen³⁸⁰. Dies gelte auch für den, der erstmals von Deutschland aus im Rahmen exilpolitischer Aktivität den politischen Kampf mit terroristischen Mitteln aufnehme³⁸¹. In diesen Fällen sei bereits der Begriff des Asyls nicht erfüllt, denn der Ausländer suche nicht den Schutz und Frieden, den das Asylrecht gewähren will, sondern einen Kampfplatz zur Unterstützung des völkerrechtlich geächteten Terrorismus³⁸².

Diese bisher nur auf Terroristen bezogene Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht 2011 in einem Urteil, in dem es sich mit eben den Auswirkungen des Art. 12 Abs. 2, 3 QRL auf das Asylgrundrecht befasst hat, auf Kriegsverbrecher ausgeweitet³⁸³: Die normative Begrenzung des Schutzbereichs beschränke sich keineswegs auf eine Betätigung im Bereich des Terrorismus. Ihr Grund sei, dass eine terroristische Betätigung von der Bundesrepublik Deutschland in Übereinstimmung mit der von ihr mitgetragenen Völkerrechtsordnung grundsätzlich missbilligt werde. Die Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit stelle insofern aber einen vergleichbar schweren Verstoß dar. Dies sei durch die Beschreibung im durch 139 Staaten unterzeichneten IStGH-Statut belegt, wonach solche Verbrechen als „schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren“ gelten. Für eine Begrenzung

³⁷⁸ Zur Entwicklung der Rechtsprechung ausführlich *Renner*, Terrorismusbekämpfung (Fn. 178), S. 54 ff.

³⁷⁹ BVerfGE 80, 315 (339 f.).

³⁸⁰ BVerfGE 81, 142 (152 f.).

³⁸¹ BVerwGE 109, 12 (18 f.).

³⁸² BVerfGE 81, 142 (152 f.); BVerwGE 109, 12 (18 f.). Bestätigung und Zusammenfassung der Rechtsprechung in BVerwGE 132, 79 (97 f. Rn. 39) sowie 139, 272 (291 f. Rn. 46).

³⁸³ BVerwGE 139, 272 (292 ff. Rn. 47 ff.).

des Schutzbereichs spreche auch Art. 26 Abs. 1 GG, wonach Handlungen verfassungswidrig sind, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören. Art. 26 Abs. 1 GG könne so eine verfassungsimmanente Schranke der Asylverheißung begründen³⁸⁴.

Terroristen sowie Personen, die Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben bzw. begehen, sollen somit schon nicht in den Schutzbereich des Asylgrundrechts fallen. Dadurch wird mit Blick auf die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 AsylG zu einem Teil eine Kongruenz zwischen Flüchtlingsstatus und Asylrecht erreicht. Indes erscheint es angesichts der Berufung des Bundesverwaltungsgerichts auf die „grundsätzliche Missbilligung derartiger Tätigkeiten durch die Bundesrepublik und die Völkerrechtsordnung“ zweifelhaft, ob das Gericht die normative Begrenzung des Schutzbereichs auch bereits auf schwere nichtpolitische Straftaten im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG anwenden würde³⁸⁵. Hinzu kommt, dass auch die Rechtsprechung vom Terrorismusvorbehalt voraussetzt, dass vom Ausländer eine aktuelle Gefahr ausgeht³⁸⁶, was auf das in Art. 1 F GFK umgesetzte Prinzip der Asylunwürdigkeit gerade nicht zutrifft.

Es fällt somit nicht jeder Ausländer, der Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK verwirklicht, auch in das Raster der Terrorismusvorbehalts-Rechtsprechung, die das Spannungsverhältnis zwischen Ausschlussgründen und Asylgrundrecht daher auch nicht gänzlich aufzulösen vermag.

³⁸⁴ Verfassungsimmanente Schranken werden allerdings zur Rechtfertigung eines Eingriffs in den Schutzbereich eines Grundrechts herangezogen. Bei der Rechtsprechung zum Terrorismusvorbehalt geht es hingegen um die „normative Begrenzung“ des Schutzbereichs des Art. 16a GG.

³⁸⁵ Vgl. *Wittreck* (Fn. 170), Art. 16a Rn. 113.

³⁸⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Januar 1995 – 9 C 276/94 –, juris Rn. 23. Deutlich BVerwGE 132, 79 (96 Rn. 37): „Der Anerkennung als Asylberechtigter stünde nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen, dass der Kläger *in seinem Heimatland* [Hervorhebung durch den Verf.] eine terroristische Organisation aktiv unterstützt hat“. So auch *Renner*, Terrorismusbekämpfung (Fn. 178), S. 55: Der Ausschluss trifft „nicht den Terroristen allgemein [...], sondern nur den unverbesserlichen, der sein Tun fortzusetzen gedenkt“ sowie (indirekt) *Gnatzy* (Fn. 167), Art. 16a Rn. 5: Sofern eine aktuelle Gefährdung auszuschließen ist, widerspricht ein Ausschluss dem Konzept der Neutralität des Asylgrundrechts.

b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK sind in Art. 12 Abs. 2, 3 QRL – im Gegensatz zu denen des Art. 14 Abs. 4, 5 QRL³⁸⁷ – zwingend vorgeschrieben. Über das Problem, ob der zwingende Ausschluss auch für ein nationales Asylgrundrecht gelten muss, hatte das Bundesverwaltungsgericht 2008 zu entscheiden und hat die Frage nach dem Verhältnis von Asylgrundrecht und Qualifikationsrichtlinie dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt³⁸⁸. Maßgeblich für dessen Antwort ist Art. 3 QRL, wonach die Mitgliedsstaaten zwar zum Erlass günstigerer Normen befugt sind, diese Normen jedoch mit der QRL vereinbar sein müssen³⁸⁹. Darüber, wann eine solche Vereinbarkeit besteht, gibt Art. 2 lit. h) QRL Auskunft: Dem letzten Satzteil ist zu entnehmen, dass es der Richtlinie nicht zuwiderläuft, dass eine Person um eine „andere [...] Form des Schutzes“ außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie ersucht³⁹⁰; der Antrag darf folglich nicht auf „internationalen Schutz“ im Sinne des Art. 2 lit. a QRL gerichtet sein. Der Europäische Gerichtshof hält es in Anbetracht dieser Vorschriften grundsätzlich für möglich, dass Ausländer, die nach Art. 12 Abs. 2, 3 QRL von der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen sind, in den Genuss eines nationalen Asylgrundrechts kommen. Allerdings müsse in diesem Fall sichergestellt sein, dass es nicht zu einer Verwechslung mit der Rechtsstellung des Flüchtlings im Sinne der Richtlinie kommt; ansonsten liefe die Schutzgewährung dem Zweck der Richtlinie entgegen und sei mit ihr nicht vereinbar³⁹¹.

Das Bundesverwaltungsgericht hat daraus zu Recht die Konsequenz gezogen, dass die Ausschlussgründe des Art. 12 Abs. 2, 3 QRL auch für das Asylgrundrecht gelten

³⁸⁷ Aus diesem Grund ist der Rekurs auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts i.R.d. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG nicht ohne Weiteres möglich, s.o. § 5-B.-II.-2. Differenzierend daher auch BVerwGE 132, 79 (99 f. Rn. 42) sowie *K. Hailbronner*, Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?, in: ZAR 2009, S. 369 (374).

³⁸⁸ BVerwGE 132, 79, Vorlagenfrage Nr. 5 und anschließend EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 113 ff. – *B und D*.

³⁸⁹ EuGH, ebda., Rn. 114.

³⁹⁰ EuGH, ebda., Rn. 116.

³⁹¹ EuGH, ebda., Rn. 119. *U. Berlitz*, Flüchtlingsrecht im Umbruch, in: NVwZ 2012, S. 193 (195) verweist darauf, dass die so durch den Europäischen Gerichtshof vorgeschriebene sehr weitreichende Harmonisierung im Hinblick auf die ursprünglich nur zum Erlass von Mindestnormen ermächtigende Norm des Art. 63 Nr. 1 lit. c) EGV nicht unproblematisch war, durch die inzwischen geltende Ermächtigungsnorm des Art. 78 Abs. 2 AEUV aber gedeckt ist.

müssen³⁹². Die Rechtsstellungen von Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingen sind, wie bereits oben aufgezeigt³⁹³, inzwischen beinahe völlig angeglichen, von einem „kleinen Asyl“ kann keine Rede mehr sein³⁹⁴. Dafür spricht bereits § 2 Abs. 1 AsylG, wonach Asylberechtigte im Bundesgebiet die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge genießen³⁹⁵. Alleinstellungsmerkmal des Asylgrundrechts ist letztlich nur noch der „Gang nach Karlsruhe“³⁹⁶, wobei dessen Bedeutung in Anbetracht des Umstandes, dass sich ein Großteil der flüchtlingsrechtlichen Streitigkeiten im einstweiligen Rechtsschutz abspielt³⁹⁷, auch eher abnimmt. Aufgrund des Gleichlaufs beider Status ist dem Bundesverwaltungsgericht darin zuzustimmen, dass von einer Verwechselbarkeit im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgegangen werden muss³⁹⁸. Die Verwechselbarkeit insbesondere (aber scheinbar nicht nur) für den Laien offenbart sich auch durch das in den letzten Jahren medial wie politisch geführte „Scheingefecht“³⁹⁹ über eine Änderung des – faktisch doch irrelevanten⁴⁰⁰ – Asylgrundrechts zur Beschränkung der Einwanderung⁴⁰¹.

Die Ausschlussklauseln des Art. 12 Abs. 2, 3 QRL gelten daher auch für Asylberechtigte. Ansonsten kann das durch das gemeinsame europäische Asylsystem

³⁹² BVerwGE 139, 272 (294 f. Rn. 50 ff.); 140, 114 (127 ff. Rn. 31 ff.).

³⁹³ § 2-C.-II.-3.

³⁹⁴ B. Huber/R. Göbel-Zimmermann, *Ausländer- und Asylrecht*, 2. Aufl. 2008, Rn. 1664; *Hailbronner*, *Grundrecht* (Fn. 387), S. 371.

³⁹⁵ BVerwGE 139, 272 (295 Rn. 53).

³⁹⁶ P. Tiedemann, *Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland – Ein Nachruf –*, in: ZAR 2009, S. 161 (167).

³⁹⁷ Vgl. S. Fontana, *Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext*, in: NVwZ 2016, S. 735 (741).

³⁹⁸ BVerwGE 139, 272 (295 Rn. 53); 140, 114 (128 f. Rn. 32).

³⁹⁹ So treffend H.-J. Papier, *Asyl und Migration als Herausforderung für Staat und EU*, in: NJW 2016, S. 2391 (2392): „Der in letzter Zeit immer wieder ausgebrochene Streit darüber, ob das Asylgrundrecht des Grundgesetzes die Festlegung von Obergrenzen zulässt, ist jedenfalls im Hinblick auf die Migration auf dem Landweg wegen der offenkundigen Nicht-Einschlägigkeit des Asylgrundrechts im Grunde ein Scheingefecht, dessen Austragung möglicherweise auf schlichter Rechtsunkenntnis beruht“.

⁴⁰⁰ Zum einen sind die Anerkennungsquoten ohnehin marginal (im Jahr 2016 nur 0,3%, siehe BAMF, *Schlüsselzahlen 2016*, S. 2), zum anderen würde eine Verfassungsänderung nichts an den unionsrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik ändern (so auch Papier, *Asyl*, ebda., S. 2393).

⁴⁰¹ Siehe nur <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/fluechtlingskrise-soeder-stellt-recht-auf-asyl-infrage-13836663.html> (zuletzt aufgerufen am 8.2.2017).

verfolgte Ziel einer einheitlichen Asylpolitik nicht erreicht werden⁴⁰². Zur Begründung verweist das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der *Solange*-Rechtsprechung⁴⁰³ auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts⁴⁰⁴. Angesichts des Art. 18 GRCh müsse in Bezug auf das Asylrecht gegenüber der Hoheitsgewalt der Union von einem Schutz ausgegangen werden, der dem Grundrechtsschutz des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichwertig sei. Die Anwendung der Ausschlussklauseln auf das Asylgrundrecht befinde sich daher, selbst wenn sie nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung erreicht werden könne, im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 GG.

Neben dieser primär unionsrechtlichen Lösung bietet *Wittreck* eine dogmatische Alternative zur Erstreckung der Ausschlussklauseln, die gewissermaßen „anders herum“ das Unionsrecht in das grundrechtliche Prüfungsschema eingliedert⁴⁰⁵. So könne man zum einen Art. 23 Abs. 1 GG als verfassungsunmittelbaren Schrankenvorbehalt verstehen, der „solche Grundrechtseingriffe rechtfertigt, die zur Umsetzung des Unionsrechts notwendig sind“, oder zum anderen – vorzugswürdig, da Raum für die *Solange*-Rechtsprechung lassend – direkt auf Art. 12 Abs. 2, 3 QRL als „verfassungstranzendierende Schranken“ rekurrieren, die Art. 16a Abs. 1 GG im Wege kollidierenden Verfassungsrechts gegenüberträten⁴⁰⁶.

Wie man es auch begründen mag – das Asylgrundrecht kann *de lege lata* nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr weiter reichen als die durch die QRL vermittelte Rechtsstellung eines Konventionsflüchtlings. Damit dürfte auch die Rechtsprechung vom Terrorismusvorbehalt ihre Relevanz verloren haben: In den Bereichen, in denen sie milder ist als die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 AsylG, muss ein Ausschluss dennoch erfolgen. Und in den Bereichen, in denen sie schärfer ist, darf sie bereits deshalb nicht greifen, weil

⁴⁰² So auch BVerwGE 132, 79 (99 f. Rn. 42) sowie *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 387), S. 374.

⁴⁰³ Vgl. BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; 73, 339 – *Solange II*. Zum Rangverhältnis zwischen nationalem Recht und Unionsrecht auch schon oben, § 2-C.-I.-2.

⁴⁰⁴ BVerwGE 139, 272 (295 f. Rn. 54); 140, 114 (129 f. Rn. 33). Grundlegend zur Kollision zwischen nationalem Recht und Unionsrecht EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/E.N.E.L.*; zur Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs EuGH, U. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Rn. 17 f. – *Simmenthal*.

⁴⁰⁵ Demgegenüber lassen es BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12. März 2008 – 2 BvR 378/05 – Rn. 24 sowie BVerwGE 140, 114 (129 f. Rn. 33) offen, ob der § 3 Abs. 2 AsylG verfassungsimmanente Schrankenvorbehalte des Art. 16a Abs. 1 GG richtig nachzeichnet.

⁴⁰⁶ *Wittreck* (Fn. 170), Art. 16a Rn. 113.

ein Ausschluss dann nicht „günstiger“ im Sinne des Art. 3 QRL wäre und nicht im Einklang mit der Richtlinie stünde.

c) Sperrwirkung des Art. 18 GG?

Fraglich bleibt, wie das bisher Gesagte sich auf Art. 18 GG auswirkt. Im Rahmen des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist festgestellt worden, dass die Norm zwar als Ausgestaltung eines verfassungsimmanenten Schrankenvorbehalts grundsätzlich zu einer Einschränkung des Asylgrundrechts im Wege kollidierenden Verfassungsrechts führen kann, der jedoch in systematischer Hinsicht der Art. 18 GG entgegensteht, wonach eine Verwirkung – und darum handelt es sich bei einem Absehen vom Refoulementverbot – nur vom Bundesverfassungsgericht und nur im Falle des Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausgesprochen werden kann⁴⁰⁷.

Ob diese Sperrwirkung des Art. 18 GG auch für die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 AsylG gilt, hängt davon ab, welchen der oben beschriebenen Begründungsansätze für deren Durchgreifen auf das Asylgrundrecht man verfolgt. Bereits der Begriff *Verwirkung* setzt nämlich denklogisch voraus, dass ein Ausländer zunächst von der Garantie des Asylgrundrechts überhaupt erfasst wird. Gleichfalls kann auch nur derjenige ein Grundrecht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbrauchen, der sich zunächst darauf berufen kann⁴⁰⁸.

Bei einer genuin verfassungsrechtlichen Argumentation⁴⁰⁹ wird Art. 12 Abs. 2, 3 QRL als Rechtfertigung eines *Eingriffs* in das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG herangezogen. Jedenfalls sofern es um Taten geht, die *nach* Erreichen der Bundesrepublik begangen werden⁴¹⁰ – was im Falle von Art. 12 Abs. 2 Nr. 1 und 3 QRL ohne Weiteres möglich ist⁴¹¹ – ist danach der Schutzbereich des Art.

⁴⁰⁷ S.o., § 5-B.-II.-2.-b).

⁴⁰⁸ Vgl. H. Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (Fn. 167), Art. 18 Rn. 9: „Missbrauch zum Kampf“ bedeutet eine bestimmungswidrige, dem Geist der Grundrechte zuwiderlaufende und daher unzulässige Grundrechtsausübung [Hervorhebung durch den Verf.]“.

⁴⁰⁹ Dazu Wittreck (Fn. 170), Art. 16a Rn. 113.

⁴¹⁰ Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts entsteht das Asylgrundrecht erst mit Erreichen des Bundesgebiets (BVerwGE 78, 332 [342 f.]). Kritisch Wittreck (Fn. 170), Art. 16a Rn. 85 m.w.N.

⁴¹¹ Art. 12 Abs. 2 lit. b) QRL setzt demgegenüber eine Tat außerhalb des Aufnahmelandes und vor der Aufnahme als Flüchtling voraus.

16a Abs. 1 GG zunächst eröffnet und einem Ausschluss der Asylberechtigung steht Art. 18 GG entgegen. Demgegenüber bietet der Rekurs auf den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang den praktischen Vorteil, dass es hier nicht um die Rechtfertigung eines Eingriffs geht, sondern um ein *Zurücktreten* des Asylgrundrechts. Mit anderen Worten: Sofern die Ausschlussgründe des Art. 12 Abs. 2, 3 QRL erfüllt werden, entfaltet Art. 16a Abs. 1 GG schlicht keine Geltung⁴¹². Da der betreffende Ausländer sich somit in diesem Bereich nicht (mehr) auf ein Asylgrundrecht berufen kann, kann er es auch nicht verwirken. Art. 18 GG steht einem Ausschluss dann nicht entgegen. Aus praktischen Gründen ist daher der unionsrechtlich geführte Begründungsansatz vorzuziehen.

d) Verbleibende Bedeutung des Asylgrundrechts?

Abschließend stellt sich unter dem Eindruck der vorgefundenen Ergebnisse die Frage, ob die Beibehaltung eines Asylgrundrechts, wenn auch rechtlich möglich, überhaupt noch sinnvoll ist. Der Schutzbereich kann aufgrund der Verwechselbarkeit mit dem Flüchtlingsstatus nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ohnehin nicht weiter reichen als der der QRL⁴¹³ und auch der Verweis auf die Vorzüge einer unter Art. 16a GG möglichen Verfassungsbeschwerde trägt praktisch kaum⁴¹⁴, hat doch das Bundesverfassungsgericht schon seit etlichen Jahren kaum noch Gelegenheit, sich zu materiellen Inhalten des Asylrechts zu äußern⁴¹⁵. Jedenfalls *de lege lata* hat das

⁴¹² Wittreck (Fn. 170), Art. 16a Rn. 112: „unionsrechtlich induziert[e] ‚Delle‘“.

⁴¹³ Korrekt daher Tiedemann, Asylrecht (Fn. 396), S. 167, wonach § 2 Abs. 2 AsylG leer läuft. Abzulehnen ist die Ansicht von R. Weinzierl, Deutsche und europäische Grundrechte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: ZAR 2010, S. 260 (270), der zufolge die Eingrenzung sicherer Drittstaaten in Art. 16a Abs. 2 GG einen gegenüber der GFK, GRCh und GFK weitergehenden Schutz bietet. Das gemeinsame europäische Asylsystem verfolgt das Ziel, die europäische Asylpolitik *insgesamt* zu vereinheitlichen und Wanderbewegungen innerhalb der Union zu vermeiden; vgl. Hailbronner, Grundrecht (Fn. 387), S. 374 f. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind daher nationale Alleingänge – in welcher Weise auch immer – nicht mehr möglich, sofern es nicht um einen gänzlich anderen Schutz als den der GFK (und QRL) geht.

⁴¹⁴ Ähnlich Hailbronner, Grundrecht (Fn. 387), S. 375; a.A. v. Arnould (Rn. 163), Art. 16a Rn. 62 sowie Wittreck (Fn. 170), Art. 16a Rn. 39.

⁴¹⁵ Vgl. Tiedemann, Asylrecht (Fn. 396), S. 167: „So ist also auch nicht mehr zu erwarten, dass das BVerfG noch einmal Gelegenheit bekommen wird, sich zur Auslegung des Art. 16a GG zu äußern“. Mit stattgebendem Kammerbeschl. v. 14.11.2016 – 2 BvR 31/14 hat das BVerfG zwar Einfluss auf die innerhalb der Oberverwaltungsgerichte umstrittene Frage genommen, ob syrischen Asylbewerbern der Flüchtlingsstatus oder nur der subsidiäre Schutzstatus zu gewähren ist. Es hat dazu allerdings keine materiell-rechtliche

Asylgrundrecht daher größtenteils symbolische Bedeutung⁴¹⁶. Dem stehen aber auf der anderen Seite die Verständnisprobleme gegenüber, die die Verwendung zweier unterschiedlicher Asylbegriffe innerhalb einer Rechtsordnung mit sich bringt. Der Laie – noch dazu der, der von Krieg und Terror traumatisiert in ein fremdes Land kommt, dessen Sprache er nicht beherrscht – vermag ein solch ohnehin schon komplexes System kaum zu durchblicken⁴¹⁷, was schon die teilweise falsche Behandlung durch hiesige Medien (und Politiker) beweist. Das Asylgrundrecht sollte daher entweder abgeschafft⁴¹⁸ oder an das Flüchtlingsrecht unionaler Prägung angepasst werden⁴¹⁹. Angesichts der Deutungshoheit des Europäischen Gerichtshofs und der damit einhergehenden Beschneidung der bundesverfassungsgerichtlichen Bedeutung darf aber nicht übersehen, dass sich auch diese Alternativen primär in ihrer Symbolwirkung unterscheiden.

Zuletzt sei auf die praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die jedwede Änderung des Asylgrundrechts in der derzeit emotional aufgeladenen Stimmungslage mit sich bringen würde. Speziell die Abschaffung des Asylgrundrechts würde wohl zu heftigen Debatten führen. Es ist Aufgabe der Politik – sollte sie sich zu einer Änderung des Art. 16a GG entschließen – diese Debatte zu entemotionalisieren und ihre Beweggründe der Bevölkerung objektiv und verständlich zu vermitteln.

Aussage getroffen, sondern die Sache an das OVG NRW zurückgewiesen, dessen Nichtzulassung der Berufung gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoße. Vgl. zum aktuellen Streitstand einerseits OVG NRW, U. v. 4.5.2017 – 14 A 2023/16.A – Rn. 30 ff., andererseits Hess. VGH, U. v. 6.6.2017 – 3 A 3040/16.A sowie VG Münster, U. v. 20.1.2017 – 8a K 3496/16.A – Rn. 40 ff. mit zahlreichen Nachweisen zur aktuellen Rechtsprechung. Auch die jüngere Entscheidung des BVerfG zur Verfassungskonformität des § 58a AufenthG – Nichtannahmebeschl. v. 24.7.2017 (2 BvR 1487/17) – hat einen Bezug zum Asylgrundrecht lediglich insofern, als es sich bei dem Beschwerdeführer um einen abgelehnten Asylsuchenden handelte. Zu inhaltlichen Fragen des Asylgrundrechts nimmt das BVerfG darin keinerlei Stellung.

⁴¹⁶ Vgl. *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 387), S. 375 f.: Asylrecht als „Teil der Verfassungskultur“.

⁴¹⁷ *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 396), S. 167 geht aus diesem Grund sogar von einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus.

⁴¹⁸ Dafür (recht reißerisch) *Tiedemann*, Asylrecht (Fn. 396), S. 167.

⁴¹⁹ Dafür *Hailbronner*, Grundrecht (Fn. 387), S. 375 f. mit dem Formulierungsvorschlag „Politisch Verfolgte werden im Rahmen des gemeinsamen europäischen Asylsystems Schutz gewährt“. Zustimmend v. *Arnauld* (Rn. 163), Art. 16a Rn. 62. Für eine Beibehaltung des derzeitigen Asylgrundrechts hingegen wohl *Weinzierl*, Grundrechte (Fn. 413), S. 269 f.

3. Zusammenfassung

Im Gegensatz zu den Ausnahmen vom Refoulementverbot gem. § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ergeben sich bei den Ausschlussklauseln des § 3 Abs. 2 AsylG kaum Bedenken im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben aus Art. 1 F GFK sowie Art. 12 Abs. 2, 3 QRL. Dies liegt daran, dass bereits die Formulierungen fast identisch sind. Dass § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG, der auf § 3 Abs. 2 AsylG verweist, im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Abschiebung Verfolgter genannt ist, ist unbedenklich, da nach der Systematik der GFK der Art. 1 F GFK erfüllende Ausländer bereits gänzlich von den Bestimmungen der GFK ausgeschlossen ist, und damit auch vom Refoulementschutz.

Anders als Art. 33 Abs. 2 GFK dient Art. 1 F GFK nicht primär dem Schutz des Aufnahmestaates, sondern soll verhindern, dass des Schutzes „unwürdige“ Personen den Flüchtlingsstatus in Misskredit bringen und sich insbesondere ihrer strafrechtlichen Verantwortung im Heimatstaat entziehen. Dementsprechend ist es für die Ausschlussklauseln des § 3 Abs. 2 AsylG grundsätzlich nicht erforderlich, dass der Ausländer eine gegenwärtige Gefahr darstellt. Systematisch dienen die Ausschlussgründe damit nicht ausschließlich der Gefahrenabwehr, sondern bedeuten eine Strafe für in der Vergangenheit begangene Taten.

Ein Ausschluss für die in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AsylG aufgezählten Verbrechen richtet sich heute primär nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Für die Beurteilung, ob eine schwere Straftat im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG vorliegt, sind internationale und nicht nationale Standards maßgeblich. Ob die Tat auch nichtpolitisch war, ist anhand der inneren Motivation des Täters zu untersuchen. Wichtig ist allerdings, dass persönliche Motive auch dann überwiegen, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen den Wirkungen der Tat und den politischen Zielen besteht. Dies wird insbesondere bei terroristischen Handlungen der Fall sein, worauf auch der Zusatz der „Grausamkeit“ in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG sowie Art. 12 Abs. 2 lit. b) QRL abzielt. Immer noch recht unklar ist der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG, was an der unpräzisen und weiten Formulierung liegt. Die Praxis hat die Ausschlussklausel in jüngerer Zeit immer mehr für terroristische Handlungen geöffnet. Auch in diesem Bereich sollte primär an das (weitreichende) Strafrecht angeknüpft werden, das insofern zuverlässigere Kriterien bietet. Jedenfalls § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG sperrt dann die Anwendung von Nr. 3. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG verlangt zwar nicht in jedem Fall eine strafbare Handlung. Es muss

allerdings verhindert werden, dass die Norm zu einer Auffangklausel für Fälle wird, die für die anderen Ausschlussklauseln nicht schwerwiegend genug waren. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG ist nicht auf Personen beschränkt, die eine Machtposition in einem Staat oder staatenähnlichen Gebilde besetzen. Statt einer solch formellen Beschränkung muss im Einzelfall betrachtet, inwiefern die Handlung des Einzelnen Auswirkungen auf die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen haben kann. Da dies eine internationale Dimension erfordert, ist der so beschriebene „enge“ Adressatenkreis aber klassischerweise in der Lage, die Ausschlussklausel zu erfüllen.

Die für den Ausschluss erforderliche persönliche Verantwortung besteht nicht nur, wenn der Ausländer die Tat selbst begangen hat, sondern auch, wenn er einen substantiellen Unterstützungsbeitrag zu ihrer Verwirklichung geleistet hat. Daher sind die Zusätze in § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG sowie Art. 12 Abs. 3 QRL mit der GFK vereinbar. Erforderlich ist aber, dass die Beteiligung ein solches Gewicht hat, dass sie gleichrangig zur eigentlichen Begehung ist. Im Bereich des Terrorismus reicht die Feststellung der Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation nicht aus, um die persönliche Verantwortung für terroristische Handlungen zu bejahen. Unter Umständen kommt dann aber eine Beweislastumkehr in Betracht, sodass die persönliche Verantwortung vermutet werden kann.

Die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 AsylG müssen auch für das Asylgrundrecht des Art. 16a GG gelten. Anders als im Bereich des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG wird ihre Anwendung durch Art. 12 Abs. 2, 3 QRL zwingend vorgegeben. Die Beibehaltung eines Sonderstatus für Personen, die unter das mit der Flüchtlingseigenschaft verwechselbare Asylgrundrecht fallen, würde daher nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gegen Art. 3 QRL verstoßen. Die Anwendung der Ausschlussklauseln lässt sich dogmatisch verschiedenfach begründen; der Rekurs auf den unionalen Anwendungsvorrang bietet jedoch den praktischen Vorteil, dass Art. 18 GG dann keine Anwendung findet, da dann im Bereich der Ausschlussklauseln bereits der Schutzbereich des Art. 16a Abs. 1 GG nicht eröffnet ist. Vor dem Hintergrund, dass das Asylgrundrecht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts nicht weiter reichen kann als der unionale Flüchtlingsschutz, hat Art. 16a Abs. 1 GG *de lege lata* nur noch symbolische Bedeutung, steigert gleichzeitig aber die Komplexität des Asylsystems. Er sollte daher entweder abgeschafft oder an das europäische Asylsystem angeglichen werden.

IV. Verhältnismäßigkeitserwägungen

Die bisherigen Ausführungen betrafen die maßgebliche Auslegung der jeweiligen Tatbestände des § 60 Abs. 8 S. 1 und 2 AufenthG. Daneben wird diskutiert, ob die Behörden und Gerichte nach Bejahung des jeweiligen Tatbestandes zusätzlich prüfen müssen, ob der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft bzw. die Abschiebung auch im konkreten Fall verhältnismäßig ist. Insbesondere geht es dabei um die Erforderlichkeit einer Abwägung mit den Gefahren, die dem Ausländer im Zielstaat der Abschiebung drohen. Im Ergebnis ist eine solche Voraussetzung jedoch abzulehnen, vor allem aufgrund des komplementären Abschiebungsschutzes, der hier nicht unberücksichtigt bleiben kann.

1. Abwägung mit der Verfolgungsgefahr?

Zur Erforderlichkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung existieren im Wesentlichen zwei Strömungen: Zum einen wird – über die bisher genannten Anforderungen an einen Ausschluss nach Art. 1 F GFK bzw. 33 Abs. 2 GFK hinaus – eine konkret-individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung mit umfassender Abwägung für erforderlich gehalten⁴²⁰. Die Gegenauffassung vertritt demgegenüber den Standpunkt, diese Abwägung sei bereits umfassend auf gesetzlicher Ebene vorgenommen worden⁴²¹.

Vertreter der erstgenannten Auffassung betonen die fundamentale Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes innerhalb des völkerrechtlichen Individualschutzes⁴²². Erforderlich sei daher eine Abwägung des durch den Eingriff verfolgten Zwecks mit den damit verbundenen individuellen Folgen. Dafür würde auch sprechen, dass es sich bei Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK um Ausnahmeregelungen handle und daher ein „Optimierungsgebot“ zugunsten des Refoulement-

⁴²⁰ So UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 77 f.; *ders.*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 14; E. Lauterpacht/*D. Bethlehem*, The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion, in: Feller/Türk/Nicholson, Refugee (Fn. 252), S. 87 (137 f. Ziff. 177 ff.); Bergmann, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 142 f.; M. Pelzer, Widerruf der Flüchtlingseigenschaft und Terrorismusvorbehalt im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in: R. Hofmann/T. Löhr (Hrsg.), Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht, 2008, S. 149 (163); Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 102 ff. und Art. 33, para. 2 Rn. 97 ff.; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 261 ff.

⁴²¹ Hathaway, Rights (Fn. 38), S. 353 ff.; Funke-Kaiser (Fn. 23), § 2 Rn. 33 f. (2014); Hailbronner (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 114 (2016); Kraft (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 33, 54.

⁴²² UNHCR, Note (Fn. 7), Ziff. 77; Wennholz, Ausnahmen (Fn. 8), S. 263.

verbots bestehe. Eine rein schematische Gesetzesanwendung liefe dem zuwider⁴²³. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass nach dieser Ansicht auch die dem Ausländer drohende Verfolgung in seinem Heimatstaat berücksichtigt werden muss⁴²⁴, was gravierende Konsequenzen nach sich zieht. Eine Anwendung von Art. 1 F sowie 33 Abs. 2 GFK wäre dann ausgeschlossen, sofern eine Abwägung des Gewichts der dem Ausländer zur Last gelegten Taten mit den ihm bei einer Abschiebung drohenden Nachteilen zu seinen Gunsten ausfällt⁴²⁵. Die Behörden müssen daher letztlich die vom Ausländer *ausgehende* Gefahr gegen die für ihn *bestehende* Gefahr abwägen. Dementsprechend sollen Verhältnismäßigkeitserwägungen einem Ausschluss allerdings in den Fällen des Art. 1 F lit. a) und c) GFK kaum jemals entgegenstehen, da es sich dabei um *per se* schwerste Verbrechen handele⁴²⁶.

Dem hält *Hathaway* in Bezug auf Art. 33 Abs. 2 GFK entgegen, dass dieser Artikel geschaffen wurde, um fundamentale Sicherheitsinteressen des Aufnahmesstaates zu schützen. Bei richtiger, d.h. enger Auslegung der Ausnahmeklausel könne das individuelle Interesse des Flüchtlings an Schutz vor Verfolgung diesen kollektiven Interessen nicht vorgehen⁴²⁷. Er sieht bei Einbeziehung einer konkret-individuellen Abwägung sogar die Gefahr einer Verschlechterung des Flüchtlingsschutzes, da die Staaten dann dazu neigen würden, die Ausschlussgründe extensiv auszulegen⁴²⁸. *Kraft*⁴²⁹ verweist zudem auf den im Vergleich zu Art. 12 Abs. 2 QRL unterschiedlichen Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 lit. a) ii) der Massenzustromrichtlinie⁴³⁰.

⁴²³ *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 263.

⁴²⁴ *Lauterpacht/Bethlehem*, Scope (Fn. 420), S. 137 f. Ziff. 178).

⁴²⁵ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 78; *Bergmann*, Asylgrundrecht (Fn. 167), S. 142 f. im Bezug auf Art. 16a GG.

⁴²⁶ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 78; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 102 ff.

⁴²⁷ *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 353: „by definition, no purely individuated risk of persecution can offset a real threat to such critical security interests of the receiving state“. Zur Begründung seiner Ansicht zieht *Hathaway* auch die *travaux préparatoires* der GFK heran, die jedoch, wie *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 260 f. klarstellt, in dieser Hinsicht nicht ergiebig sind.

⁴²⁸ *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 354 f.

⁴²⁹ *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 33.

⁴³⁰ Richtlinie 2001/55/EG vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, Abl. 2004 Nr. L 212, S. 12.

In Bezug auf die nationale Bestimmung des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG ist vertreten worden, dass die erforderliche Abwägung bereits auf abstrakter Ebene durch den Gesetzgeber vorgenommen worden sei und somit eine Abschiebung bzw. ein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen auch verhältnismäßig sei⁴³¹. Dafür spricht zunächst auch, dass bereits die Tatbestände von Art. 1 F sowie 33 Abs. 2 GFK Elemente einer Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten: So bedarf es für Art. 33 Abs. 2 GFK es der Ermittlung, ob der Ausländer auch in Zukunft eine ausreichend große Gefahr für die Allgemeinheit darstellen wird. Und ein schweres nichtpolitisches Verbrechen Art. 1 F lit. b) GFK liegt auch dann vor, wenn die Folgen außer Verhältnis zur politischen Zielsetzung stehen⁴³². Darauf verweist auch der Europäische Gerichtshof und verneint daher die Voraussetzung einer auf den Einzelfall bezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung: Neben der Tatsache, dass der Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 QRL keinen Ermessensspielraum eröffne („ist [...] ausgeschlossen“)⁴³³, habe die zuständige Behörde ja bereits im Rahmen ihrer Beurteilung der Schwere der begangenen Handlungen und der individuellen Verantwortung alle Umstände berücksichtigt. Sie könne daher nicht zu zur Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verpflichtet sein, die eine erneute Beurteilung des Schweregrads der begangenen Handlungen einschließe⁴³⁴. Auf die eigentlich interessante Frage, ob im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 QRL eine Abwägung mit den Verfolgungsgründen des betreffenden Ausländers vorzunehmen sei, geht der Europäische Gerichtshof damit indes überhaupt nicht ein, was auch Zweifel daran aufkommen lässt, dass er die Tragweite der Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts⁴³⁵ voll erfasst hat⁴³⁶.

⁴³¹ *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 33 (2014): „Die Kollisionslage hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter wird allein vom Gesetzgeber gelöst“; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 114 (2016): „determinierte“ Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁴³² Dies erkennen auch *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 105, ohne daraus jedoch den Schluss zu ziehen, dass eine zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung dann nicht nötig ist.

⁴³³ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 107 – *B und D*.

⁴³⁴ EuGH, ebda., Rn. 109.

⁴³⁵ BVerwGE 132, 79, 3. und 4. Vorlagenfrage.

⁴³⁶ In Anlehnung an den Europäischen Gerichtshof untersagt jedenfalls auch der Vorschlag der Kommission vom 13.7.2016 (COM [2016] final) für eine Ersetzung der QRL durch eine Verordnung in Art. 12 Abs. 6 jegliche zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung.

2. Berücksichtigung des „Sicherheitsnetzes“ des komplementären Abschiebungsschutzes

Entscheidend gegen das Erfordernis einer individuellen Abwägung spricht, dass bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der komplementäre Abschiebungsschutz nicht ausgeblendet werden darf⁴³⁷. Die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 4 AsylG) gelten absolut, eine Einschränkung aus Sicherheitsgründen ist hier demnach nicht möglich. Das hat aber zur Folge, dass schwerste Verfolgungsgefahren wie z.B. Folter oder die Vollstreckung der Todesstrafe sich für den Ausländer ohnehin nicht realisieren können, da er insofern vom „Sicherheitsnetz“⁴³⁸ des komplementären Abschiebungsschutzes aufgefangen wird. Die Abschiebung ist dann nach § 60a Abs. 2 AufenthG rechtlich unmöglich⁴³⁹. *Funke-Kaiser* stellt berechtigterweise fest, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die dieses Ergebnis ausklammert, gerade nicht konkret ist, sondern auf abstrakter Ebene hängen bleibt⁴⁴⁰. Art. 3 EMRK präkludiert auch nicht etwa – wie *Zimmermann und Wennholz* meinen⁴⁴¹ – die Anwendung der flüchtlingsrechtlichen Ausschlussgründe. Zwar ist eine Abschiebung absolut unzulässig, wenn sie gegen das Folterverbot verstößt. Diese Feststellung hat auf die Auslegung der flüchtlingsrechtlichen Ausschlussgründe aber keine Auswirkung: Art. 1 F und nach deutscher sowie unionaler Systematik auch Art. 33 Abs. 2 GFK⁴⁴² führen nicht nur dazu, dass die Abschiebung eines Flüchtlings möglich wird, sondern auch dazu, dass die Flüchtlingseigenschaft aberkannt bzw. nicht zuerkannt wird, woran sich auch ein Verlust des Aufenthaltstitels anschließt⁴⁴³. Darauf können die Abschiebungsverbote aus Art. 3 EMRK, 7 S. 1 IPbpR und 3 CAT jedoch schon deshalb keinen Einfluss haben,

⁴³⁷ So auch *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 33 f. (2014) sowie bereits BVerwGE 109, 1 (4 ff.). In BVerwGE 132, 79 (94 f. Rn. 33) argumentiert das Bundesverwaltungsgericht, bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung müsse der Umstand, dass der Antragsteller Abschiebungsschutz nach Art. 3 EMRK genosse, berücksichtigt werden. Der absolute Abschiebungsschutz spricht auch nach dieser Entscheidung also *für* die Verhältnismäßigkeit eines Ausschlusses gem. Art. 1 F GFK.

⁴³⁸ *Gilbert*, Issues (Fn. 95), S. 453: „safety net“.

⁴³⁹ Vgl. *I. Bauer*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht (Fn. 18), § 60a AufenthG Rn. 20.

⁴⁴⁰ *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 34 (2014).

⁴⁴¹ *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 90 ff.; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 258 ff.

⁴⁴² Zur Zulässigkeit s.u., § 5-C.-I.-2.-b).

⁴⁴³ Vgl. § 73 AsylG i.V.m. §§ 51 Abs. 1 Nr. 4, 52 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; Art. 14 Abs. 4, 5 QRL.

weil sie keine Aussagen zum aufenthaltsrechtlichen Status der jeweils betroffenen Person enthalten⁴⁴⁴.

Werden die dem Ausländer im Abschiebungszielstaat drohenden Gefahren nicht vom Sicherheitsnetz des § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG aufgefangen, so ist die Abschiebung im Falle der Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK auch zulässig. Die Sicherheitsinteressen des Aufnahmestaates gehen in diesen Fällen den individuellen Interessen des Verfolgten vor – zumindest, wenn die engen Vorgaben der GFK national auch korrekt umgesetzt werden⁴⁴⁵. Der Aufnahmestaat ist nicht zur weltweiten Durchsetzung seiner eigenen Menschenrechtsstandards verpflichtet. Mit den Wertvorstellungen der europäischen Gemeinschaft sind bestimmte Menschenrechtsverletzungen zwar schlechterdings unvereinbar, auch wenn ein Mitgliedstaat nicht unmittelbar für sie verantwortlich ist. Insofern existiert ein „mensenrechtlicher Mindeststandard“⁴⁴⁶ bzw. menschenrechtlicher „Ordre public“⁴⁴⁷. Dieser wird jedoch durch § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG korrekt abgebildet. Insbesondere bietet § 60 Abs. 5 AufenthG, der die Abschiebung verbietet, wenn sie nach der EMRK unzulässig ist, eine ausreichende Gewähr dafür, dass auch in Zukunft dem wandelbaren menschenrechtlichen Mindeststandard Rechnung getragen wird⁴⁴⁸. Insofern werden Exekutive und Judikative sich maßgeblich an der Rechtsprechung des EGMR orientieren und die völkerrechtlichen Entwicklungen im Blick behalten müssen. Liegt jedoch kein solcher Extremfall vor, kann der Aufnahmestaat

⁴⁴⁴ Vgl. nur EGMR Nr. 10154/04 v. 15.9.2005 – *Bonger/Niederlande*: „neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a residence permit“. Näher oben, § 2-B.-I.-3.-b).

⁴⁴⁵ Vgl. wiederum *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 354 f.

⁴⁴⁶ BVerwGE 111, 223 (228).

⁴⁴⁷ *J. Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn. 99.

⁴⁴⁸ So auch BVerwGE 111, 223 (228 f.). Das Bundesverwaltungsgericht betont in dieser Entscheidung, dass zwar Abschiebungsverbote nicht nur aus Art. 3 EMRK resultieren könnten. Bei Eingriffen in andere Menschenrechte sei die Abschiebung „allerdings ebenfalls nur in krassen Fällen unzulässig, wenn nämlich die drohenden Beeinträchtigungen von ihrer Schwere her dem vergleichbar sind, was nach der bisherigen Rechtsprechung wegen menschenunwürdiger Behandlung zu einem Abschiebungsverbot nach Art. 3 EMRK geführt hat“. Einen solchen „krassen Fall“ hält das Gericht für möglich bei einer Verletzung des unveräußerlichen – nach Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht beschränkbar – Kerns der Religionsfreiheit, der für die personale Würde und Entfaltung eines jeden Menschen unverzichtbar ist.

im Umkehrschluss nicht gezwungen sein, für das Verhalten anderer Staaten einzustehen⁴⁴⁹. Dafür spricht auch, dass Art. 1 F GFK primär dem Ausschluss asylunwürdiger Ausländer dient, Art. 33 Abs. 2 GFK primär Sicherheitsinteressen des Aufnahmestaates zu dienen bestimmt ist. Auf beide Zwecke der Aufnahmestaat keinen Einfluss.

Aus diesen Gründen ist nach der hier vertretenen Ansicht eine zusätzliche konkret-individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung, die eine Abwägung mit der dem Ausländer drohenden Verfolgung vornimmt, nicht erforderlich.

V. § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG

Als Reaktion⁴⁵⁰ auf die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/2016 in einigen deutschen Großstädten⁴⁵¹ ist dem § 60 Abs. 8 AufenthG durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016⁴⁵² ein neuer Satz 3 hinzugefügt worden, der die Anforderungen an die Abschiebung Verfolgter und an den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft⁴⁵³ erheblich absenkt. Kurze Zeit später ist die Vorschrift allerdings bereits wieder – wenn auch nur geringfügig – geändert worden, um sie an die Reform des Sexualstrafrechts anzupassen⁴⁵⁴. Danach kann von der Anwendung des § 60 Abs. 1 AufenthG bereits dann abgesehen werden, „wenn der Ausländer eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet, weil er wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung, das Eigentum oder wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem

⁴⁴⁹ Vgl. auch BVerfGE 31, 58 (76 f.): „Unabhängig davon kann ein Grundrecht wesensgemäß eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraussetzen, so daß eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlen würde“.

⁴⁵⁰ Vgl. schon BT-Drs. 18/7537, S. 1: „Zudem befördern Ereignisse *wie die in der Silvesternacht 2015/2016* [Hervorhebung durch den Verf.] Ressentiments gegenüber Ausländern und Asylsuchenden, die sich hier rechtstreu verhalten“.

⁴⁵¹ In dieser Silvesternacht wurden insbesondere auf der Kölner Domplatte hunderte Passanten, v.a. Frauen, von Migranten (sexuell) belästigt (vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-01/koeln-silvester-sexuelle-uebergreifung-raub-faq> [zuletzt abgerufen am 27.6.2016]).

⁴⁵² BGBl. I S. 394.

⁴⁵³ Beachte § 3 Abs. 4 AsylG.

⁴⁵⁴ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 (BGBl. I S. 2460).

Jahr verurteilt worden ist, sofern die Straftat mit Gewalt, unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List begangen worden oder eine Straftat nach § 177 des Strafgesetzbuches ist“.

Auch diese neue Ausschlussklausel ist an der GFK zu messen, führt sie doch zu einer Ausnahme vom flüchtlingsrechtlichen Refoulementverbot. Konkreter Bezugspunkt ist dabei, wie auch schon für § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG, der Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK, wie der sich an dieser Vorschrift orientierende Wortlaut deutlich macht⁴⁵⁵. Der ebenfalls eine Abschiebung rechtfertigende Art. 1 F GFK – der in beweistechnischer Hinsicht die geringeren Anforderungen enthält⁴⁵⁶ – scheidet als „Vorbild“ bereits deshalb aus, weil davon ernsthaft nur lit. b) in Betracht käme, der allerdings auf Auslandstaten begrenzt ist, um die es bei § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG nicht geht.

§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wirft eine ganze Reihe von Fragen auf, und zwar sowohl hinsichtlich seiner Auslegung, als auch hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit internationalem Recht sowie letztlich hinsichtlich seiner Zweckmäßigkeit. Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass mit der Einführung der Norm in das AufenthG vorrangig Symbolpolitik betrieben wurde.

1. Auslegung

Für die Auslegung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG stellt es sich als problematisch dar, dass die Gesetzesbegründung kaum konkrete Vorgaben enthält, obwohl durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern zahlreiche neue Tatbestandsmerkmale in das AufenthG eingeführt wurden. Stattdessen begnügt sich die Gesetzesbegründung zumeist damit, den Wortlaut dieser Tatbestandsmerkmale zu wiederholen. Selbiges gilt für die durch dieses Gesetz ebenfalls neu geschaffenen Ausweisungsinteressen aus § 54 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1a AufenthG, die beinahe identische Voraussetzungen

⁴⁵⁵ Diesen Umstand erkennt auch BT-Drs. 18/7537, S. 8 an. Vgl. außerdem *D. Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 22.2.2016 über den Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern, BT-Ausschuss-Drs. 18(4)512 B, S. 6.

⁴⁵⁶ Es genügen bereits „schwerwiegende Gründe“ für die Annahme der jeweiligen Taten.

enthalten⁴⁵⁷. Lediglich die „serienmäßige Begehung von Straftaten gegen das Eigentum“ ist in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG im Gegensatz zu den Ausweisungstatbeständen nicht enthalten und rechtfertigt demnach keine Abschiebung.

Fraglich ist so vor allem, was unter „Straftaten gegen das Eigentum“ zu verstehen sein soll, ist ein solcher Abschnitt dem StGB doch fremd. Auch das Merkmal der „List“ ist im Hinblick auf die zuvor aufgezählten Straftaten klärungsbedürftig. Zuletzt ist auffällig, dass § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG – anders als die bisherigen Ausschlussgründe aus S. 1 und 2 – ein Ermessen beinhaltet („kann“).

a) Erfasste Straftaten

aa) Abstrakte Einordnung entscheidend

§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG setzt zunächst voraus, dass der Ausländer eine Straftat gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder das Eigentum begangen oder Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte geleistet hat. Für die Prüfung muss dabei eine abstrakte Zuordnung der jeweiligen Tat entscheidend sein. Dies erschließt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber bei seiner Begrenzung auf bestimmte Straftaten teilweise die Abschnittsüberschriften des StGB übernommen hat. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, welche Rechtsgüter *im Einzelfall* durch die Straftat verletzt werden, sondern welche Rechtsgüter eine Straftat *abstrakt* zu schützen bestimmt ist. So ist beispielsweise auch ein Betrug (§ 263 StGB), durch den der Täter fremdes Eigentum erhält, keine Straftat gegen das Eigentum, sondern bleibt eine Straftat gegen das Vermögen.

bb) Straftaten gegen das Leben und gegen die körperliche Unversehrtheit

Die Straftaten gegen das Leben sind im sechzehnten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB geregelt (§§ 211 ff. StGB), die Straftaten gegen die körperliche

⁴⁵⁷ Dies gilt insbesondere für das besonders schwerwiegende Ausweisungsinteresse gem. § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG, das ebenfalls die rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verlangt. Demgegenüber reicht für das (nur) schwerwiegende Ausweisungsinteresse aus § 54 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG bereits jegliche Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe.

Unversehrtheit im siebzehnten Abschnitt (§§ 223 ff. StGB). Die fahrlässige Tötung nach § 222 StGB sowie die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB, die generell auch von diesen Abschnitten erfasst wären, können bereits deshalb nicht unter § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG fallen, weil dieser eine *vorsätzliche* Straftat erfordert. Davon abgesehen enthalten die Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit Taten von ganz unterschiedlicher Schwere, wie bereits der Vergleich zwischen Mord (§ 211 StGB) auf der einen und einfacher Körperverletzung (§ 223 StGB) auf der anderen Seite zeigt: Ersterer führt zwingend zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe, letzterer lediglich zu einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder auch nur zu einer Geldstrafe. Das geringste Strafmaß enthalten § 218 Abs. 3 (Schwangerschaftsabbruch durch die Schwangere) und § 218c Abs. 1 StGB (Ärztliche Pflichtverletzung bei einem Schwangerschaftsabbruch); in beiden Fällen werden die Täter/innen mit Freiheitsstrafe von lediglich bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Sobald jedoch der Täter bzw. die Täterin zu einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt wird, können auch bei solchen Taten die Voraussetzungen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG erfüllt sein und eine Abschiebung bzw. ein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft liegen zumindest im Bereich des Möglichen. Ob das mit internationalem Recht vereinbar ist, ist äußerst fraglich, wie weiter unten noch näher aufgezeigt wird⁴⁵⁸.

cc) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung regelt der dreizehnte Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (§§ 174 ff.). Das Sexualstrafrecht hat durch das nach langer Diskussion⁴⁵⁹ verabschiedete Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016⁴⁶⁰ jüngst eine vergleichsweise tiefgreifende Reform durchlaufen, die vor allem den zentralen Straftatbestand des § 177 StGB (neuer Titel: Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung⁴⁶¹) substantiell verän-

⁴⁵⁸ S.u., § 5-V.-2.-a).

⁴⁵⁹ Die Diskussion war ebenfalls maßgeblich durch die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/2016 beeinflusst.

⁴⁶⁰ BGBl. I S. 2460.

⁴⁶¹ Zuvor nur „Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“.

dert hat. Die wichtigsten Änderungen, gerade auch mit Blick auf ihre Auswirkungen auf Abschiebung Verfolgter, sollen im Folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt werden.

Die Reform des Sexualstrafrechts hat primär zum Ziel, den Willen der Opfer sexueller Handlungen stärker zu gewichten⁴⁶². Der Schutz des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung soll nicht mehr davon abhängen, dass das Opfer selbst es gegen den Täter verteidigt oder zu verteidigen versucht⁴⁶³. War es nach § 177 Abs. 1 StGB a.F. noch erforderlich, dass der Täter eine andere Person (1) durch Gewalt, (2) durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder (3) unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung nötigt, reicht es nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. bereits, dass der *erkennbare Wille* des Opfers der sexuellen Handlung entgegensteht⁴⁶⁴. Dieser Wille kann auch konkludent zum Ausdruck gebracht werden⁴⁶⁵. Dadurch wird die „Nein-heißt-Nein-Lösung“ ins StGB integriert und insofern Vorgaben aus Art. 36 der sog. Istanbul-Konvention⁴⁶⁶ Rechnung getragen⁴⁶⁷. Demgegenüber ist in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n.F. aufgrund der in diesen Fällen erhöhten Schutzbedürftigkeit des Opfers die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung umgesetzt⁴⁶⁸.

Die Erweiterung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung hat auch Auswirkungen auf den Straferschwerungsgrund der Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. (vormals § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB a.F.). Da die Vergewaltigung auf den Abs. 1 und 2 aufbaut, ist auch für sie nicht mehr erforderlich, dass der Täter das Opfer durch Gewalt, Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage nötigt⁴⁶⁹.

⁴⁶² BT-Drs. 18/9097, S. 21.

⁴⁶³ BT-Drs. 18/9097, S. 21.

⁴⁶⁴ § 177 Abs. 1 StGB n.F. lautet: „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft“.

⁴⁶⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁴⁶⁶ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011.

⁴⁶⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 21.

⁴⁶⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 25. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. greift Fallkonstellationen des § 179 Abs. 1 StGB a.F. auf, der daher gestrichen wird, BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁴⁶⁹ Zu den Beweggründen BT-Drs. 18/9097, S. 28.

Als neue Straftatbestände sind die §§ 184i („Sexuelle Belästigung“) und 184j („Straftaten aus Gruppen“) StGB eingeführt worden. Der auch als „Grapsch-Paragraf“⁴⁷⁰ bezeichnete § 184i StGB soll Handlungen erfassen, die zwar die sexuelle Selbstbestimmung verletzen, aber mangels Erheblichkeit gem. § 184h Nr. 1 StGB noch keine sexuellen Handlungen darstellen und somit auch nicht unter § 177 Abs. 1 StGB fallen⁴⁷¹. § 184i StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer in sexuell motivierter Weise körperlich berührt und dadurch in seinem Empfinden beeinträchtigt (belästigt)⁴⁷². Der Strafraum von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe orientiert sich am Straftatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB⁴⁷³. Der neue Straftatbestand des § 184j ist die sichtbarste Reaktion auf die Silvesternacht 2015/2016. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird. Der Täter muss also die sexuelle Handlung bzw. Belästigung nicht selbst begehen, sondern er muss lediglich zu der Gruppe gehören, aus der heraus eine solche Tat begangen wird. Da die Straftat nach §§ 177 oder 184i StGB kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur objektive Bedingung der Strafbarkeit sein soll, muss der Täter ihre Begehung nicht in seinen Vorsatz aufgenommen haben; streng genommen muss er gar keine Kenntnis von ihr haben⁴⁷⁴. Der Straftatbestand ähnelt damit dem § 231 StGB, der die Beteiligung an einer Schlägerei unter Strafe stellt. § 184j StGB soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Gruppendynamik ein höheres Gefahrenpotential für das Opfer bedeuten kann, da Gruppenmitglieder, voneinander aufgestachelt, andernfalls bestehende Hemmungen schneller überwinden können⁴⁷⁵. Außerdem sollen wohl Beweisschwierigkeiten überwunden werden, kann es doch gerade bei der Begehung von Straftaten aus der Gruppe hinterher schwierig sein, den eigentlichen Täter zu ermitteln. Angesprochen ist dieses Motiv in der Gesetzesbegründung allerdings nicht. Aufgrund der formellen Subsidiarität des § 184j scheidet

⁴⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 20.

⁴⁷¹ BT-Drs. 18/9097, S. 29.

⁴⁷² BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁴⁷³ BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁴⁷⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁴⁷⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

eine Bestrafung aus diesem Straftatbestand bereits dann aus, wenn sich eine Beihilfe gem. § 27 StGB an Taten des § 177 StGB feststellen lässt⁴⁷⁶.

Etliche andere Straftatbestände des dreizehnten Abschnitts, die keinen direkten sexuellen Kontakt mit dem Opfer erfordern – wie etwa Exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB) oder die Verbreitung pornographischer Schriften (§§ 184 ff. StGB) – werden nur in Ausnahmefällen mit Gewalt, Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List begangen und können daher für die Zwecke dieser Arbeit vernachlässigt werden.

dd) Straftaten gegen das Eigentum

Anders als bei den bisher behandelten Straftaten enthält das StGB keinen eigenen Abschnitt über die von § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ebenfalls erfassten „Straftaten gegen das Eigentum“. *J. Bergmann* zufolge ist darunter insbesondere eine Bestrafung „wegen Diebstahl [und] Unterschlagung (§§ 242-248c StGB), Raub oder Erpressung (§§ 249-256 StGB), Begünstigung [und] Hehlerei (§§ 257-262 StGB), aber auch etwa wegen einer gemeingefährlichen Straftat wie Brandstiftung (§§ 306 ff. StGB) zu fassen“⁴⁷⁷. Diese Einschätzung dürfte aber nur teilweise korrekt sein.

Richtig ist, dass Diebstahl und Unterschlagung (§§ 242-248c StGB) die klassischen Delikte sind, die sich gegen das Eigentum richten⁴⁷⁸, und die der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wohl auch vor Augen hatte. Da in jedem Raub gem. § 249 StGB ein Diebstahl enthalten ist⁴⁷⁹, zählen auch der Raub und seine Qualifikationen (§§ 250-252 StGB) zu den Eigentumsdelikten⁴⁸⁰. Gegen das Eigentum richten sich außerdem vereinzelte Delikte des

⁴⁷⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁴⁷⁷ *J. Bergmann*, in: ders./K. Dienelt, *Ausländerrecht*, Nachtrag zur 11. Aufl. 2016, § 60 AufenthG N 7.

⁴⁷⁸ *A. Eser/N. Bosch*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch* (Fn. 109), § 242 Rn. 1/2 („*Rechtsgut* ist daher jedenfalls das *Eigentum* [Hervorhebungen im Original]“) sowie *dies.*, § 246 Rn. 1 („*Rechtsgut* ist daher hier unstreitig nur das *Eigentum* [Hervorhebungen im Original]“).

⁴⁷⁹ Indes ist der Raub nicht nur ein qualifizierter Diebstahl, sondern ein selbstständiges Delikt; BGH, U. v. 22.3.1968 – 4 StR 53/68 – Rn. 7.

⁴⁸⁰ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 478), § 249 Rn. 1.

siebenundzwanzigsten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB („Sachbeschädigung), namentlich die §§ 303, 305 und 305a Abs. 1 Nr. 1 StGB⁴⁸¹, sowie die einfache Brandstiftung gem. § 306 StGB⁴⁸².

Demgegenüber schützt der vom Diebstahl teilweise schwierig abzugrenzende Betrug (§ 263 StGB)⁴⁸³ nicht das Eigentum, sondern das Vermögen als Ganzes⁴⁸⁴. Der Begriff des Vermögens ist insofern weiter als der des Eigentums, als er beispielsweise auch Forderungen umfasst; die Vermögensdelikte sind andererseits aber insofern enger als die Eigentumsdelikte, als sie einen wirtschaftlichen Schaden erfordern, während auch die mit Zueignungsabsicht erfolgte Wegnahme einer fremden *wertlosen* Sache ein Diebstahl ist⁴⁸⁵. Auch die Erpressung nach § 253 StGB ist kein Eigentumsdelikt, sondern „eine zugleich gegen die persönliche Entscheidungsfreiheit gerichtete Vermögensstraftat“⁴⁸⁶. Somit fallen Betrug und Erpressung nicht unter § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG⁴⁸⁷.

Die von *J. Bergmann*⁴⁸⁸ ebenfalls zu den Eigentumsdelikten gezählten §§ 257-261 StGB (Einundzwanzigster Abschnitt des Besonderen Teils des StGB: Begünstigung und Hehlerei) teilen zwar die Gemeinsamkeit, dass sie an eine rechtswidrige Vortat anknüpfen, sie enthalten jedoch kein einheitliches Schutzgut⁴⁸⁹. Die Vortat ist in den §§ 257, 258 gar nicht und in § 261 StGB nur sehr großflächig näher beschrieben, jedenfalls besteht keine Begrenzung auf Eigentumsdelikte. Dementsprechend schützen auch die Strafandrohungen für die Anschluss-taten nicht das Eigentum, sondern vielmehr die staatliche Rechtspflege sowie gegebenenfalls das Interesse des Opfers der Vortat an der Wiederherstellung des

⁴⁸¹ *W. Stree/B. Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Fn. 109), Vorbemerkungen zu den §§ 303 ff. Rn. 1.

⁴⁸² *Heger* (Fn. 346), § 306 Rn. 1. Die übrigen Brandstiftungsdelikte sind gemeingefährliche Straftaten.

⁴⁸³ Dazu ausführlich *W. Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Fn. 109), § 263 Rn. 63 ff.

⁴⁸⁴ BGH, Beschl. v. 16.8.1961 – 4 StR 166/61 – Rn. 12; *K. Kühl*, in: Lackner/ders., Strafgesetzbuch (Fn. 346), § 263 Rn. 1 f.

⁴⁸⁵ Vgl. nur *R. Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 18. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

⁴⁸⁶ BGH, U. v. 3.6.1964 – 2 StR 143/64 – Rn. 5. Inhaltsgleich U. v. 20.4.1995 – 4 StR 27/95 – Rn. 11 sowie *Kühl* (Fn. 484), § 253 Rn. 1.

⁴⁸⁷ So auch *I. Bauer/S. Beichel-Benedetti*, Das neue Ausweisungsrecht, in: NVwZ 2016, S. 416 (418) sowie *M. Bergmann/C. Hörich*, Besonders schwerwiegende Ausweisungsrechtsfehler – Kritische Anmerkungen zur jüngsten Reform des Ausweisungsrechts, in: ZAR 2016, S. 296 (301)

⁴⁸⁸ *Bergmann* (Fn. 477), § 60 AufenthG N 7.

⁴⁸⁹ *Stree/Hecker* (Fn. 481), Vorbemerkungen zu den §§ 257 ff. StGB, Rn. 1.

früheren Zustands⁴⁹⁰. § 259 StGB verlangt eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat und wird dementsprechend auch selbst als Vermögensdelikt bzw. als abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt bewertet, das sich gegen die Aufrechterhaltung (Perpetuierung) der rechtswidrigen Vermögenslage richtet⁴⁹¹.

Anders als nach der Ansicht von *J. Bergmann* sind daher nur die §§ 242-248c (Diebstahl und Unterschlagung), die §§ 249-252 (Raub und seine Qualifikationen), die §§ 303, 305, 305a Abs. 1 Nr. 1 (Sachbeschädigung; Zerstörung von Bauwerken und Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel) sowie § 306 (Brandstiftung) StGB als „Straftaten gegen das Eigentum“ zu bewerten. Die §§ 303, 305 ff. StGB werden für die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG allerdings nicht weiter relevant, da sie für gewöhnlich nicht mit den dort geforderten Tatmodalitäten begangen werden.

ee) Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte

Zuletzt nennt § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG die Straftat des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Anders als bei den anderen Straftaten ist damit keine Deliktsgruppe gemeint; stattdessen bezieht sich die Ausschlussklausel dem Wortlaut nach einzig auf den gleichermaßen betitelten § 113 StGB. Seitdem der tätliche Angriff gegen Vollstreckungsbeamte durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten vom 23. Mai 2017⁴⁹² aus dem § 113 StGB herausgelöst und im neu gefasste § 114 StGB mit einer höheren Strafandrohung versehen ist, muss aber davon ausgegangen werden, dass auch der § 114 StGB von der Ausschlussklausel erfasst sein soll. Der Gesetzesintention, tätliche Angriffe auf Vollstreckungsbeamte stärker zu sanktionieren⁴⁹³, wäre sonst nicht entsprochen.

Nach § 113 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet. § 113

⁴⁹⁰ BGH, U. v. 21.10.1970 – 2 StR 316/70 – Rn. 7; *Stree/Hecker* (Fn. 481), § 257 Rn. 1; *dies.*, § 258 Rn. 1; *dies.*, § 261 Rn. 2; *Kühl* (Fn. 484), § 257 Rn. 1; *ders.*, § 261 Rn. 1.

⁴⁹¹ *Stree/Hecker* (Fn. 481), § 259 Rn. 1; *Kühl* (Fn. 484), § 259 Rn. 1 jeweils m.w.N.

⁴⁹² BGBl. I S. 1226.

⁴⁹³ BT-Drs. 18/11161, S. 1.

StGB schützt Vollstreckungsbeamte – zu deren prominentesten Vertretern für diese Arbeit sicherlich Polizisten gehören⁴⁹⁴ – bei der Vornahme konkreter Vollstreckungshandlung zur notfalls zwangsweisen Durchsetzung des gesetzlichen Willens⁴⁹⁵. Nach der jüngsten Änderung des § 113 StGB⁴⁹⁶ enthält der Straftatbestand nur noch die Tathandlung des Widerstandleistens mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt, während die Variante des tätlichen Angriffs nunmehr in den neu gefassten § 114 StGB „ausgegliedert“ wurde. Ein Widerstandleisten mit Gewalt setzt den Einsatz materieller Zwangsmittel durch tätiges Handeln gegen den Vollstreckungsbeamten voraus, das geeignet ist, die Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren⁴⁹⁷. Im Unterschied dazu erfordert die Drohung ein Ankündigen der Gewalt, das aber weiterhin darauf ausgerichtet sein muss, die Vollstreckungshandlung zu erschweren bzw. zu verhindern⁴⁹⁸.

Der nunmehr in § 114 StGB geregelte tätliche Angriff wiederum ist jede in feindlicher Willensrichtung unmittelbar auf den Körper des Vollstreckungsbeamten abzielende Tätigkeit ohne Rücksicht auf ihren Erfolg⁴⁹⁹. Anders als in § 113 StGB ist für den tätlichen Angriff kein Bezug zu einer konkreten Vollstreckungshandlung mehr erforderlich, sondern es werden „auch schon tätliche Angriffe auf Vollstreckungsbeamte, die lediglich allgemeine Diensthandlungen wie Streifenfahrten oder -gänge, Befragungen von Straßenpassanten, Radarüberwachungen, Reifenkontrollen, Unfallaufnahmen, Beschuldigtenvernehmungen und andere

⁴⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11161, S. 8: „Daher verdienen gerade Polizisten [...] einen besonderen Schutz“. Näher zum geschützten Personenkreis *A. Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Fn. 109), § 113 Rn. 7 ff.

⁴⁹⁵ BGH, U. v. 30.4.1974 – 4 StR 67/74 – Rn. 5: „Vollstreckungshandlung in diesem Sinne ist jede Handlung einer dazu berufenen Person, welche die Verwirklichung des (die Regelung eines bestimmten Falles anstrebenden,) nach Umfang und Inhalt durch das Gesetz oder die in § 113 StGB bezeichneten Staatsorgane bestimmten und begrenzten, notfalls zwangsweise durchsetzbaren Staatswillens bezweckt“.

⁴⁹⁶ Durch das Zweiundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften vom 23.5.2017, BGBl. I S. 1226.

⁴⁹⁷ Vgl. *Paeffgen* (Fn. 503), § 113 Rn. 21 ff.; *Eser* (Fn. 494), § 113 Rn. 42.

⁴⁹⁸ *Eser* (Fn. 494), § 113 Rn. 45.

⁴⁹⁹ RGSt 59, 264 (265).

bloße Ermittlungstätigkeiten vornehmen, unter Strafe gestellt“⁵⁰⁰. Im Vordergrund steht hier daher der Schutz der Person des Vollstreckungsbeamten⁵⁰¹.

Sowohl für das Widerstandleisten als auch für den tätlichen Angriff kommt es – anders als im Falle der Nötigung nach § 240 StGB – nicht auf einen Nötigungserfolg an, sodass es sich bei § 113 StGB um ein sog. unechtes Unternehmensdelikt handelt⁵⁰². Unter Strafe gestellt sind daher auch erfolglose Widerstandsleistungen bzw. tätliche Angriffe. Der geschützte Personenkreis wird durch die Analogisierungsregel des § 115 StGB (vormals § 114 StGB) noch erweitert⁵⁰³.

b) Versuchte Einschränkung der Ausnahmeklausel durch Benennung konkreter Tatmodalitäten

aa) Anwendung von Gewalt, Drohung oder List oder Straftat nach § 177 StGB

Begeht ein Ausländer eine der zuvor genannten Straftaten, so reicht das allein für die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG noch nicht aus. Erforderlich ist zusätzlich, dass die Straftat mit Gewalt, unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List begangen worden oder eine Straftat nach § 177 des Strafgesetzbuches ist.

Das Verständnis des Begriffs der Gewalt im Sinne des StGB hat eine wechselhafte Geschichte hinter sich, die vor allem die Frage betraf, inwiefern dem Begriff ein Körperlichkeitselement immanent ist⁵⁰⁴. Auch weiterhin wird um die

⁵⁰⁰ BT-Drs. 18/11161, S. 9. Die damit einhergehende Verschärfung war eines der Ziele der Reform, da gerade Polizisten, die allgemeine Diensthandlungen ausführten, mangels entsprechender Schutzmöglichkeiten besonders schützenswert seien (vgl. BT-Drs. 18/11161, S. 10). Eine Bestrafung wegen Körperverletzungsdelikten wird vom Gesetzgeber in diesen Situationen als nicht ausreichend erachtet (vgl. BT-Drs. 18/11161, S. 8).

⁵⁰¹ Eser (Fn. 494), § 113 Rn. 46 f.

⁵⁰² Paeffgen (Fn. 503), § 113 Rn. 19; Eser (Fn. 494), § 113 Rn. 2.

⁵⁰³ U. Paeffgen, in: U. Kindhäuser/U. Neumann/ders., Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 114 Rn. 3; BT-Drs. 18/11161, S. 9.

⁵⁰⁴ Zur Entwicklung des Gewaltbegriffs Paeffgen (Fn. 503), § 113 Rn. 21 ff.; A. Eser/J. Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Fn. 109), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 7 ff. sowie R. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 23 Rn. 2 ff.

richtige Auslegung gestritten⁵⁰⁵. Nach den jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit von Sitzblockaden⁵⁰⁶ wird darunter aber weitgehend jede körperliche Tätigkeit verstanden, durch die ein physischer Zwang auf das Opfer ausgeübt wird⁵⁰⁷; eine besondere Kraftentfaltung ist dafür nicht erforderlich⁵⁰⁸. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Gewaltbegriff derartig auch für die Zwecke des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG verstanden wissen will⁵⁰⁹.

Weniger umstritten sind die Begriffe der Drohung und der List. Als Drohung bezeichnet man das Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Täter Einfluss zu haben vorgibt⁵¹⁰. Anders als bei der Variante der Gewalt soll das angedrohte Übel also in der Zukunft liegen und wird dem Opfer nicht bereits gegenwärtig zugefügt⁵¹¹. Entsprechend der Konkretisierung in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG (Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben) muss das angedrohte Übel in einer Gefahr für Leib oder Leben bestehen. Diese Konkretisierung entspricht weitestgehend der Formulierung in § 249 Abs. 1 StGB. Dort allerdings wird die Drohung mit einer *gegenwärtigen* Gefahr für Leib oder Leben verlangt, wohingegen § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG das Kriterium der Gegenwärtigkeit nicht enthält. Gleichwohl wird man gerade aufgrund des Ausnahmecharakters des § 60 Abs. 8

⁵⁰⁵ Vgl. dazu die umfangreiche Aufzählung der verschiedenen Positionen bei *Heger* (Fn. 346), § 240 Rn. 10.

⁵⁰⁶ BVerfGE 104, 92; BVerfG, Kammerbeschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05. Mit diesen beiden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs (BGHSt 41, 182) gebilligt. Danach stellt zwar eine Sitzblockade keinen physischen Zwang für den ersten ankommenden Fahrzeugführer dar, weshalb darin auch keine Nötigung liegt. Der zweite ankommende Fahrzeugführer ist jedoch durch den Stopp des ersten bereits physisch beeinträchtigt, womit eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft bejaht werden kann. Kritisch dazu *Eser/Eisele* (Fn. 504), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 10b. Die Strafbarkeit von Demonstrationen nach § 240 StGB ist bereits zuvor in zwei richtungsweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts behandelt worden. In BVerfGE 73, 206 – *Sitzblockade I* hatte das Bundesverfassungsgericht in dem sog. vergeistigten Gewaltbegriff, der auch psychisch wirkenden Zwang genügen lässt, keinen Verfassungsverstoß erblicken können. Diese Rechtsprechung hat es jedoch in BVerfGE 92, 1 – *Sitzblockade III* geändert, was in letzter Konsequenz zum heute herrschenden Gewaltbegriff geführt hat.

⁵⁰⁷ *Rengier*, Strafrecht BT II (Fn. 504), § 23 Rn. 23; vgl. auch VG Düsseldorf, U. v. 15.4.2016 – 7 K 8068/15 – Rn. 60.

⁵⁰⁸ Anders noch der ursprünglich vom Reichsgericht vertretene Gewaltbegriff; siehe *Eser/Eisele* (Fn. 504), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 7 m.w.N.

⁵⁰⁹ Die Gesetzesbegründung schweigt dazu.

⁵¹⁰ BGH, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81 – Rn. 17 f.; *Eser/Eisele* (Fn. 504), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 30 f.; *Rengier*, Strafrecht BT II (Fn. 504), § 23 Rn. 39.

⁵¹¹ *Eser/Eisele* (Fn. 504), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 37.

S. 3 AufenthG und dessen Rückgriff auf Normen des StGB verlangen müssen, dass auch dort die Drohung bereits eine gegenwärtige Zwangswirkung hat⁵¹².

Das Merkmal der List nimmt im StGB keine so prominente Stellung ein wie die Begriffe der Gewalt und der Drohung. Es spielt lediglich für die Straftaten gegen die persönliche Freiheit eine Rolle (§§ 232 Abs. 4, 234 Abs. 1, 234a Abs. 1, 235 Abs. 1 Nr. 1 und 237 Abs. 2 StGB), die in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG aber gerade nicht genannt werden⁵¹³. List umschreibt ein Verhalten, das darauf abzielt, unter geflissentlichem und geschicktem Verbergen der wahren Zwecke oder Mittel die Ziele des Täters durchzusetzen⁵¹⁴.

Die mit der Sexualstrafrechtsreform⁵¹⁵ eingefügte Erweiterung, dass die zuvor bezeichnete Straftat „eine Straftat nach § 177 des Strafgesetzbuches ist“, war nötig geworden, um die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG an die Reform des Sexualstrafrechts anzugleichen⁵¹⁶. Denn auch für § 177 StGB n.F. ist es ja nun gerade nicht mehr erforderlich, dass der Täter beispielsweise mit Gewalt gehandelt hat; entscheidend ist stattdessen allein der (erkennbare) Wille des Opfers („Nein-heißt-Nein“-Lösung)⁵¹⁷. Will man Sexualstraftaten auch mit den Mitteln des Ausländerrechts ahnden, ist die Anpassung durchaus verständlich. Freilich wird der ohnehin schon komplizierte Gesetzeswortlaut des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG dadurch nur noch umständlicher. Betont werden muss außerdem, dass nach der Gesetzeskonzeption von den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung auch weiterhin nicht etwa nur § 177 StGB von § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG erfasst wird. Andere Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung – wie etwa die des sexuellen Missbrauchs nach §§ 174-176b StGB – können ohne Weiteres mit Gewalt, unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List begangen werden.

⁵¹² Vgl. *Eser/Eisele* (Fn. 504), Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 37. Ob in der Formulierung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG eine bewusste Abkehr von der des § 249 Abs. 1 StGB bezweckt ist oder ob das Auslassen der Gegenwartigkeit nur ein Versehen ist, kann nicht sicher gesagt werden, da die Gesetzesbegründung auch dazu keine Aussage enthält.

⁵¹³ Kritisch daher *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 300.

⁵¹⁴ BGH, U. v. 21.2.1984 – 1 StR 829/83 – Rn. 11; *Heger* (Fn. 346), § 234 Rn. 2.

⁵¹⁵ BGBl. I S. 2460.

⁵¹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 33.

⁵¹⁷ Dazu näher oben, § 5-B.-V.-1.-a)-cc).

bb) Kaum einschränkende Wirkung

Das Ziel, durch Benennung bestimmter Tatmodalitäten den Tatbestand des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wieder einzugrenzen, wird kaum erfüllt. Dazu sind die Tatmodalitäten schlicht zu umfassend formuliert.

Bei den Straftaten gegen das Leben sowie die körperliche Unversehrtheit und beim Widerstand bzw. tätlichen Angriff gegen Vollstreckungsbeamte wird keine Einschränkung erreicht, da diese Delikte ohnehin – jedenfalls in den allermeisten Fällen⁵¹⁸ – mit Gewalt oder mit Drohung für Leib oder Leben begangen werden. Gleiches gilt für das Eigentumsdelikt des Raubes nach § 249 StGB, das die Tatmodalitäten sogar ausdrücklich als Tatbestandsmerkmale enthält⁵¹⁹. Es bleiben dann von vornherein nur die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die Eigentumsdelikte mit Ausnahme des Raubes, die überhaupt eine Beschränkung erfahren können.

Von den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist der Straftatbestand des sexuellen Übergriffs, der sexuellen Nötigung bzw. der Vergewaltigung (§ 177 StGB) nach der Anpassung des AufenthG an die Sexualstrafrechtsreform in jedem Fall erfasst. Darauf soll somit scheinbar das Hauptaugenmerk gerichtet werden. Darüber hinaus wird aber beispielsweise auch der neu eingefügte § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) in Zukunft unter § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG fallen. Dieser setzt voraus, dass das Opfer durch eine Gruppe „bedrängt“ wird, was nach der Gesetzesbegründung vorliegen soll, wenn das Opfer von der Gruppe mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert wird⁵²⁰. Dann ist die Straftat aber zwangsläufig mit einer körperlichen Zwangswirkung verbunden und wird somit mit Gewalt begangen.

Etwas anderes gilt für die ebenfalls neu eingefügte Sexuelle Belästigung gem. § 184i StGB, erfasst diese doch gerade sexuelle „Berührungen“, die nicht die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB erreichen⁵²¹. In diesen Fällen wird

⁵¹⁸ Für §§ 113, 114 StGB kommt es mehr auf das Zwangsmittel als auf die Zwangswirkung an, vgl. *Eser* (Fn. 494), § 113 Rn. 42. Daher mag es hier Fälle geben, in denen keine Gewalt i.S.d. § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG vorliegt.

⁵¹⁹ So auch *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 487), S. 417 („redundante Forderungen“); *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 299 („kaum eigenständige Bedeutung“).

⁵²⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁵²¹ Zur näheren Abgrenzung BT-Drs. 18/9097, S. 31.

deshalb in den wenigsten Fällen die Straftat mit Gewalt oder durch Drohung mit einer Gefahr für *Leib oder Leben* begangen werden. Relevant werden könnte in diesen Fällen jedoch das Merkmal der List.

Innerhalb der Eigentumsdelikte gibt es Tatbestände, die keine Wegnahme voraussetzen (relevant erscheinen vor allem §§ 246 und 248c StGB). Diese Straftaten können somit jedenfalls abstrakt mit Gewalt oder Drohung begangen werden, ohne dass dadurch ein Raub vorliegen würden, sodass die Tatmodalitäten hier eine beschränkende Auswirkung haben würden⁵²². Besonders praxisrelevant erscheinen diese Fälle jedoch nicht. Schwer vorstellbar erscheint auch der Fall, dass eine Sachbeschädigung oder eine Brandstiftung mit Gewalt oder durch Drohung begangen wird; durch diese Tatmodalitäten werden allenfalls Begleittaten gekennzeichnet sein. Folglich könnte für die Eigentumsdelikte dem Merkmal der List eine eigenständige Bedeutung als einschränkendes Instrument zukommen⁵²³. Erfasst wäre dann beispielsweise nur der „Trickdiebstahl“, nicht aber der „normale“ Diebstahl⁵²⁴. Das Merkmal der „List“ weist jedoch (wie schon angesprochen) insofern Probleme auf, als es für die von § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG erfassten Delikte strafrechtlich irrelevant ist. Typisch, wenngleich auch hier nicht Tatbestandsmerkmal, erscheint es eher für den Betrug (§ 263 StGB), der als Vermögensdelikt aber gerade nicht unter § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG fällt⁵²⁵. *Bauer* und *Beichel-Benedetti* weisen daher zu Recht darauf hin, dass es fraglich erscheint, ob die Strafurteile – die aber Grundlage für eine Abschiebung nach § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG sind – überhaupt hinreichende Feststellungen beinhalten, um Rückschlüsse auf ein „listiges“ Vorgehen zu ziehen⁵²⁶. Eine eigenständige Sachverhaltsermittlung durch die Ausländerbehörden bzw. das BAMF erscheint jedoch mangels erforderlicher Ressourcen allein schon aus Praktikabilitätsgründen schwierig. Daher dürfte es, wie *M. Bergmann* und *Hörich* feststellen, tatsächlich eher vom Zufall abhängen, ob das Merkmal der List ermittelt werden kann⁵²⁷.

⁵²² *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 299.

⁵²³ Soweit *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 300 darauf hinweisen, dass die „List“ auch beim hinterlistigen Überfall nach § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB von Bedeutung sein kann, ist daran zu erinnern, dass die Körperverletzung ohnehin mit Gewalt begangen wird.

⁵²⁴ *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 487), S. 417.

⁵²⁵ *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 300.

⁵²⁶ *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 487), S. 417; dem folgen auch *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 300.

⁵²⁷ *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 300.

Zusammenfassend führt die Benennung einzelner Tatmodalitäten in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG kaum zu einer Einschränkung der erfassten Straftaten. Die Merkmale der Gewalt, der Drohung sowie der Begehung nach § 177 StGB sind größtenteils redundant, während das Merkmal der List erhebliche praktische Probleme aufwirft.

c) Rechtskräftige Verurteilung zu mindestens einjähriger Freiheits- oder Jugendstrafe wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten

§ 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG erfordert die rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens. Demgegenüber stellt § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG in jeglicher Hinsicht weniger strenge Anforderungen auf.

Der offensichtlichste Unterschied besteht in der Länge der Haftstrafe, die bei § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG nur eine Mindestdauer von einem Jahr haben muss. Ausdrücklich erfasst ist davon auch die Verurteilung zu einer Jugendstrafe, was das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen von S. 1 noch abgelehnt hatte. Der Begriff der „Freiheitsstrafe“ sei dort technisch zu verstehen⁵²⁸. Des Weiteren führt die Verkürzung der Mindesthaftstrafe auf ein Jahr dazu, dass – wie durch die Gesetzesbegründung ausdrücklich vorgesehen⁵²⁹ – auch Bewährungsstrafen zu einer Abschiebung bzw. zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft (§ 3 Abs. 4 AsylG) führen können. Bei einer Mindesthaftstrafe von drei Jahren ist dies hingegen nicht möglich, da § 56 Abs. 2 StGB Bewährungsstrafen nur für eine Haftdauer von bis zu zwei Jahren erlaubt.

Zuletzt ergibt sich durch einen Vergleich der jeweiligen Formulierung eine wesentliche Erleichterung gegenüber der bisherigen Rechtslage dadurch, dass es für den Ausschluss nach § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG auch schon ausreicht, dass die mindestens einjährige Haftstrafe durch Bildung einer Gesamtstrafe (§ 54 StGB) zustande gekommen ist, was das Bundesverwaltungsgericht für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG erst jüngst noch ausgeschlossen hatte⁵³⁰. Während nämlich § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG eine Verurteilung wegen *eines* Verbrechens oder besonders schweren Vergehens erfordert, reicht für S. 3 bereits die Verurteilung

⁵²⁸ BVerwGE 112, 180 (182 ff.).

⁵²⁹ BT-Drs. 18/7537, S. 9.

⁵³⁰ BVerwGE 146, 31 (36 f. Rn. 13 ff.).

wegen einer *oder mehrerer* vorsätzlicher – im Einzelnen näher beschriebener – Straftaten aus⁵³¹. Ungeachtet des Schweigens der Gesetzesbegründung zu dieser Frage ist nicht anzunehmen, dass die abweichende Formulierung lediglich Zufall ist.

d) Gefahr für die Allgemeinheit

Auch im Rahmen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ist mit der Freiheits- oder Jugendstrafe kein automatischer Ausschluss bzw. keine automatische Abschiebung verbunden, sondern die Haftstrafe ist lediglich Anlass für die Prüfung, ob der Ausländer eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet. Diese Voraussetzung ist durch Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK auch zwingend vorgeschrieben. Dementsprechend muss die zuständige Behörde das Bestehen einer Wiederholungsgefahr prüfen. Diesbezüglich kann auf die zu § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG getätigten Aussagen verwiesen werden⁵³².

e) Ermessen

Anders als die bisher normierten Ausschlussgründe enthält § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen für die Behörden⁵³³: Von der Anwendung des § 60 Abs. 1 AufenthG *kann* bei Vorliegen der Voraussetzungen abgesehen werden. Unklar ist jedoch, was die Behörden innerhalb des Ermessens beachten bzw. prüfen müssen. Hinweise darauf finden sich lediglich in der Gesetzesbegründung zur Sexualstrafrechtsreform. Danach muss für den Ausschluss nach § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG das öffentliche Interesse an der Ausreise mit dem Interesse des Ausländers, nicht in seinen Herkunftsstaat ausreisen zu müssen, abgewogen werden⁵³⁴. Die Ermessensprüfung läuft dann auf eine Einzelfallabwägung der vom Ausländer ausgehenden Gefahr mit den Verfolgungsgründen hinaus, die von Art. 33 Abs. 2 sowie Art. 1 F GFK – wie oben beschrieben⁵³⁵ – gerade nicht vorgeschrieben wird.

⁵³¹ Vgl. BVerwGE 146, 31 (36 f. Rn. 13).

⁵³² S.o., § 5-B.-II.-1.-b)-bb).

⁵³³ BT-Drs. 18/7537, S. 9: „Hinsichtlich des neuen Ausschlussgrundes findet kein automatischer Ausschluss statt. Vielmehr ist eine Ermessensentscheidung vorzunehmen“.

⁵³⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 33.

⁵³⁵ § 5-B.-IV.

2. Kritische Würdigung

Der 2016 neu eingeführte Ausschlussgrund des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wird bisher größtenteils kritisch beurteilt, und dies zu Recht. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Schwere der Straftat ist die Norm in vielerlei Hinsicht fehlerhaft konzipiert und in dieser Form auch nicht geeignet, ihren vorgelieblichen Zweck der Gefahrenabwehr zu erfüllen.

a) Vereinbarkeit mit internationalen Vorgaben: Vorliegen einer besonders schweren Straftat

Wie im Rahmen der Untersuchung des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG ausführlich dargestellt, verlangt die internationale Vorgabe aus Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK eine sowohl abstrakt als auch konkret besonders schwerwiegende Straftat⁵³⁶. Maßgeblich für die Beurteilung ist zunächst – obwohl es sich bei der GFK um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt – die nationale Einordnung, dient doch Art. 33 Abs. 2 GFK den Schutzinteressen des Aufnahmestaates⁵³⁷. Trotz des den Vertragsstaaten zustehenden Umsetzungsspielraums⁵³⁸ weist § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG in beiden Kategorien Probleme auf, d.h. sowohl hinsichtlich der abstrakten als auch hinsichtlich der konkreten Schwere.

aa) Abstrakte Schwere der Straftat

Darüber, für wie schwerwiegend der Gesetzgeber eine Straftat abstrakt erachtet, gibt der Strafrahmen Auskunft. Eine abstrakt besonders schwerwiegende Straftat liegt in jedem Falle dann vor, wenn sie eine Höchstfreiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren vorsieht. Beträgt die Höchstfreiheitsstrafe fünf Jahre, so muss es sich um ein besonders bedeutendes Rechtsgut handeln, damit der mittlere Kriminalitätsbereich verlassen ist. Ein Indiz dafür ist eine erhöhte Mindeststrafe. Liegen diese zusätzlichen Kriterien nicht vor oder beträgt die Höchstfreiheitsstrafe we-

⁵³⁶ S.o., § 5-B.-II.-1.-b)-aa).

⁵³⁷ Innerhalb der Unions-Mitgliedstaaten hat sich bisher keine einheitliche Auslegung der „besonders schweren Straftat“ i.S.d. Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL herausgebildet: Vgl. die Untersuchung in *European Council on Refugees and Exiles*, Impact (Fn. 87), S. 174 ff.

⁵³⁸ *Gilbert*, Issues (Fn. 95), S. 450; *Thym*, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, EU-Recht (Fn. 70), S. 12; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 109c (2016).

niger als fünf Jahren, handelt es sich in abstrakter Hinsicht nicht um eine besonders schwere Straftat und eine Ausnahme vom Refoulementverbot unter Berufung auf Art. 33 Abs. 2 GFK ist nicht möglich⁵³⁹. Nach diesem Verständnis müssen zahlreiche in den Katalog des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG aufgenommene Straftaten aus dem Anwendungsbereich der Ausschlussklausel ausscheiden⁵⁴⁰.

Innerhalb der Straftaten gegen das Leben sind von der Einschränkung in jedem Fall ein Großteil der Delikte des Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218 ff. StGB) betroffen, die bereits keine Höchstfreiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren vorsehen. Eine (genau) fünfjährige Höchstfreiheitsstrafe beinhalten hingegen die Tötung auf Verlangen nach § 216 Abs. 1, der Schwangerschaftsabbruch in einem besonders schweren Fall nach § 218 Abs. 2 StGB sowie die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 StGB. Die Strafnormen schützen das elementare Rechtsgut Leben, sodass auch die in diesem Fall erforderliche, oben beschriebene zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist, zumal alle Delikte auch eine erhöhte Mindeststrafe beinhalten. Indes wird jedenfalls im Falle von §§ 216 und 218 StGB vielfach das Kriterium der Wiederholungsgefahr nicht vorliegen und die Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG daher aus anderem Grunde ausscheiden. Außerdem erscheint es fraglich, ob der Gesetzgeber mit der Einführung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wirklich Täter der §§ 216, 218 ff. StGB im Blick hatte.

Von den Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit ist die Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB) aufgrund des Strafrahmens keine abstrakt besonders schwerwiegende Straftat. Schwieriger ist die Beurteilung für die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB. Die Norm sieht eine Höchstfreiheitsstrafe von fünf Jahren ohne erhöhte Mindeststrafe vor. Angesichts des geschützten Rechtsgutes – körperliche Integrität – muss sie dennoch abstrakt in den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK fallen. *Thym* stellt richtig fest, dass „die sexuelle Selbstbestimmung und der Gewalteinsatz zentrale Wertentscheidungen im heutigen Westeuropa berühren“⁵⁴¹. Bei der Verurteilung wegen einer nur einfachen Körperverletzung ist jedoch auf der nächsten Stufe die konkrete Schwere sorgfältig zu untersuchen. Deren Annahme darf kein „Selbstläufer“ sein, erfüllt doch beispielsweise auch eine Ohrfeige bereits den Tatbestand des

⁵³⁹ Näher zur Entwicklung dieser Einteilung oben, § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(ii).

⁵⁴⁰ Weniger streng *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 109d (2016). Strafmilderungen, die das StGB für minder schwere Fälle vorsieht, werden im Folgenden ausgeklammert.

⁵⁴¹ *Thym*, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415.

§ 223 Abs. 1 StGB (wobei dann regelmäßig keine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe erfolgen wird). Auf der anderen Seite wird beim Einsatz schwerer Gewalt in vielen Fällen bereits einer der Tatbestände der §§ 224 ff. StGB erfüllt sein, die unzweifelhaft auch abstrakt besonders schwer wiegen. Die einfache Körperverletzung kann daher nur in Ausnahmefällen das für ein Absehen vom Refoulementverbot erforderliche Gewicht erreichen.

Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung enthalten eine Vielzahl von Delikten, die eine Höchstfreiheitsstrafe von (genau) fünf Jahren vorsehen⁵⁴². Angesichts der Bedeutung des geschützten Rechtsguts stellen jedoch auch sie – wie die einfache Körperverletzung – abstrakt besonders schwerwiegende Straftaten dar, und zwar unabhängig davon, ob sie eine erhöhte Mindeststrafe vorsehen, was jedoch ohnehin auf fast alle zutrifft⁵⁴³. Die Straftaten mit geringerer Höchststrafe scheiden jedoch aus⁵⁴⁴; hervorzuheben sind davon die erst 2016 eingeführten §§ 184i Abs. 1 (sexuelle Belästigung) und 184j (Straftaten aus Gruppen), die somit für das Abschiebungsrecht keine Bedeutung haben⁵⁴⁵. Ohnehin wird eine Vielzahl der so betroffenen Delikte – wie beispielsweise die Ausübung verbotener oder jugendgefährdender Prostitution nach §§ 184g, 184h StGB – zumeist nicht mit den für § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG erforderlichen Tatmodalitäten begangen werden und macht es auch hier den Eindruck, als habe der Gesetzgeber, der auf die Vorkommnisse in der Silvesternacht 2015/2016 reagieren wollte, diese Straftaten schon gar nicht im Blick gehabt.

Von den oben⁵⁴⁶ näher umgrenzten Straftaten gegen das Eigentum sind die Unterschlagung (§ 246 StGB), der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248b StGB) sowie die Sachbeschädigung (§ 303 StGB) wegen des geringen Strafrahmens vom Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel ausgeschlossen. Der einfache Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB, die Entziehung elektrischer Energie (§ 284c StGB), die Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB) sowie die Zerstörung wichtiger Bauwerke (§ 305a StGB) sehen Höchstfreiheitsstrafe von fünf

⁵⁴² §§ 174 Abs. 1, 2; 174a; 174b; 174c; 176 Abs. 4, 5; 177 Abs. 1, 2; 180 Abs. 2, 3; 181a Abs. 1; 182 Abs. 1, 2; 184b Abs. 1; 184c Abs. 2; 184i Abs. 2 StGB.

⁵⁴³ Von den in Fn. 542 genannten Straftaten beinhaltet nur § 182 Abs. 1, 2 StGB keine erhöhte Mindeststrafe.

⁵⁴⁴ §§ 174 Abs. 3; 180 Abs. 1; 180a; 181a Abs. 2; 182 Abs. 3; 183; 183a; 184; 184a; 184b Abs. 3; 184c Abs. 1; 184f; 184g; 184i Abs. 1; 184j.

⁵⁴⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 32 sieht Auswirkungen der Sexualstrafrechtsreform auf das Flüchtlingsrecht auch nur mit Blick auf § 177 StGB vor.

⁵⁴⁶ § 5-B.-V.-1.-a)-dd).

Jahren vor, wobei letztere drei bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG fallen werden, weil sie im Regelfall nicht mit den dafür erforderlichen Tatmodalitäten begangen werden. Der Ausschluss muss jedoch auch für den Diebstahl gelten, obgleich davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber diesen mit den „Straftaten gegen das Eigentum“ eigentlich im Blick hatte. Das Rechtsgut Eigentum hat keinen mit den zuvor beurteilten Rechtsgütern der körperlichen Unversehrtheit sowie der sexuellen Selbstbestimmung vergleichbaren Rang⁵⁴⁷. § 242 Abs. 1 StGB sieht auch keine erhöhte Mindeststrafe vor, sodass von den oben beschriebenen zusätzlichen Kriterien, die bei einer Höchstfreiheitsstrafe von (genau) fünf Jahren erforderlich werden, keines erfüllt ist. Für das Ausscheiden des einfachen Diebstahls spricht zusätzlich, dass auch nach gemeinem Sprachgebrauch kaum jemand auf die Idee käme, von ihm als besonders schwerer Straftat zu sprechen. Im Gegenteil ist der einfache Diebstahl geradezu der Prototyp des Alltagsdelikts⁵⁴⁸.

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB ist lediglich mit höchstens dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht und wiegt damit abstrakt nicht besonders schwer⁵⁴⁹. Demgegenüber sieht § 113 Abs. 2 StGB einen höheren Strafrahmen vor und benennt dafür drei Regelbeispiele⁵⁵⁰. Unbeschadet des Umstandes, dass es sich nicht um einen Qualifikationstatbestand, sondern lediglich

⁵⁴⁷ Vgl. auch *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 301: „Gleichwohl stellt der Gesetzgeber dies explizit den mit Gewalt oder unter Androhung von Gefahren für Leib oder Leben begangenen Taten gleich, deren deutlich erhöhter Unrechtsgehalt klar erkennbar [Hervorhebung durch den Verf.] ist“.

⁵⁴⁸ Wie hier *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 14 im Bezug auf Art. 1 F lit. b) GFK, der ebenfalls eine schwere Straftat voraussetzt; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, EU-Recht (Fn. 70), S. 33. Kritisch auch *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 301. Vgl. außerdem *Deutscher Anwaltverein* (DAV), Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 19.2.2016, S. 8. A.A. wohl *Gilbert*, Issues (Fn. 95) S. 450, der nach dem Wert der gestohlenen Sache differenziert. Auch diejenigen Kommentatoren, die sich allgemein damit auseinandersetzen, welche Straftaten unter Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK fallen können, zählen den einfachen Diebstahl nicht dazu, ohne ihn jedoch explizit abzulehnen. Als typischerweise erfasste „Kapitalverbrechen“ werden hingegen genannt Mord und Totschlag, Vergewaltigung, Kindesmissbrauch, Brandstiftung, Drogenhandel sowie bewaffneter Raub: *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 33 Ziff. 9; *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 8; *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 349; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 33, para. 2 Rn. 101; *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 227 (2011).

⁵⁴⁹ So i.E. auch *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, EU-Recht (Fn. 70), S. 34.

⁵⁵⁰ Durch das Änderungsgesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften vom 23.5.2017 (BGBl. I S. 1226) ist § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB neu

um eine Strafzumessungsregel handelt, lässt sich die besondere Schwere aufgrund der Wichtigkeit des Rechtsguts – Funktionsfähigkeit staatlicher Vollstreckungsorgane – sowie der erhöhten Mindeststrafe bejahen. Außerdem muss nunmehr, entsprechend dem durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften⁵⁵¹ zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, auch der tätliche Angriff gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 114 StGB als abstrakt besonders schwere Straftat betrachtet werden. Er enthält eine Strafandrohung von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe und damit eine erhöhte Mindeststrafe. Zudem ist nach der Gesetzesbegründung der Schutz von Vollstreckungsbeamtinnen und -beamten sowie von Rettungskräften ein „wichtiges Anliegen“; bei tätlichen Angriffen würden diese nicht als Privatpersonen, sondern als „Repräsentanten der staatlichen Gewalt“ angegriffen⁵⁵².

Dem Argument des Deutschen Anwaltvereins, eine Straftat nach § 113 (a.F.) StGB verbiete von vornherein einen Rückschluss auf eine Gefahr für die Allgemeinheit⁵⁵³, kann nicht gefolgt werden: Wenn auch die Tat des § 113 StGB sich gegen einen Vollstreckungsbeamten richtet, mag sich daraus ganz allgemein eine Gewaltbereitschaft oder auch nur die Einstellung des Täters ableiten lassen, sich an bestehende Regeln und Gesetze nicht zu halten. Ohnehin wird es auf Einzelheiten hier aber selten ankommen, da in schwerwiegenderen Fällen vielfach auch eine Körperverletzung vorliegen wird.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach der hier befürworteten Definition der abstrakt besonders schwerwiegenden Straftat zwar viele Delikte aus dem Katalog des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG hinausfallen, es sich dabei aber zumeist um solche handelt, die der Gesetzgeber wohl ohnehin nicht im Blick hatte. Etwas anderes gilt für den einfachen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB sowie den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 Abs. 1 StGB, deren durchaus plakative Aufnahme in den § 60 Abs. 8 AufenthG mit Blick auf die internationalen Vorgaben aus der GFK verfehlt ist.

gefasst worden und erfordert nun keine Absicht mehr, die Waffe oder das gefährliche Werkzeug auch zu verwenden. Ausschlaggebend für die Änderung war, dass nach der Ansicht des Gesetzgebers die Schwere der Rechtsgutsverletzung vergleichbar mit der eines Diebstahls mit Waffen sei (BT-Drs. 18/11161, S. 9). Neu eingefügt wurde außerdem das Regelbeispiel des Abs. 2 S. 2 Nr. 3.

⁵⁵¹ BGBl. 2017 I S. 1226.

⁵⁵² BT-Drs. 18/11161, S. 1.

⁵⁵³ DAV, Stellungnahme (Fn. 548), S. 11.

Die hier favorisierte Einschränkung der Ausnahmeklausel führt nicht zu einer unsachgemäßen Behinderung effektiver Behördenarbeit. Zum einen existieren vielfach Qualifikationen zu den von § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG in den Blick genommenen Delikten, die eine mehr als fünfjährige Höchstfreiheitsstrafe vorsehen (vgl. nur § 244 StGB) und damit ein Absehen vom Refoulementverbot in solchen Fällen, die auch konkret besonders schwer wiegen, weiterhin ermöglichen. Zum anderen kommt auch bei den Straftaten, die nicht besonders schwer wiegen, eine Ausweisung in Betracht, die ohnehin – aufgrund des komplementären Abschiebungsschutzes⁵⁵⁴ – in einem Großteil der Fälle die gleiche Wirkung hat wie die Annahme des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG. Letzterer geht aber eben auf Art. 33 Abs. 2 GFK zurück, der nur als *ultima ratio* angewandt werden kann und daher Ausnahmefällen vorbehalten bleiben muss.

bb) Konkrete Schwere der Straftat

Bei der Frage, ob § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG den internationalen Vorgaben an die *konkrete* Schwere der Straftat gerecht wird, geht es um die Beurteilung von Freiheits- oder Jugendstrafen mit einer Länge von ein bis drei Jahren. Die Verurteilung zu einer einjährigen Haft ist Voraussetzung für § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG; ab einer dreijährigen Haft hingegen befindet man sich bereits im Tatbestand des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG, der mit dem Flüchtlingsvölkerrecht vereinbar ist⁵⁵⁵.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die in § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG gesetzte Mindestfreiheitsstrafe als Konkretisierung der GFK akzeptiert⁵⁵⁶; ob es mit einer geringeren Grenze ebenso verfahren würde, hat es bisher hingegen nicht ausdrücklich entscheiden müssen. Einigen Urteilen lässt sich indes entnehmen, dass es diesbezüglich einige Zweifel hat. Recht deutlich wird das Gericht insbesondere in einer bereits angesprochenen Entscheidung aus dem Jahr 2013, in der es die Praxis einiger Oberverwaltungsgerichte zurückgewiesen hat, das Mindeststrafenerfordernis auch bei der Bildung von Gesamtstrafen (§§ 53-55 StGB) als erfüllt anzusehen. Im Zuge dessen hat das Bundesverwaltungsgericht nämlich auch Einblicke darüber gewährt, wo seiner Ansicht nach die Grenze zwischen mittlerer und schwerer Kriminalität verläuft: Die Mindeststrafenregelung solle

⁵⁵⁴ Vgl. unten, § 5-B.-V.-2.-g).

⁵⁵⁵ S.o., § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(iv).

⁵⁵⁶ Vgl. BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 15); 112, 185 (90 f.).

sicherstellen, „dass der Entzug des Asyl- und Flüchtlingsstatus nur gegenüber besonders gefährlichen Tätern in Betracht kommt. Nur sie bedeuten eine Gefahr für die Allgemeinheit, die gegenüber dem Ziel des Flüchtlingsschutzes im Ausnahmefall überwiegen kann, nicht aber solche Täter, die sich zwar eines mit hoher Strafdrohung bewehrten Vergehens oder Verbrechens schuldig gemacht haben, dabei aber *im unteren oder mittleren Bereich der Strafbarkeit geblieben sind, so dass sie eine Freiheitsstrafe von weniger als drei Jahren verwirkt haben* [Hervorhebung durch den Verf.]“. Aus dem letzten Halbsatz lässt sich im Umkehrschluss die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ableiten, dass bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von weniger als drei Jahren der Täter bzw. die Täterin noch nicht den Bereich schwerer Kriminalität erreicht haben soll⁵⁵⁷. Dementsprechend kann in diesem Fall aber auch keine – konkret – besonders schwere Straftat im Sinne der Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK sowie Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL vorliegen. Den Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts ist auch aus dem Grunde zuzustimmen, dass solche Delikte gem. § 25 Nr. 2 GVG⁵⁵⁸ vielfach noch in die Zuständigkeit des Strafrichters fallen⁵⁵⁹, womit auch der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass es sich um Fälle leichter bis mittlerer Kriminalität handelt.

In der gleichen Entscheidung betont das Bundesverwaltungsgericht auch, dass die Anforderungen an die Mindestfreiheitsstrafe nicht beliebig nach unten verschoben und dann im Gegenzug unter dem Merkmal der Gefahr wieder „nach oben“ korrigiert werden können⁵⁶⁰. Dafür spricht auch, dass sich in der Praxis die Prüfung der Gefahr an der verhängten Freiheitsstrafe orientieren wird⁵⁶¹. Genau von der Möglichkeit einer solchen Korrektur scheint jedoch der Gesetzgeber

⁵⁵⁷ Davon gehen auch aus der *DAV*, Stellungnahme (Fn. 548), S. 6 sowie *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, EU-Recht (Fn. 70), S. 34.

⁵⁵⁸ Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.5.1975, BGBl. I S. 1077.

⁵⁵⁹ Nach § 25 Nr. 2 GVG entscheidet der Strafrichter nur, wenn eine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren nicht zu erwarten ist und auch nur, wenn es sich um ein Vergehen i.S.d. § 12 Abs. 2 StGB handelt. Ansonsten entscheiden vor den Amtsgerichten gem. § 28 GVG Schöffengerichte. Maßgeblich für die Prognose ist die im Augenblick der Eröffnung des Hauptverfahrens zu erwartende – konkrete – Strafe; *Barthe* (Fn. 127), § 25 GVG Rn. 5 m.w.N.

⁵⁶⁰ BVerwGE 146, 31 (38 Rn. 17). A.A. wohl *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 86 sowie *Thym*, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415, die eine solche Korrektur gerade für möglich halten.

⁵⁶¹ Vgl. *UNHCR*, Auslegung (Fn. 19), Ziff. 10.

auszugehen, wenn er in seiner Begründung zum Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016 vielfach die Erforderlichkeit der Feststellung einer Wiederholungsgefahr betont, auf internationale Vorgaben für eine Mindeststrafenregelung jedoch nicht eingeht⁵⁶². Der Gesetzgeber scheint zu verkennen, dass es sich bei der „besonders schweren Straftat“ und der „Gefahr für die Allgemeinheit“ eben um zwei eigenständige Voraussetzungen handelt⁵⁶³, und es nicht allein auf letztere ankommt. Es ist auch erstaunlich, dass er sich mit der beschriebenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Gesetzesbegründung mit keinem Wort auseinandersetzt.

Insgesamt kann aus diesen Gründen bei einer ein- bis dreijährigen Freiheitsstrafe im Normalfall⁵⁶⁴ nicht von einer besonderen Schwere der Tat im Einzelfall ausgegangen werden. § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG verstößt daher auch in dieser Hinsicht gegen Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK⁵⁶⁵.

cc) Rechtsfolgen

Der Verstoß gegen den völkerrechtlichen Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK zieht auch einen Verstoß gegen den unionsrechtlichen Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL nach sich, ist doch die Richtlinie ihrerseits im Einklang mit der Genfer Konvention auszulegen⁵⁶⁶. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Unionsrecht sind oben ausführlich beschrieben worden⁵⁶⁷: Eine Kollision zwischen nationalen und uniona-

⁵⁶² Vgl. BT-Drs. 18/7537, S. 9.

⁵⁶³ Ausführlich dazu oben, § 5-B.-II.-1.-b)-aa).

⁵⁶⁴ Anders kann der Fall bspw. liegen, wenn das strafgerichtliche Urteil auf einer falschen Tatsachengrundlage beruht.

⁵⁶⁵ Für die Völker- und Unionsrechtswidrigkeit auch *DAV*, Stellungnahme (Fn. 548), S. 6 ff. Vorsichtiger, aber ebenfalls kritisch *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 86 („Herabsetzung der Länge der erforderlichen Freiheitsstrafe für einen Ausschluss ist völkerrechtlich zumindest sehr bedenklich“); *Thym*, Stellungnahme (Fn. 455), S. 7 („überaus großzügige Definition der völkerrechtlichen Ausnahme Klausel“); *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, EU-Recht (Fn. 70), S. 34 („dürfte sich mit dem Verständnis einer besonders schweren Straftat kaum decken [...], abschließende Beurteilung an dieser Stelle jedoch nicht möglich“) sowie *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 109g (2016).

⁵⁶⁶ Vgl. bereits die Erwägungsgründe 23, 24 sowie EuGH, U. v. 2.3.2010, verbundene Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08, Rn. 53.

⁵⁶⁷ § 2-C.-I.-2.

len Rechtsakten ist nach inzwischen gesicherter Erkenntnis zugunsten des Unionsrechts aufzulösen, das in diesem Fall Anwendungsvorrang (nicht aber Geltungsvorrang) genießt⁵⁶⁸. Im vorliegenden Fall führt das dazu, dass gänzlich von einer Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG abgesehen werden muss. In abstrakter Hinsicht mögen zwar etliche in den Katalog der Norm aufgenommene Straftaten als besonders schwer gelten; die Mindestfreiheitsstrafe von nur einem Jahr führt jedoch dazu, dass jedenfalls das zusätzliche Erfordernis der *konkreten* Schwere in keinem Fall erfüllt ist. Eine richtlinienkonforme Auslegung ist angesichts des klaren Wortlauts nicht möglich.

b) Ausreichen von Gesamtstrafen

Für § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG hat das Bundesverwaltungsgericht erst 2013 noch entschieden, dass die Mindesthaftdauer von drei Jahren durch eine Einzelstrafe erreicht werden müsse⁵⁶⁹. Demgegenüber reicht für § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ausweislich des eindeutigen Wortlauts auch die Verurteilung zu einer mindestens einjährigen *Gesamtstrafe*, die auf einer Zusammenfassung mehrerer Freiheitsstrafen von jeweils unter einjähriger Dauer beruht. Die überzeugende Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts schließt eine solche Möglichkeit jedoch allgemein aus, und nicht nur im Hinblick auf § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG. Das Gericht hat nämlich nicht nur mit dem Wortlaut dieser Vorschrift argumentiert, sondern auch allgemeine Rückschlüsse aus internationalen Vorgaben und verfahrensrechtlichen Aspekten gezogen. So setzen auch Art. 33 Abs. 2 GFK und Art. 21 Abs. 2 QRL eine rechtskräftige Verurteilung wegen „*eines* Verbrechens oder *eines* besonders schweren Vergehens“ bzw. wegen „*einer* besonders schweren Straftat [Hervorhebungen jeweils durch den Verf.]“ voraus⁵⁷⁰. Hintergrund ist, dass die Abschiebung Verfolgter nur als *ultima ratio* und nur als Reaktion auf ein besonders schwerwiegendes kriminelles Verhalten möglich sein soll⁵⁷¹. Davon kann aber bei Bildung einer Gesamtstrafe nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, da die Erfüllung des Tatbestandes dann nicht mehr allein von der Schwere des Vorverhaltens des Täters abhinge, sondern auch von dem

⁵⁶⁸ Grundlegend EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/E.N.E.L.*; zur Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs EuGH, U. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Rn. 17 f. – *Simmenthal*. Was aus dem Verstoß gegen Völkervertragsrecht folgt, kann daher an dieser Stelle dahinstehen.

⁵⁶⁹ BVerwGE 146, 31 (36 f. Rn. 13 ff.).

⁵⁷⁰ BVerwGE 146, 31 (36 Rn. 13).

⁵⁷¹ BVerwGE 146, 31 (38 Rn. 17).

verfahrenstechnischen – mitunter zufälligen – Aspekt, ob eine Straftat in einem Strafverfahren für sich genommen oder zusammen mit anderen Straftaten abgeurteilt wird⁵⁷².

Wenn schon die einjährige Freiheitsstrafe an sich nicht ausreicht, um internationalen Vorgaben zu genügen, muss dies daher erst recht für Fälle gelten, in denen sie nur durch Bildung einer Gesamtstrafe erreicht wird⁵⁷³. Hinzu kommt, dass bereits in der Bevollmächtigtenkonferenz durch den britischen Delegierten klar gestellt wurde, dass nur schwere Straftaten zum Ausschluss nach Art. 33 Abs. 2 GFK führen sollten, nicht aber eine Anhäufung von Kleinkriminalität⁵⁷⁴.

c) Bewährungsstrafen reichen

Während § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG aufgrund des Erfordernisses einer mindestens dreijährigen Freiheitsstrafe Bewährungsstrafen nicht erfassen kann (vgl. § 56 Abs. 2 S. 1 StGB), ist dies bei § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG gerade der Fall und durch die Gesetzesbegründung auch ausdrücklich vorgesehen⁵⁷⁵.

Diesbezüglich gilt indes das bereits zur Ausweisung Gesagte⁵⁷⁶: Auch, wenn die zuständigen Behörden und die Verwaltungsgerichte an die einer Aussetzungsentscheidung nach §§ 56, 57 StGB zugrundeliegenden Beurteilung nicht gebunden sein mögen⁵⁷⁷, so spricht sie doch entscheidend gegen eine Wiederholungsgefahr. Da die Ausschlussgründe der GFK restriktiv angewendet werden müssen und die Abschiebung Verfolgter nur *ultima ratio* sein darf, ist eine Abweichung von der strafgerichtlichen Prognose hier noch weniger möglich als im Bereich der Ausweisung. Daher wird eine „Gefahr für die Allgemeinheit“ im Sinne des

⁵⁷² BVerwGE 146, 31 (37 Rn. 16).

⁵⁷³ So wohl auch Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 86: „Verurteilung muss auf einer einzigen Tat beruhen, wenn der Ausschluss gerechtfertigt sein soll“.

⁵⁷⁴ Vgl. bei UNHCR, Travaux (Fn. 76), S. 239: „The UK representative hoped that the scope of the joint amendment would not be unduly widened. Although he appreciated the intention behind the Italian proposal, he pointed out that in order to be classified by a court as a hardened or habitual criminal, a person must either have committed serious crimes, or an accumulation of petty crimes. The first case could be covered by the joint amendment, and he was quite content to leave the second case outside the scope of the provision“.

⁵⁷⁵ BT-Drs. 18/7537, S. 9.

⁵⁷⁶ S.o., § 4-B.-II.-3.-b)-bb).

⁵⁷⁷ St. Rspr., u.a. BVerwGE 57, 61 (66 ff.); U. v. 28.1.1997 – 1 C 17/94 – Rn. 23; U. v. 2.9.2009 – 1 C 2/09 – Rn. 18; U. v. 13.12.2012 – 1 C 20/11 – Rn. 23; BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 27.8.2010 – 2 BvR 130/10 – Rn. 36.

Art. 33 Abs. 2 GFK im Falle der Bewährungsstrafe – wenn die Aussetzungsentcheidung nicht offensichtlich verfehlt ist oder auf falscher Tatsachengrundlage beruht – nicht vorliegen⁵⁷⁸. Die Aufnahme von Bewährungsstrafen in den Ausschlussgrund des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ist aus diesen Gründen verfehlt⁵⁷⁹.

d) Einbeziehung von Jugendstrafen

Anders als § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG erfasst § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG auch Jugendstrafen. Die GFK trifft zwar keine gesonderte Aussage zu Jugendlichen, sodass die Ausnahme vom Refoulement nach Art. 33 Abs. 2 grundsätzlich auch für sie gilt⁵⁸⁰. Allerdings ist bei dieser Personengruppe der Rückschluss von der Verurteilung auf die Gefahr für die Allgemeinheit äußerst schwierig, da das delinquente Verhalten auch nur eine „Phase“ sein kann, in der die Entwicklung des Jugendlichen noch nicht abgeschlossen ist und er noch besonders anfällig für äußere Einflüsse oder Gruppenzwänge ist⁵⁸¹. Hinzu kommt, dass das JGG stärker noch als das StGB auf die Erziehung des Täters ausgerichtet ist (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 JGG) und somit Maßnahmen nach dem JGG ohnehin eher der Verhinderung künftiger Delinquenz dienen als einem Schuldausgleich⁵⁸². Will man diesen Maßnahmen daher nicht von vornherein den Erfolg absprechen, lassen sich aus der Verurteilung keine sicheren Rückschlüsse auf ein weiteres kriminelles Verhalten des Jugendlichen ziehen. Die Ausländerbehörden bzw. das BAMF müssen daher das Merkmal der „Gefahr für die Allgemeinheit“ besonders sorgfältig prüfen⁵⁸³.

⁵⁷⁸ *Bergmann* (Fn. 477), § 60 AufenthG N 7 zufolge spricht der Umstand einer Bewährungsstrafe bei der Ermessensausübung klar gegen eine Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG. Besteht jedoch keine Gefahr für die Allgemeinheit, ist bereits der Tatbestand nicht erfüllt; zur Ermessensebene gelangt man dann nicht.

⁵⁷⁹ Ähnlich kritisch *Bergmann* (Fn. 477), § 60 AufenthG N 7; *DAV*, Stellungnahme (Fn. 548), S. 10 sowie das Gutachten der *Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages*, Völker- und menschenrechtliche Vorgaben für Abschiebung von straffällig gewordenen Flüchtlingen, WD 2 – 3000 – 002/16, vom 18.1.2016, S. 9. Kritisch für den Bereich der Ausweisung außerdem *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 298 f. Zurückhaltender *Thym*, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415: „Speziell bei Bewährungsstrafen wird man aber dennoch restriktiv sein müssen“.

⁵⁸⁰ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 91.

⁵⁸¹ Vgl. *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 92.

⁵⁸² U. Eisenberg (Hrsg.), *Jugendgerichtsgesetz*, 18. Aufl. 2016, § 17 Rn. 4.

⁵⁸³ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 91: „Great caution should always be exercised, however, when the application of the exclusion clauses is being considered in relation to a minor“.

Dies gilt umso mehr, wenn das Gericht die mindestens einjährige Jugendstrafe gem. § 21 JGG zur Bewährung aussetzt. Die Prognose über das weitere Verurteilen stellt die wesentliche Aufgabe des Gerichts im Jugendstrafverfahren dar; dementsprechend intensiv muss es sich auch damit auseinandersetzen⁵⁸⁴. Daher werden auch die für gewöhnlich mit geringerer Sachkunde ausgestatteten Ausländerbehörden bzw. das BAMF im Anschluss an ein Jugendstrafverfahren kaum zu einer anderen Einschätzung kommen können. Die oben geschilderten allgemeinen Bedenken gegenüber der Aufnahme von Bewährungsstrafen werden daher im Bereich des Jugendstrafrechts noch verstärkt.

Fragen wirft zuletzt auch Art. 3 der sog. UN-Kinderrechtskonvention⁵⁸⁵ auf. Danach ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der bei allen Maßnahmen, die das Kind betreffen, vorrangig zu berücksichtigen ist. Fälle, in denen es für das Wohl des Kindes förderlich sein könnte, in einen Verfolgerstaat abgeschoben zu werden, erscheinen ausgeschlossen. Zwar ist auch nach Art. 3 der Kinderrechtskonvention das Wohl des Kindes nicht allein maßgeblich, sondern stellt nur *einen* – wenn auch vorrangig zu berücksichtigenden – Gesichtspunkt dar⁵⁸⁶. Es steht daher nicht automatisch über den hier relevanten Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland und seine Bevölkerung⁵⁸⁷. Gleichwohl muss ihm bei der erforderlichen Abwägung jedenfalls ein besonderes Gewicht zukommen.

Insgesamt ist daher die Einbeziehung von Jugendstrafen in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG nicht *per se* rechtswidrig. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, dass die Regelung in tatsächlicher Hinsicht viele Jugendliche und Heranwachsende (vgl. § 1 JGG) erfassen wird.

e) **Fehlende Abgrenzung zur Ausweisung**

Als problematisch könnte es sich des Weiteren herausstellen, dass durch die Neuregelung die Unterschiede zwischen Ausweisung und Abschiebung aufgehoben werden. Die zur Aberkennung/Verweigerung der Flüchtlingseigenschaft sowie zur Aufhebung des Refoulementverbots führenden Voraussetzungen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG sind beinahe inhaltsgleich mit denen des schwerwiegenden

⁵⁸⁴ *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 298 f.

⁵⁸⁵ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (BGBl. 1992 II S. 121).

⁵⁸⁶ S. Schmahl (Hrsg.), Kinderrechtskonvention, 2013, Art. 3 Rn. 7. Vgl. auch Bay. VGH, B. v. 8.7.2011 – 10 ZB 10.3028 – Rn. 15.

⁵⁸⁷ *Schmahl*, ebda., Art. 3 Rn. 7.

Ausweisungsinteresses aus § 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG. Ein Unterschied besteht lediglich noch insofern, als für letzteres auch die „serienmäßige Begehung“⁵⁸⁸ von Eigentumsdelikten ausreicht.

In Literatur und Rechtsprechung wird teilweise die Auffassung vertreten, es müsse ein qualitativer Unterschied zwischen den Anforderungen an eine Ausweisung und an eine Ausnahme vom Refoulementverbot bestehen⁵⁸⁹. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat für diese Ansicht Sympathien gezeigt, es jedoch letztlich offengelassen, ob eine solche Abstufung verfassungsmäßig geboten ist⁵⁹⁰. Richtig ist, dass auch in den internationalen Regelwerken die Anforderungen an eine Abschiebung strenger sind als an eine Ausweisung⁵⁹¹. Dem wird man jedoch nicht entnehmen können, dass die nationalen Maßnahmen zwingend ein Stufenverhältnis beinhalten müssen. Letztlich muss jede Maßnahme oder Regelung für sich genommen mit den internationalen Vorgaben übereinstimmen. Beispielsweise würde man nichts gegen eine Gesetzestechnik einwenden können, in der die Voraussetzungen für eine Ausweisung bereits den Ansprüchen des Art. 33 Abs. 2 GFK genügen, die Anforderungen an eine Abschiebung dann jedoch nicht noch strenger sind. So ist es vorliegend zwar nicht, da § 60 Abs. 8 S. 3 mit Art. 33 Abs. 2 GFK und Art. 21 Abs. 2 QRL eben nicht vereinbar ist. Der Gleichlauf zwischen Ausweisung und Abschiebung ist jedoch daneben kein eigener, zusätzlicher Verstoß.

Zu kritisieren ist jedoch, dass dieser Gleichlauf⁵⁹² Wertungswidersprüche enthält, die letztlich in der Systematik der Ausweisungsinteressen nach § 54 AufenthG angelegt sind. Teilweise liegen nämlich die Anforderungen an eine Ab-

⁵⁸⁸ Kritisch zu dieser Formulierung *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 487), S. 417.

⁵⁸⁹ *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 84; *Bergmann* (Fn. 477), § 60 AufenthG N 5. Deutlich auch der VGH BW, B. v. 5.10.1994 – 11 S 1202/94 – Rn. 14: „Um die Wirkungen der dem Antragsteller zuerkannten Asylberechtigung auszuschließen, ist erforderlich, daß die Wiederholungsgefahr eindeutig über diejenige hinausgeht, die die Ausweisung des Asylberechtigten ermöglicht“.

⁵⁹⁰ BVerwGE 106, 351 (361 f.); 112, 185 (191 f.).

⁵⁹¹ Vgl. Art. 32 im Vergleich zu Art. 33 Abs. 2 GFK sowie Art. 24 Abs. 1 im Vergleich zu Art. 21 Abs. 2 QRL. Zu deren Verhältnis EuGH, U. v. 24.6.2015, Rs. C-373/13, Rn. 75 – T.: „Daraus folgt, dass der Begriff der ‚zwingenden Gründe‘ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83 eine weitere Bedeutung als der Begriff der ‚stichhaltigen Gründe‘ in Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie hat“.

⁵⁹² BT-Drs. 18/9097, S. 32 spricht von einem „Gleichklang“, der im Hinblick auf das Ziel der Aufenthaltsbeendigung geschaffen wurde.

schiebung nach § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG noch unter denen an eine Ausweisung: Die durch das Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern eingefügten neuen Ausweisungsinteressen des § 54 Abs. 1 Nr. 1a und Abs. 2 Nr. 1a AufenthG sind so weit gefasst, dass sie beinahe alle relevanten Straftaten erfassen und andere Ausweisungsinteressen – insbesondere § 54 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 AufenthG – daneben nutzlos machen. Dies schlägt sich infolge des Gleichlaufs der Voraussetzungen auf die Abschiebung durch. So kann bei einem Jugendstraftäter, der zu einem Jahr Jugendstrafe *auf Bewährung* verurteilt wird, nicht einmal ein (einfaches) Ausweisungsinteresse aus § 54 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG festgestellt werden, wohingegen in den meisten Fällen sogar die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Refoulementverbot gem. § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG vorliegen werden. Gleiches gilt mit Blick auf § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, der eine mindestens zweijährige Freiheitsstrafe erfordert. Auch hier liegen die Anforderungen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG sogar *darunter*.

Diese Wertungswidersprüche jedenfalls werden dem *ultima ratio*-Charakter der Abschiebung Verfolger nicht gerecht.

f) Wertungswidersprüche innerhalb des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG

In die gleiche Richtung geht der Vergleich des neuen Ausschlussgrundes des § 60 Abs. 8 S. 3 mit dem bekannten des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG. Zum einen wird dadurch, dass ersterer bereits einen Großteil der gemeinhin relevanten Straftaten erfasst, dabei aber nur eine einjährige Freiheits- oder Jugendstrafe verlangt, die Bedeutung des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG erheblich gemindert. Auf der anderen Seite wird § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG „nutzlos“, sobald eine Verurteilung zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe vorliegt, da S. 1 *alle* Straftaten erfasst. Gerade unterhalb des Bereichs der dreijährigen Freiheitsstrafe besteht keine Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GFK, Art. 21 Abs. 2 QRL.

Zum anderen treten bei denjenigen Straftaten, die gerade nicht unter S. 3 fallen, wiederum Wertungswidersprüche auf, insbesondere unter dem Blickpunkt, dass

zwar Eigentums-, aber keine Vermögensdelikte erfasst sind⁵⁹³. So lässt sich beispielsweise nicht erklären, warum bei einem „Trickdiebstahl“ schon die Verurteilung zu einer einjährigen Freiheitsstrafe zu einer Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft führen soll, bei einem Betrug dafür hingegen eine dreijährige Haftstrafe erforderlich ist. *Bauer* und *Beichel-Benedetti* merken insofern treffend an: „Die Unterscheidung des Gewahrsamsbruchs durch List von dem der Vermögensverfügung auf Grund einer Täuschung mag dogmatisch spannend sein, für die Bewertung des Gewichts solcher Taten ist sie gleichwohl einerlei“⁵⁹⁴. Auch ist kein rechter Grund dafür erkennbar, dass Eigentumsdelikte schwerer wiegen sollen als Delikte gegen die persönliche Freiheit oder gemeinschädliche Delikte⁵⁹⁵. Die Beschränkung in § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG auf einzelne Deliktarten erscheint daher insgesamt eher willkürlich.

g) Zweckdienlichkeit der Neuregelung

Fraglich ist zuletzt, welche Zwecke mit dem neuen § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG überhaupt erreicht werden können.

Die tatsächliche Durchführung einer Abschiebung wird, selbst wenn die Voraussetzungen der neuen Ausnahmeklausel vorliegen, mangels aufnahmebereiter Drittstaaten häufig an den Vorschriften des komplementären Abschiebungsschutzes scheitern (§ 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG)⁵⁹⁶. Bezeichnenderweise spricht auch die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur erleichterten Ausweisung von straffälligen Ausländern und zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern vom 11. März 2016 an keiner Stelle davon, die Straftäter auch außer Landes zu schaffen⁵⁹⁷.

Der Umstand allein, dass sich die Zahl der Abschiebungen durch die Einführung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG nicht signifikant erhöhen wird, schließt dessen Zweckdienlichkeit zwar nicht aus; schließlich führt die Norm auch zum Verlust bzw. zur Verweigerung des Flüchtlingsstatus (§ 3 Abs. 4 AsylG) und hat damit Auswirkungen auf den Aufenthaltsstatus⁵⁹⁸. Gegen die Zweckdienlichkeit

⁵⁹³ *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 301.

⁵⁹⁴ *Bauer/Beichel-Benedetti*, Ausweisungsrecht (Fn. 487), S. 418.

⁵⁹⁵ *Bergmann/Hörich*, Ausweisungsrechtsfehler (Fn. 487), S. 301.

⁵⁹⁶ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Vorgaben (Fn. 579), S. 11.

⁵⁹⁷ Darauf weist der *DAV*, Stellungnahme (Fn. 548), S. 14.

⁵⁹⁸ Vgl. § 73 AsylG i.V.m. §§ 51 Abs. 1 Nr. 4, 52 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Zum Fall der Ausweisung vgl. § 4-C.-II.-1.

spricht indes, dass § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG auch in diesem Bereich nur selten zur Anwendung kommen wird. Dies liegt nicht nur daran, dass im Falle von Bewährungsstrafen eine Gefahr für die Allgemeinheit eben nur in den seltensten Fällen vorliegen wird, sondern auch am für die Behörden vorgesehenen Ermessensspielraum: Wie oben beschrieben ist eine konkret-individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der die vom Ausländer ausgehende Gefahr gegen die ihm drohende Verfolgung im Heimatstaat abgewogen wird, keine Voraussetzung der Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK. Die kollektiven Interessen, die durch diese Normen geschützt werden, gehen den individuellen Interessen des Ausländers vor, zumal Härtefälle durch das „Sicherheitsnetz“ des komplementären Abschiebungsschutzes abgefangen werden⁵⁹⁹. In diesem Sinne ist auch die Rechtsprechung bisher vorgegangen, der sich der Europäische Gerichtshof 2010 ausdrücklich angeschlossen hat⁶⁰⁰. Wenn nun der Gesetzgeber für § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ein Ermessen vorsieht, in dem die Behörden eine so beschriebene Abwägung gerade doch vornehmen sollen, ist exakt die Befürchtung von *Hathaway* eingetreten: Der Verweis auf die ohnehin noch erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung wird dazu genutzt, die Ausschlussgründe der GFK extensiv auszulegen⁶⁰¹. Es macht den Eindruck, als hätte der Gesetzgeber selbst Zweifel an der von ihm neu eingeführten Regelung und als versuchte er, durch die Einführung eines Ermessens unbillige Härten wieder einzufangen. Die Zweifel sind auch durchaus berechtigt, kann die auf Gesetzesebene vorgenommene abstrakte Abwägung zulasten des Ausländers doch nur dann aufrechterhalten wird, wenn die Ausschlussgründe korrekt, d.h. restriktiv, umgesetzt werden. Das ist bei § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG gerade nicht der Fall.

Da im Falle des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG in vielen Fällen keine schwerwiegende Gefahr vom Ausländer ausgehen wird, wird auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung oftmals zu seinen Gunsten ausfallen, sodass dann von einer Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG doch abgesehen werden muss⁶⁰². Die Norm wird somit durch das eingeführte Ermessen wieder „entschärft“, was einerseits zwar zu begrüßen ist, andererseits jedoch ein Hinweis darauf ist, dass mit der

⁵⁹⁹ Näher oben, § 5-B.-IV.

⁶⁰⁰ Vgl. BVerwGE 109, 1 (4 ff.); 132, 79 (94 f. Rn. 33); EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 106 ff. – *B und D*.

⁶⁰¹ *Hathaway*, Rights (Fn. 38), S. 354 f.

⁶⁰² Vgl. *Thym*, Auswirkungen (Fn. 71), S. 415.

neuen, „härteren“ Ausschlussklausel lediglich Symbolpolitik betrieben wurde⁶⁰³. D.h. der Gesetzgeber hat nicht ernsthaft, sondern nur vorgeblich rechtliche oder sachliche Ziele verfolgt; tatsächlich dient die Gesetzesreform primär einem politischen Zweck⁶⁰⁴. Für den Schluss, dass die Vorschrift nicht gut durchdacht ist und eher auf Symbolpolitik aus ist, sprechen außerdem zwei weitere Umstände: Zum einen wurde sie nach den Vorfällen in der Silvesternacht 2015/2016 im Eilverfahren beschlossen, um so bereits im März 2016 in Kraft zu treten, zum anderen musste sie noch im gleichen Jahr wiederum geändert werden, um an die Sexualstrafrechtsreform angepasst zu werden. Damit reiht sich die Neuregelung in eine Reihe von Verschärfungen des Ausländerrechts ein, die alle auf bestimmte Ereignisse reagierten, jedoch in den wenigsten Fällen große praktische Auswirkungen hatten⁶⁰⁵.

3. Zusammenfassung und Bewertung

Der 2016 neu eingefügte § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ist eine Reaktion auf die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/2016 und geht – wie auch § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG – auf Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK zurück. Im Vergleich zu der bisher bekannten, mit Völkerrecht vereinbaren Bestimmung des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG enthält die neue Regelung in vielerlei Hinsicht geringere Anforderungen an den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft und das Absehen vom Refoulementverbot.

Strukturell ist § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG so aufgebaut, dass zunächst abstrakt die Deliktgruppen aufgezählt werden, deren Verwirklichung einen Ausschluss nach sich ziehen kann. Nicht ganz eindeutig ist dabei, was mit den „Straftaten

⁶⁰³ So auch *W. Kluth*, Grundlagen und Strukturen eines Migrationsfolgenrechts, in: DVBl. 2016, S. 1081 (1087): „Mit Blick auf die Praxis ist vor allem auffällig, dass bei der Verschärfung der Sanktionen und des Ausweisungsrechts [insofern muss aufgrund des Gleichlaufs für § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG das gleiche gelten, Anm. des Verf.] die symbolpolitische Bedeutung eine größere Rolle gespielt haben dürfte als die Erwartung großer praktischer Auswirkungen“. Ähnlich *ders.*, Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit, in: ZAR 2016, S. 121 (130).

⁶⁰⁴ *A. Kießling*, Die Verschärfung des Ausweisungsrechts als symbolpolitisches Mittel gegen extremistische Bestrebungen – dargestellt am Beispiel der Salafisten, in: ZAR 2013, S. 45 (49). Näher zur Begriffsbestimmung von Symbolpolitik *J. Newig*, Symbolische Umweltschutzgesetzgebung, 2003, S. 40 ff. (abschließende Definition auf S. 49). Zu den Funktionen von Symbolpolitik *A. Schmehl*, Symbolische Gesetzgebung, in: ZRP 1991, S. 251 (251).

⁶⁰⁵ Vgl. dazu die ausführliche Aufzählung bei *Kießling*, Verschärfung, ebda., S. 48 f.

gegen das Eigentum“ gemeint ist, da das StGB dafür keinen eigenen Abschnitt enthält. Sodann versucht § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG, durch Nennung einzelner Tatmodalitäten die Weite des Tatbestandes wieder einzuschränken. Dieses Ziel wird jedoch kaum erreicht, da die Tatmodalitäten ihrerseits wiederum zu weit gefasst und größtenteils redundant sind. Im Gegensatz zu den bisher bekannten Ausschlussgründen sticht § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG dadurch heraus, dass er ein Ermessen enthält.

§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ist mit der GFK und der QRL nicht vereinbar. Viele der aufgezählten Straftaten wiegen bereits abstrakt nicht besonders schwer und können daher eine Ausnahme vom Refoulementverbot nicht rechtfertigen. An prominentester Stelle ist hier der Diebstahl gem. § 242 StGB zu nennen. Jedenfalls aber reicht das Erfordernis der nur einjährigen Freiheitsstrafe nicht aus, um eine konkrete Schwere der Straftat zu begründen. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – konkret von Art. 14 Abs. 4 lit. b), 5 sowie Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL – muss daher von einer Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG abgesehen werden.

§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG ist zudem im Vergleich zum Ausweisungsrecht sowie in sich selbst wertungswidersprüchlich und missachtet in zahlreichen Aspekten die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Das enthaltene Ermessen dient wohl dazu, unbillige Härten wieder einzufangen, was gleichzeitig wohl aber dazu führen wird, dass die Norm in der Praxis keine große Rolle spielen wird.

Alles in allem drängt sich daher der Schluss auf, dass mit der Einfügung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG Symbolpolitik betrieben wurde. Symbolpolitik muss nicht *per se* verwerflich sein. Sie ist noch unschädlich, sofern sie dem Gesetzgeber lediglich als Vehikel dient, für ihn wichtige soziale Wertvorstellungen auszudrücken⁶⁰⁶, z.B. um Zuwanderern klare Verhaltensregeln aufzuzeigen und so ein friedliches Miteinander zu fördern⁶⁰⁷. Eine Grenze ist jedoch erreicht, wenn der Gesetzgeber allein um der Demonstration von Handlungsfähigkeit willen⁶⁰⁸ bereit ist, übergeordnetes Recht zu missachten. Vorliegend steht die Gesetzgebung angesichts des Erlasses der Neuregelung im Schnellverfahren und der erneuten

⁶⁰⁶ Vgl. *Schmehl*, Gesetzgebung (Fn. 604), S. 252.

⁶⁰⁷ Vgl. *Kießling*, Verschärfung (Fn. 604), S. 50 f.

⁶⁰⁸ Dazu *R. Hegenbarth*, Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze, in: ZRP 1981, S. 201 ff.; *Schmehl*, Gesetzgebung (Fn. 604), S. 253.

Änderung noch im selben Jahr⁶⁰⁹ zudem an der Schwelle zur Unglaubwürdigkeit⁶¹⁰. Das eigentliche Problem, straffällige Ausländer, bei denen keine Aufsicht auf Abschiebung besteht, langfristig zu integrieren oder zumindest – notfalls mit den Mitteln des Strafrechts – zu einem gesetzestreuem Leben anzuhalten, wird durch die Symbolgesetzgebung verschleiert⁶¹¹. Dafür notwendige Ressourcen werden unnötig gebunden, wenn nun die Behörden auch bei geringen Strafen in eine Einzelfallprüfung über den möglichen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft einsteigen müssen, die im Zweifel negativ verlaufen wird. Insofern handelt es sich um „Alibigesetzgebung“⁶¹², von der der Gesetzgeber besser abgesehen hätte⁶¹³.

VI. Ungeschriebene Ausnahmen vom Refoulementverbot in Zeiten des Massenzustroms?

Ein interessantes und umstrittenes Thema – bereits während der Beratungen zur Genfer Konvention⁶¹⁴ – stellt die Frage dar, ob das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 2 GFK auch in Zeiten des Massenzustroms Anwendung findet. *Hathaway* beispielsweise nimmt an, dass das Wort „refouler“ eine Anwendung in Zeiten des *mass influx* gerade ausschließen soll⁶¹⁵. Die Europäische Union hat für solche

⁶⁰⁹ Zur Anpassung an die Sexualstrafrechtsreform durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016.

⁶¹⁰ Vgl. *Kießling*, Verschärfung (Fn. 604), S. 51. Weitergehend *S. Meyer*, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 278 (298 ff.): Verfassungswidrigkeit objektiv ungeeigneter Gesetze wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip.

⁶¹¹ Ähnlich *DAV*, Stellungnahme (Fn. 548), S. 15.

⁶¹² *Schmehl*, Gesetzgebung (Fn. 604), S. 253; *Newig*, Umweltgesetzgebung (Fn. 604), S. 49 f.; *Meyer*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 610), S. 279.

⁶¹³ Vgl. auch *Schmehl*, Gesetzgebung (Fn. 604), S. 253: „Die symbolische Gesetzgebung ist jedenfalls dann der schlechtere Weg, wenn sie durch ihren Beruhigungseffekt die Mobilisierung der sozialen Aktionspotentiale und damit die Problemlösung blockiert“.

⁶¹⁴ Vgl. UNHCR, *Travaux* (Fn. 76), S. 234, 237 f., 240. Vgl. u.a. die Aussage des niederländischen Repräsentanten (S. 240): „According to that interpretation, Article 28 would not have involved any obligation in the possible case of mass migration across frontiers or of attempted mass migration. He wished to revert to that point, because the Netherlands Government attached very great importance to the scope of the provision now contained in Article 33. The Netherlands could not accept any legal obligation in respect of large groups of refugees seeking access to its territory“.

⁶¹⁵ *Hathaway*, *Rights* (Fn. 38), S. 355 ff. Auch *Gilbert*, *Issues* (Fn. 95) S. 467 befasst sich mit den Schwierigkeiten eines Massenzustroms.

Fälle die spezielle „Massenzustrom-Richtlinie“⁶¹⁶ geschaffen, die bisher freilich mangels verbindlichen Verteilungsschlüssels keine Relevanz gefunden hat⁶¹⁷.

Zwar geht es auch bei dem Thema des Massenzustroms um eine Art der Sicherheit, nämlich um die Sicherheit staatlicher Funktionen, wie z.B. zuletzt in Deutschland um die Sicherstellung effektiver Grenzkontrollen. Es geht jedoch gerade nicht um Gefahren, die der *Einzelne* für die Sicherheit darstellt, sondern um Gefahren, die die schiere Masse von Migranten mit sich bringt. In dieser Arbeit muss daher von einer näheren Untersuchung abgesehen werden.

C. Auswirkungen der Ausschlussgründe

Nach der Vorstellung der einzelnen Ausschlussgründe soll nunmehr untersucht werden, wie sich ihre Erfüllung rechtlich auswirkt. Dabei kann unterschieden werden zwischen der Abschiebung solcher Personen, die bereits als Flüchtlinge bzw. Asylberechtigte anerkannt wurden und der Abschiebung von Personen, deren Asylverfahren noch nicht abgeschlossen sind.

I. Auswirkungen auf anerkannte Flüchtlinge und Asylberechtigte

1. Abschiebung in den Verfolgerstaat bei bestehender Ausreisepflicht

Liegt ein Fall des § 60 Abs. 8 AufenthG vor, so ist eine Abschiebung auch in den Verfolgerstaat tendenziell immer möglich, wenn nur (irgend)eine Ausreisepflicht für den Ausländer besteht. „Zentralinstitut“⁶¹⁸ für die Begründung der Ausreisepflicht aus Sicherheitsgründen ist das Mittel der Ausweisung. Auch die Möglichkeit einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG kann hier in Betracht

⁶¹⁶ Richtlinie 2001/55/EG vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, Abl. 2004 Nr. L 212, S. 12.

⁶¹⁷ *Papier*, Asyl (Fn. 399), S. 2391 zufolge hat „das bislang geltende nationale und europäische Recht sich schlicht als untauglich erwies[en], den Massenansturm an Flüchtlingen und Migranten auch nur halbwegs zu bewältigen“. In Deutschland ist für Fälle des Massenzustroms inzwischen der § 24 Abs. 1a AsylG zur zügigeren Bearbeitung von Asylanträgen durch das Integrationsgesetz 2016 eingefügt worden, vgl. BT-Drs. 18/8685, S. 50.

⁶¹⁸ *J. Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 76.

kommen. Sie geht in ihrer Wirkung über die Ausweisung hinaus, da sie sofort und ohne Abschiebungsandrohung vollziehbar ist (§ 58a Abs. 1 AufenthG)⁶¹⁹. Nachdem die Norm in der Praxis jahrelang ungenutzt blieb, ist sie – wohl unter dem Eindruck des Terroranschlags in Berlin am 19.12.2016 – im Frühjahr 2017 erstmalig angewendet worden, um Abschiebungsandrohungen gegen einen Nigerianer und gegen einen Algerier zu erlassen. Beide standen im Verdacht, terroristische Anschläge in Deutschland begehen zu wollen; konkrete Anschlagpläne oder -ziele sowie die Begehung von Straftaten standen für die Behörden aber noch nicht fest. Das gem. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO im ersten und letzten Rechtszug zuständige Bundesverwaltungsgericht hat mit zwei Beschlüssen vom 21. März 2017⁶²⁰ beide Abschiebungsandrohungen für rechtmäßig befunden. Es hat darin den § 58a AufenthG für verfassungskonform erklärt⁶²¹ und sich näher zu seinen Voraussetzungen geäußert⁶²². Da das Bundesverwaltungsgericht die Hürden für den Erlass einer Abschiebungsanordnung nicht allzu hoch setzt, steht zu erwarten, dass zukünftig vermehrt von diesem Instrument Gebrauch gemacht werden wird⁶²³. Das daraufhin angerufene Bundesverfassungsgericht hat die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt⁶²⁴.

Für die Abschiebung gleichgültig ist es, ob der Ausländer Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 S. 1 oder S. 2 AufenthG verwirklicht. Diese deutsche Systematik steht derjenigen der GFK auch nur auf den ersten Blick entgegen. Art. 1 F GFK nimmt zwar anders als Art. 33 Abs. 2 GFK keinen direkten Bezug auf die Abschiebung, sondern führt zu einem Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft. Ein solcher Ausschluss hat indes zur Folge, dass die Bestimmungen der GFK

⁶¹⁹ Nach BVerwG, B. v. 21.3.2017 – 1 VR 1/17 – Rn. 7 steht die Abschiebungsandrohung in ihren Wirkungen einer vollziehbaren Ausweisung nebst Abschiebungsandrohung weitestgehend gleich.

⁶²⁰ 1 VR 1/17 und 1 VR 2/17.

⁶²¹ 1 VR 1/17 – Rn. 5 ff.

⁶²² 1 VR 1/17 – Rn. 14 ff. Ausführlich mit § 58a AufenthG beschäftigt sich *J.E.M. Kühn*, Abschiebungsanordnung und Abschiebungshaft, 2008, S. 27 ff.

⁶²³ Interessant sind in diesem Zusammenhang v.a. die Ausführungen des Gerichts über den abgesenkten Wahrscheinlichkeitsmaßstab (Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 1/17 – Rn. 19 ff.) sowie die Feststellung, das Verhalten des Antragstellers erreiche nach deutschem Recht nicht einmal die Schwelle der Strafbarkeit (Rn. 40). Tatsächlich hatte das BVerwG binnen kürzester Zeit bereits zwei Mal Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu bestätigen (Beschl. v. 31.5.2017 – 1 VR 4/17; Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3/17).

⁶²⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17. Dabei hat das BVerfG insbesondere Stellung zu den Kompetenzen des Vermittlungsausschusses (Rn. 21 ff.) und zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes (Rn. 37 ff.) bezogen.

insgesamt „keine Anwendung“ finden, weshalb ein unter Art. 1 F GFK fallender Ausländer sich schon grundsätzlich nicht auf das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK berufen kann. Dieser verbietet es den Vertragsstaaten dementsprechend auch nur, einen „Flüchtling“ abzuschieben. Die Möglichkeit der Abschiebung, wie sie § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG vorsieht, ist daher ohne Weiteres mit der GFK vereinbar⁶²⁵.

2. Widerruf und Rücknahme des Aufenthaltstitels

Die Erfüllung der Ausschlussgründe hat aber nicht nur Bedeutung für die Möglichkeit einer Abschiebung bei bestehender Ausreisepflicht, sondern kann auch selbst zum Widerruf bzw. zur Rücknahme der Anerkennung der Asylberechtigung und der Flüchtlingseigenschaft (§ 73 AsylG) und daran anschließend über § 51 Abs. 1 Nr. 3, 4 AufenthG zum Entfallen des Aufenthaltstitels führen. Dabei sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Art. 44, 45 der Verfahrensrichtlinie zu beachten.

a) Anwendung auch bei Erfüllen der Ausschlussklauseln

Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder der Asylberechtigung verleihen dem Ausländer keinen unveränderbaren Status, sondern sind vom Fortbestehen der Verfolgungslage abhängig⁶²⁶. Dementsprechend kann die Anerkennung nicht nur bei bereits anfänglicher Rechtswidrigkeit später zurückgenommen werden, sondern sieht § 73 Abs. 1 AsylG auch die Möglichkeit des Widerrufs vor⁶²⁷. Die Vorschrift erfasst dabei aber nicht nur das nachträgliche Entfallen der verfolgungsbegründenden Umstände, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch die nachträgliche Verwirklichung der Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG⁶²⁸. Bekräftigt wird dieser Wille durch einen Umkehrschluss aus § 73 Abs. 2a S. 5 AsylG. Die Möglichkeit des Widerrufs bei Erfüllung der Ausschlussgründe ist auch unproblematisch vom Wortlaut des § 73

⁶²⁵ *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 31; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 143.

⁶²⁶ BVerwG, U. v. 24.11.1992 – 9 C 3/92 – Rn. 13 betont insofern berechtigterweise den Unterschied zu anderen Menschenrechten.

⁶²⁷ Zur Vereinbarkeit mit dem Asylgrundrecht BVerfGE 54, 341 (359 f.); BVerwG, U. v. 24.11.1992 – 9 C 3/92 – Rn. 13 sowie *Wittreck* (Fn. 170), Art. 16a Rn. 115.

⁶²⁸ BT-Drs. 16/5065, S. 219. Zuvor hatte dies bereits das Bundesverwaltungsgericht erkannt in BVerwGE 124, 276 (287 f.); bestätigt in BVerwGE 139, 272 (279 Rn. 21).

Abs. 1 S. 1 AsylG gedeckt, denn zur Anerkennung als Flüchtling bzw. Asylberechtigter gehört auch das negative Merkmal des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen⁶²⁹.

Die Verwaltungsgerichte haben die Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes umfassend zu überprüfen. Sie müssen daher bei der Kontrolle des Widerrufs oder der Rücknahme der Flüchtlingseigenschaft bzw. der Asylberechtigung auf die Erfüllung der Ausschlussgründe auch dann achten, wenn sie vom BAMF nicht als Widerrufsgründe angeführt worden ist. Nur, wenn der Verwaltungsakt unter keinem Aspekt haltbar ist, hat die Klage Erfolg⁶³⁰.

b) Gesetzliche Systematik und Voraussetzungen

Die Normen zu Widerruf und Rücknahme von Asylberechtigung und Flüchtlingseigenschaft sowie anschließend des Aufenthaltstitels sind in ihrer Systematik, gerade im Wechselspiel mit den Normen des allgemeinen Verwaltungsrechts, nicht unkompliziert. § 73 Abs. 1 und 2 AsylG *verpflichtet* das BAMF zunächst in bestimmten Fällen zum Widerruf oder zur Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter bzw. der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Es handelt sich im Gegensatz zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG somit um gebundene Entscheidungen, nicht um Ermessensentscheidungen. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Rücknahme vorliegen, hat gem. § 73 Abs. 2a S. 1 AsylG spätestens nach Ablauf von drei Jahren nach Unanfechtbarkeit der ursprünglichen Anerkennungsentscheidung zu erfolgen⁶³¹. Dadurch sollen die Vorschriften über Widerruf und Rücknahme an Bedeutung gewinnen⁶³². Erst nach einer negativen Entscheidung kann der Wandel von einer Aufenthaltstitel zu einer Niederlassungserlaubnis vollzogen werden (§ 26 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 3 Nr. 2 AufenthG).

⁶²⁹ BVerwGE 124, 276 (288); 139, 272 (279 Rn. 21); vgl. auch *D. Kosar*, Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say, in: *IJRL* 25 (2013), S. 87 (92) in Bezug auf Art. 1 F GFK.

⁶³⁰ BVerwGE 146, 31 (34 Rn. 9); VGH BW, U. v. 29.1.2015 – A 9 S 314/12 – Rn. 29.

⁶³¹ Nach BVerwGE 143, 183 (186 ff. Rn. 13 ff.) hat das Versäumen der Frist des § 73 Abs. 2a AsylG allerdings weder die Rechtswidrigkeit eines später erlassenen Widerrufs zur Folge noch bedeutet es, dass der gem. § 73 Abs. 1 AsylG gebundene Widerruf in eine Ermessensentscheidung umschlägt. § 73 Abs. 2a S. 5 AsylG knüpfe den Übergang zu einer Ermessensentscheidung nicht an den bloßen Zeitablauf, sondern an eine vorherige sachliche Prüfung und Verneinung der Widerrufs- oder Rücknahmevoraussetzungen.

⁶³² BT-Drs. 15/420, S. 112.

aa) Widerruf

Der Widerruf der Asylberechtigung oder Flüchtlingseigenschaft durch das BAMF setzt nach § 73 Abs. 1 S. 1 AsylG voraus, dass „die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen“⁶³³. Das zielt vor allem auf Veränderung im Heimatstaat des Ausländers ab, aber eben auch auf eine nachträgliche Verwirklichung einer der Ausschlussklauseln. Neben einer solchen Änderung der Sachlage ist ein Widerruf nach § 73 Abs. 1 AsylG auch bei einer Änderung der Rechtslage zumindest dann möglich, wenn der Vorrang des Unionsrechts dies gebietet, so z.B. nach der Einführung der (damals neuen) Ausschlussklauseln des § 3 Abs. 2 AsylG im Jahr 2002 zur Abwehr terroristischer Gefahren⁶³⁴.

§ 73 Abs. 1 AsylG ist abschließend zu verstehen; die allgemeine Widerrufsnorm des § 49 VwVfG ist daneben nicht anwendbar⁶³⁵. Dementsprechend muss das BAMF auch die Jahresfrist der §§ 49 Abs. 2 i.V.m. 48 Abs. 4 VwVfG nicht beachten⁶³⁶. Ein Widerruf nach § 73 Abs. 1 AsylG richtet sich primär gegen ursprünglich rechtmäßige Anerkennungen, ist jedoch, wie nach herrschender Meinung auch im allgemeinen Verwaltungsrecht⁶³⁷, im Sinne eines erst-recht-Schlusses auch dann möglich, wenn die ursprüngliche Anerkennung rechtswidrig war⁶³⁸. Er erfordert dann aber weiterhin das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1, d.h. eine *nachträgliche* Änderung der Sach- oder Rechtslage. Andernfalls

⁶³³ Vgl. auch Art. 11 Abs. 1 lit. e) und f) QRL. Dazu EuGH, U. v. 2.3.2010, verbundene Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08 – *Salahadin Abdulla* und anschließend BVerwGE 139, 109. Ausführlich zur Entscheidung des EuGH *S. Wittkopp*, Die Entscheidung des EuGH zum Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft, in: ZAR 2010, S. 170 ff. Zum Widerruf der Asylberechtigung, wenn die Anerkennung auf Nachfluchtgründen basierte, BVerwGE 141, 161 (169 ff. Rn. 23 ff.).

⁶³⁴ BVerwGE 140, 114 (122 Rn. 21): „Jedenfalls nach Umsetzung der Richtlinie 2004/83/EG durch das Richtlinienumsetzungsgesetz ist die Vorschrift mit Blick auf Art. 14 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie unionsrechtskonform so auszulegen, dass bei Vorliegen von Ausschlussgründen Altanerkennungen, die vor Einführung dieser Ausschlussgründe ausgesprochen wurden, wegen der unionsrechtlich nunmehr zwingend gebotenen Beachtung dieser Ausschlussgründe zu widerrufen sind“. Das Bundesverwaltungsgericht stellt zudem darauf ab, dass der Widerruf nur *ex nunc* wirke und daher auch nicht im Widerspruch zum Grundsatz des Vertrauensschutzes stehe (122 Rn. 22).

⁶³⁵ BVerwGE 112, 80 (83 f.); *Bergmann* (Fn. 18), § 73 AsylG Rn. 3.

⁶³⁶ BVerwGE 143, 183 (189 ff. Rn. 17 f.).

⁶³⁷ BVerwG, U. v. 21.11.1986 – 8 C 33/84; *M. Sachs*, in: P. Stelkens/J. Bonk/ders., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 6 m.w.N.

⁶³⁸ BVerwG, Beschl. v. 20.6.1996 – 9 B 644/95 – Rn. 5; BVerwGE 112, 80 (83 f.); *Bergmann* (Fn. 18), § 73 AsylG Rn. 4.

kommt nur eine Rücknahme nach § 73 Abs. 2 AsylG oder § 48 VwVfG in Betracht⁶³⁹. Auf den hier untersuchten Fall bezogen bedeutet das: Ein Widerruf der Flüchtlingseigenschaft und der Asylberechtigung ist nur dann zulässig, wenn der betreffende Ausländer einen der Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG nach dem positiven Abschluss des Asylverfahrens verwirklicht. Tut er das jedoch, kann es für das BAMF dahinstehen, ob die ursprüngliche Anerkennung rechtmäßig oder rechtswidrig war. Zu beachten ist aber, dass § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG damit für den Widerruf ausscheidet, da er eine schwere nichtpolitische Straftat vor der Aufnahme als Flüchtling voraussetzt.

Mit dem Widerruf nach § 73 Abs. 1 AsylG verliert der Ausländer noch nicht seine aufenthaltsrechtliche Stellung. Allerdings wird die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Rechtsstellung als Flüchtling „unwirksam“ im Sinne des § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG⁶⁴⁰, sodass sich ein weiterer Widerruf anschließen kann, und zwar der des Aufenthaltstitels. Voraussetzung dafür ist, dass der „erste“ Widerruf, also der der Asylberechtigung oder der Flüchtlingseigenschaft, unanfechtbar ist oder eine Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung hat⁶⁴¹, was jedoch im Falle der Ausschlussgründe gem. § 75 Abs. 2 S. 1 AsylG stets der Fall ist. Zuständige Behörde für den Widerruf des Aufenthaltstitels nach § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG ist nicht das BAMF, sondern die jeweilige Ausländerbehörde. Das BAMF ist im Widerrufs- und Rücknahmeverfahren nach § 73 AsylG auch nicht etwa zum Erlass einer Abschiebungsandrohung befugt, sondern auch diesbezüglich fällt die Zuständigkeit den Ausländerbehörden zu⁶⁴².

Die Norm des § 52 AufenthG ist ebenfalls abschließend zu verstehen und schließt eine ergänzende Anwendung des § 49 VwVfG aus⁶⁴³. Der Widerruf des Aufenthaltstitels erfolgt *ex nunc*. Dies ist zwar im Gesetzestext anders als in § 49

⁶³⁹ BVerwGE 112, 80 (85 f.).

⁶⁴⁰ Das „Erlöschen“ i.S.d. § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG regeln demgegenüber die §§ 72, 73a AsylG. Im Gegensatz zum „Unwirksamwerden“ endet die Asylberechtigung bzw. die Flüchtlingseigenschaft hier schon von Gesetzes wegen (Möller [Fn. 19], § 52 AufenthG Rn. 20).

⁶⁴¹ VGH BW, Beschl. v. 18.1.2007 – 13 S 1576/06 – Rn. 4 ff.; Bauer (Fn. 439), § 52 AufenthG Rn. 11; Möller (Fn. 19), § 52 AufenthG Rn. 20

⁶⁴² BVerwGE 110, 111 (117 f.); Bergmann (Fn. 18), § 73 AsylG Rn. 2.

⁶⁴³ Bauer (Fn. 439), § 52 AufenthG Rn. 3. Somit gilt auch hier die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht.

Abs. 1, 2 VwVfG nicht *expressis verbis* enthalten, ergibt sich jedoch bereits aus der allgemeinen Begriffsbestimmung als Widerruf⁶⁴⁴.

bb) Rücknahme

Der Begriff der Rücknahme beschränkt sich nach verwaltungsrechtlichem Sprachgebrauch auf anfänglich rechtswidrige Verwaltungsakte. Damit in Einklang steht § 73 Abs. 2 AsylG, der die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter sowie der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zwingend vorschreibt, wenn sie auf Grund unrichtiger Angaben oder infolge Verschweigens wesentlicher Tatsachen erteilt worden ist. Im Gegensatz zu § 73 Abs. 1 AsylG ist die Norm nicht abschließend zu verstehen, sondern lässt Raum für eine Anwendung des § 48 VwVfG⁶⁴⁵. Wie das Bundesverwaltungsgericht richtig erkannt hat, ist kein Grund ersichtlich, weshalb zwar für die Fälle des § 73 Abs. 2 AsylG eine Verschärfung gegenüber der nur eine Ermessensfolge beinhaltenden allgemeinen Rücknahmebestimmung vorgeschrieben wird, in allen anderen Fällen anfänglich rechtswidriger Anerkennung aber nicht einmal eine Rücknahme nach Ermessen unter Rückgriff auf § 48 VwVfG zulässig sein sollte⁶⁴⁶. Der Gesetzgeber hat durch Einfügung des § 73 Abs. 4 AsylG, der von einer Rücknahme „nach dieser Vorschrift oder nach § 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes“ spricht, deutlich gemacht, dass er sich der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts anschließt⁶⁴⁷. In den hier relevanten Fällen, in denen es um die Erfüllung der Ausschlussklauseln nach § 60 Abs. 8 AufenthG geht, wird zwar ohnehin meistens ein Fall des § 73 Abs. 2 AsylG vorliegen. Auch in anderen Fällen, in denen beispielsweise das BAMF die Einschlägigkeit einer Ausschlussklausel übersehen oder falsch bewertet hat, ist aber eine Rücknahme nach § 48 Abs. 1, 3 VwVfG möglich. Diese steht dann freilich nur im Ermessen der Behörde, und auch die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG greift in solch einem Fall⁶⁴⁸. Die Rücknahme der Asylberechtigung bzw. der Flüchtlingseigenschaft kann im Falle des § 48 VwVfG auch mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgen; für § 73 Abs. 2

⁶⁴⁴ *Bauer* (Fn. 439), § 52 AufenthG Rn. 3.

⁶⁴⁵ BVerwGE 112, 80 (88 ff.).

⁶⁴⁶ BVerwGE 112, 80 (89 f.).

⁶⁴⁷ BT-Drs. 16/5065, S. 220; *Bergmann* (Fn. 18), § 73 AsylG Rn. 21.

⁶⁴⁸ BVerwGE 112, 80 (91).

AsylG scheint das Bundesverwaltungsgericht sogar davon auszugehen, dass dies stets der Fall ist⁶⁴⁹.

Erfolgt die Rücknahme *ex tunc*, war auch der erteilte Aufenthaltstitel von Anfang an rechtswidrig, was wiederum – in einem zweiten Schritt – dazu führt, dass auch er durch die dann zuständige Ausländerbehörde zurückgenommen werden kann. Anders als der Widerruf in § 52 AufenthG ist die Rücknahme des Aufenthaltstitels jedoch lediglich in § 51 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG genannt und nicht speziell geregelt. Damit ist hier ein Rückgriff auf § 48 VwVfG zwingend erforderlich⁶⁵⁰. § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG, der seinen Anwendungsbereich recht unpräzise mit dem „Unwirksamwerden“ dieses Status umschreibt, geht der allgemeinen Rücknahmebestimmung nicht etwa vor⁶⁵¹.

Nimmt das BAMF seine Statusentscheidung zurück, kann daher die Ausländerbehörde, anders als im Falle des Widerrufs, auch den Aufenthaltstitel mit Wirkung für die Vergangenheit zurücknehmen. Es schließt sich die Kostenfolge des § 49a VwVfG an. Für die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des BAMF als Voraussetzung der Rücknahme gilt mit Blick auf § 75 Abs. 2 AsylG das für den Widerruf Gesagte.

c) Geeignetheit von Widerruf und Rücknahme zur Gefahrenabwehr?

Trotz des Umstandes, dass einer tatsächlichen Aufenthaltsbeendigung im Anschluss an den Widerruf bzw. die Rücknahme vielfach die absoluten Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2, 5, 7 AufenthG entgegenstehen, sind die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nicht *per se* ungeeignet. Sie können jedenfalls einer Verfestigung des Aufenthalts entgegenwirken; zudem können die maßgeblich aus der EMRK abgeleiteten absoluten Abschiebungsverbote auf den Widerruf/die Rücknahme bereits deshalb keinen Einfluss haben, weil sie keine Aussagen über den Aufenthaltsstatus beinhalten. Im Einzelnen kann insofern auf die zur Ausweisung getätigten Aussagen verwiesen werden⁶⁵².

Für die Ermessenserwägungen der Ausländerbehörden im Rahmen der Prüfung des Widerrufs oder der Rücknahme des Aufenthaltstitels gilt zudem, dass schon

⁶⁴⁹ BVerwG, U. v. 13.4.2010 – 1 C 10/09 – Rn. 17.

⁶⁵⁰ Bauer (Fn. 439), § 51 AufenthG Rn. 7; Möller (Fn. 19), § 51 AufenthG Rn. 10.

⁶⁵¹ BVerwG, U. v. 13.4.2010 – 1 C 10/09 – Rn. 15.

⁶⁵² § 4-C.-II.-1.

im „Normalfall“ von einem grundsätzlich hohen öffentlichen Interesse an der Aufhebung des Aufenthaltstitels auszugehen ist, da mit der Asylberechtigung bzw. der Flüchtlingseigenschaft der oftmals einzige Grund für die Erteilung entfällt⁶⁵³. Im Falle der Verwirklichung von Ausschlussgründen im Sinne des § 60 Abs. 8 AufenthG muss dies umso mehr gelten. Hinzu kommt, dass Widerruf und Rücknahme der Asylberechtigung bzw. der Flüchtlingseigenschaft gem. § 73 Abs. 2a S. 4 AsylG auch mehr als drei Jahre nach Anerkennung nicht im Ermessen des BAMF stehen, sofern es um die Verwirklichung von Ausschlussgründen geht. Dies spricht dafür, dass auch das Ermessen der Ausländerbehörden in solch einem Fall auf Null reduziert ist, da ansonsten der Verlust der Rechtsstellung als Flüchtling oder Asylberechtigter keine aufenthaltsrechtlichen Folgen nach sich ziehen würde.

d) Problematische Vermischung der Ausschlussgründe

aa) Verwirklichung des Art. 1 F GFK

Erfolgt der Widerruf oder die Rücknahme auf Grundlage des § 3 Abs. 2 AsylG, so ist dies unproblematisch mit den internationalen Vorgaben vereinbar. Art. 1 F GFK schreibt vor, dass solche Personen keine Flüchtlinge sind und die Bestimmungen der GFK auf sie keine Anwendung finden. Mit Ausnahme des Art. 1 F lit. b) GFK (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AsylG), der eine schwere nichtpolitische Straftat *vor* der Aufnahme als Flüchtling fordert, kann es aber keinen Unterschied machen, wann die jeweilige Ausschlussklausel verwirklicht wird. Daher muss nach einhelliger Ansicht einschließlich der des UNHCR notfalls auch eine Aberkennung des Status, hier in Form des Widerrufs, möglich sein⁶⁵⁴. Die Aberkennung wird in diesen Fällen durch Art. 14 Abs. 3 QRL auch zwingend vorgeschrieben.

⁶⁵³ *Bauer* (Fn. 439), § 52 AufenthG Rn. 15; auch zu weiteren Ermessenserwägungen.

⁶⁵⁴ BVerwGE 139, 272 (279 ff. Rn. 22 ff.); *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 15 ff. („cancellation“ = Rücknahme und „revocation“ = Widerruf); *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 147 f.; *Marx*, Handbuch (Fn. 8), § 37 Rn. 14 ff.; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 37 f. (2014).

bb) Verwirklichung des Art. 33 Abs. 2 GFK

In Deutschland führt jedoch auch die Verwirklichung von § 60 Abs. 8 S. 1 und 3 AufenthG, die beide auf Art. 33 Abs. 2 GFK zurückgehen, dazu, dass die Anerkennung als Flüchtling und Asylberechtigter gem. § 3 Abs. 4 AsylG unterbleibt oder gegebenenfalls später widerrufen wird (vgl. § 73 Abs. 2a S. 5 AsylG). Ähnliche Befugnisse sieht die QRL in Art. 14 Abs. 4, 5 vor⁶⁵⁵, stellt die Umsetzung jedoch, anders als im Rahmen des Art. 14 Abs. 3, in das Ermessen der Mitgliedsstaaten⁶⁵⁶.

Dass von einer Anwendung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG aufgrund des Verstoßes gegen Völker- und Unionsrechts generell abgesehen werden muss, wurde bereits beschrieben⁶⁵⁷. Aber auch davon abgesehen ist vielfach kritisiert worden, dass nach deutscher – und mittlerweile auch unionaler – Konzeption auch die Verwirklichung des Art. 33 Abs. 2 GFK zum Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft (und der Asylberechtigung) führt⁶⁵⁸. Dadurch würden die Ausschlussgründe der GFK, die in Art. 1 D-F *abschließend* normiert seien, *de facto* erweitert, was gegen tragende Prinzipien der Konvention verstoße⁶⁵⁹. Dem halten Befürworter der Möglichkeit des Widerrufs bzw. der Ablehnung einer Anerkennung vor allem entgegen, dass die Beibehaltung der Flüchtlingseigenschaft nicht vorgeschrieben sein könne, wenn doch bereits das wichtigste Element des Flüchtlingschutzes, nämlich das Refoulementverbot, keine Geltung mehr habe⁶⁶⁰.

Beide Lösungsansätze sind allerdings zu pauschal. Entscheidend muss es darauf ankommen, ob einem Verfolgten, der „nur“ unter Art. 33 Abs. 2 GFK fällt und

⁶⁵⁵ Die Aufnahme in die QRL war umstritten, vgl. Council doc. 12620/02 v. 23.10.2002, S. 19.

⁶⁵⁶ Vgl. den Wortlaut: „Die Mitgliedsstaaten *können* [...], Hervorhebung durch den Verf.“.

⁶⁵⁷ § 5-B.-V.-2.

⁶⁵⁸ *UNHCR*, Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG, Genf 2005, S. 26 f.; *Pelzer*, Widerruf (Fn. 420), S. 161; *Wennholz*, Ausnahmen (Fn. 8), S. 140; *Marx*, Handbuch (Fn. 8), § 37 Rn. 8 ff. A.A. BVerwGE 124, 276 (287 f.); *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 14. Die Argumentation von *Treiber* (Fn. 7), § 60 Rn. 222 ff. (2011) sowie *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 35 f. (2014), die die Ablehnung des Asylantrags auf Grundlage des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG für zulässig halten, nicht aber die spätere Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ist nicht recht nachvollziehbar.

⁶⁵⁹ *UNHCR*, Stellungnahme des UNHCR zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, 2006, S. 8.

⁶⁶⁰ *Hailbronner* (Fn. 12), § 73 AsylG Rn. 69 (2014); *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 10 sowie Art. 14 QRL Rn. 14 spricht von einer „künstlichen Unterscheidung“ („artificial distinction“) zwischen Art. 1 F und 33 Abs. 2 GFK. Bei Verlust des Refoulementsschutzes gleiche ein dennoch verbleibender Flüchtlingsstatus einer „empty shell“.

dem dennoch der Flüchtlingsstatus verwehrt wird, Rechte aus der GFK vorenthalten werden. Für diese Untersuchung kann zwischen drei Situationen differenziert werden:

(i) Abschiebung in den Verfolgerstaat

Kann erstens aufgrund des Vorliegens des Art. 33 Abs. 2 GFK die Abschiebung in den Verfolgerstaat vollzogen werden, spielt es in praktischer Hinsicht keine Rolle, ob zugleich die Flüchtlingseigenschaft widerrufen oder zurückgenommen wird. Mit der – von Art. 33 Abs. 2 GFK zweifelsfrei umfassten – Durchführung des Refoulements wird der Flüchtlingsschutz in seinem Kern ausgeschaltet. Die Beibehaltung des formellen Flüchtlingsstatus in dem (dann ehemaligen) Aufnahmestaat bringt in diesem Fall keine Vorteile mehr mit sich.

(ii) Geduldeter Verbleib in der Bundesrepublik

Die zweite, praktisch wohl am häufigsten vorkommende Situation ist die, dass der Ausländer aufgrund eines absoluten Abschiebungsverbotes nicht in den Verfolgerstaat abgeschoben werden kann und sich auch kein aufnahmebereiter Drittstaat finden lässt, der Ausländer also letztlich im Bundesgebiet verbleibt und eine Duldung im Sinne des § 60a Abs. 2 AufenthG erhält. Fraglich ist, ob die GFK dann einer Entziehung des Flüchtlingsstatus entgegensteht. Richtig ist hier sicherlich, dass Art. 33 Abs. 2 sich nur auf das Refoulementverbot bezieht, und nicht wie Art. 1 F GFK auf die GFK im Ganzen.

Statt der Unterscheidung zwischen Beibehaltung und Aberkennung eines formellen Status muss es jedoch entscheidend darauf ankommen, ob mit dem Widerruf der Flüchtlingseigenschaft der Verlust von Rechten einhergeht, die einem im Aufnahmestaat verbleibenden Ausländer, der „nur“ unter Art. 33 Abs. 2 GFK fällt, eigentlich zustehen müssen⁶⁶¹. Die Rechte, die in der GFK an keine weiteren Bedingungen als die der Flüchtlingseigenschaft geknüpft sind, ergeben sich

⁶⁶¹ Vgl. *UNHCR*, Kommentar (Fn. 658), S. 27; *Kraft* (Fn. 7), Art. 12 QRL Rn. 10. Der Argumentation von *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 35 (2014), die GFK würde einen formellen Flüchtlingsstatus gar nicht vorsehen und könne daher auch keine Aussagen über die Aberkennung eines solchen Status enthalte, kann hingegen nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass die GFK keine genauen Vorgaben für ein asylrechtliches Verfahren enthält. Die Umsetzung der Genfer Konvention nach Treu und Glauben erfordert jedoch irgendeine Form von Verfahren, in dem die Flüchtlingseigenschaft von einer fachkundigen Stelle verbindlich geprüft wird (s.o., § 2-B.-I.-2.-c)-aa) m.w.N.).

aus Art. 13, 14, 16, 22, 25, 27, 31 und 32⁶⁶². Art. 32 gehört in diese Aufzählung, auch wenn er Anforderungen an die Ausweisung von sich *rechtmäßig* aufhaltenden Flüchtlingen vorsieht, denn er muss auch und gerade für die Maßnahme greifen, die den Aufenthalt rechtswidrig macht, sonst wäre er sinnbefreit⁶⁶³. Dass die so aufgezählten Rechte in Deutschland dem Geduldeten verwehrt werden, ist nicht ersichtlich⁶⁶⁴; und auch die Ausweisungsentscheidung knüpft in § 53 Abs. 3, 4 AufenthG an Art. 32 GFK an. Weitergehende Rechte sind in der GFK hingegen an einen rechtmäßigen Aufenthalt geknüpft. Es ist daran zu erinnern, dass die Entscheidung darüber, wann ein Aufenthalt rechtmäßig und wann rechtswidrig ist, den Vertragsstaaten zusteht⁶⁶⁵. Die Aufhebung des Aufenthaltstitels, die in den hier behandelten Fällen jedenfalls durch Ausweisung möglich sein wird und zum rechtswidrigen Aufenthalt des Ausländers führt, läuft daher der GFK nicht zuwider. Die Rechte, die sich für diese Personengruppe aus der GFK ergeben, werden in Deutschland jedoch gewährt. Welche Vorteile die Beibehaltung des formellen Flüchtlingsstatus hier noch bringen soll, ist nicht ersichtlich. Daher kann auch in dieser Situation ein Verstoß gegen die GFK nicht festgestellt werden.

Die hier beschriebene Vorgehensweise, die den Schwerpunkt nicht auf die Zu- oder Aberkennung eines formellen Status legt, sondern auf die sich aus der GFK ergebenden Rechte, liegt im Übrigen auch der QRL zugrunde, wenn auch etwas

⁶⁶² A.A. wohl *H.-G. Maaßen*, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, S. 16, 48, 81, wonach die Rechte aus der GFK, mit Ausnahme des Art. 33, nur dem *anerkannten* Flüchtling zustehen. Dem hält jedoch die ganz h.M. zurecht entgegen, dass die Anerkennung lediglich deklaratorisch ist; siehe nur *W. Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement, 1982, S. 90 sowie *UNHCR*, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 3. Aufl., Genf 2011, Ziff. 28. Auf den ersten Blick erscheint auch der praktisch bedeutsame Art. 17 (nichtseltständige Arbeit) in Abs. 2 eine Regelung vorzusehen, die alle Flüchtlinge betrifft. Allerdings bezieht sich Abs. 2 auf den Abs. 1 und damit nur auf Flüchtlinge, die sich rechtmäßig im Gebiet des Aufenthaltsstaates aufhalten (vgl. *A. Edwards*, in: Zimmermann, Convention [Fn. 27], Art. 17 Rn. 42: Die Formulierung „in keinen Fall“ bezieht sich auf einschränkende Maßnahmen, die auch allgemein Ausländern gegenüber getroffen werden kann).

⁶⁶³ *U. Davy*, in: Zimmermann, Convention (Fn. 27), Art. 32 Rn. 55 (Fn. 155); a.A. Bay. VGH, B. v. 10.7.2009 – 10 ZB 09.950 – Rn. 31.

⁶⁶⁴ Insbesondere besteht auch für Geduldete das praktisch bedeutsame Recht auf Bildung aus Art. 22 GFK; vgl. z.B. § 34 Abs. 6 S. 2 Schulgesetz NRW (Schulpflicht für ausreisepflichtige ausländische Kinder und Jugendliche) sowie § 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG (Möglichkeit des Absehens von räumlicher Beschränkung, wenn dies zum Schulbesuch erforderlich ist).

⁶⁶⁵ BVerwGE 88, 254 (267); *Bauer* (Fn. 439), Vorbemerkung §§ 53-56 AufenthG Rn. 119. Vgl. auch *Grahl-Madsen*, Commentary (Fn. 23), Art. 26 Rn. 3.

„versteckt“. Während in Art. 14 Abs. 3 QRL nämlich noch von der Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der „Flüchtlingseigenschaft“ die Rede ist, geht es in den die Ausschlussgründe des Art. 33 Abs. 2 GFK enthaltenen Absätzen 4 und 5 um die dem *Flüchtling* „von einer Regierungs- oder Verwaltungsbehörde, einem Gericht oder einer gerichtsähnlichen Behörde zuerkannte *Rechtsstellung* [Hervorhebung durch den Verf.]“⁶⁶⁶. Auffällig ist also zunächst, dass diejenigen, die unter Art. 14 Abs. 4, 5 QRL fallen, noch als Flüchtlinge betrachtet werden; in Art. 14 Abs. 3 QRL (der unter anderem Art. 1 F GFK umsetzt) geht es dagegen schlicht um „Drittstaatsangehörige“. Was sich hinter dem doch sehr weiten Begriff der „Rechtsstellung“ verbirgt, macht die QRL dagegen nicht recht deutlich. Nach Erwägungsgrund 32 kann die Rechtsstellung auch die Flüchtlingseigenschaft einschließen. Das bedeutet dann aber, dass die äußerlich vorgenommene Unterscheidung zwischen Art. 14 Abs. 3 auf der einen und Art. 14 Abs. 4, 5 QRL auf der anderen Seite letztlich praktisch doch keine Folgen hat. Es handelt sich stattdessen um einen Kompromiss, der den unterschiedlichen Auffassungen über die Bedeutung des Art. 33 Abs. 2 GFK geschuldet ist⁶⁶⁷. Die Mitgliedsstaaten können – da die Umsetzung von Art. 14 Abs. 4, 5 QRL in ihrem Ermessen steht – zunächst einmal selbst entscheiden, ob sie Art. 33 Abs. 2 GFK überhaupt einen Einfluss auf den aufenthaltsrechtlichen Status zusprechen wollen. Zweitens können die Mitgliedsstaaten auch darüber entscheiden, ob sie diesen Einfluss klar von Art. 1 F GFK abgrenzen wollen und daher nur eine – wie auch immer definierte – „Rechtsstellung“ aberkennen, oder ob sie einfach in beiden Fällen die Flüchtlingseigenschaft entziehen, was in Deutschland der Fall ist⁶⁶⁸.

Auch die QRL erkennt aber, dass in jedem Fall bestimmte Rechte aus der GFK weiterhin gewährt werden müssen, sofern der Ausländer lediglich Art. 33 Abs. 2

⁶⁶⁶ Diese Unterscheidung wird allerdings in dem Vorschlag der Kommission vom 13.7.2016 für eine die QRL ersetzende Verordnung (COM [2016] 466 final) aufgegeben. Art. 14 Abs. 2 lit. d), e) i.V.m. Abs. 2 des Vorschlags sieht stattdessen auch für die Fälle des Art. 33 Abs. 2 GFK eine Beendigung bzw. eine Ablehnung des Flüchtlingsstatus vor.

⁶⁶⁷ So auch *A. Klug*, Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?, in: *GYIL* 2004, S. 594 (419); *Kraft* (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 16.

⁶⁶⁸ Vgl. *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 109. *UNHCR*, Kommentar (Fn. 658), S. 27 geht davon aus, dass die „Rechtsstellung“ das von dem Mitgliedsstaat gewährte Asylrecht, und eben nicht die Flüchtlingseigenschaft sein soll. Es ist aber unklar, was mit dem „Asylrecht“ gemeint ist und welche Folgen ein Entzug haben soll. Kritisch daher im Bezug auf diesen Ansatz auch *Pelzer*, Widerruf (Fn. 420), S. 162. *Klug*, Harmonization, ebda., S. 419, zufolge werden die meisten Mitgliedsstaaten die durch die QRL vorgenommene Differenzierung wohl gar nicht erkennen. Dem ist zuzustimmen.

GFK verwirklicht. Daher ordnet Art. 14 Abs. 6 QRL an, dass solche Personen die in den Artikeln 3, 4, 16, 22, 31, 32 und 33 der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Rechte oder vergleichbare Rechte geltend machen können, sofern sie sich in dem Mitgliedsstaat aufhalten⁶⁶⁹. Die Aufzählung beinhaltet konsequenterweise Rechte, die nicht von einem rechtmäßigen Aufenthalt abhängen (sowie Art. 32 GFK, der wie beschrieben auch in diese Liste gehört)⁶⁷⁰. Keinen Sinn ergibt hingegen die Aufzählung des Art. 33 GFK, der durch die die Verwirklichung des Art. 33 Abs. 2 GFK ja gerade aufgehoben ist⁶⁷¹. Anders als die in Art. 14 Abs. 6 QRL aufgezählten Rechte müssen die Rechte, die die QRL selbst in Kapitel VII für Flüchtlinge bereithält, hingegen nicht zwingend gewährt werden. Denn wenn Art. 14 Abs. 4, 5 QRL i.V.m. Erwägungsgrund 32 die Aberkennung bzw. Ablehnung der Flüchtlingseigenschaft letzten Endes erlauben, schließt das auch die Rechte aus Kapitel VII aus⁶⁷².

Zusammenfassend gilt daher: Aufgrund der Beibehaltung derjenigen Rechte der GFK, die auch den sich rechtswidrig in einem Vertragsstaat aufhaltenden Flüchtlingen zustehen, verstößt die Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft gem. § 73 Abs. 1, 2 AsylG auch in der Situation, in der der Ausländer nicht abgeschoben werden kann und als Geduldeter (§ 60a Abs. 2 AufenthG) im Bundesgebiet verbleibt, weder gegen die GFK noch gegen die QRL.

(iii) Abschiebung in sicheren Drittstaat

In einer dritten denkbaren Fallkonstellation gelingt die auch im Falle des Art. 33 Abs. 2 GFK vorrangige Abschiebung in einen sicheren Drittstaat – wenngleich diese Möglichkeit in den allermeisten Fällen im Bereich des theoretischen bleiben wird. Hier kann der formelle Flüchtlingsstatus dem Ausländer durchaus Vorteile bringen⁶⁷³. Die GFK beinhaltet aber keine Bindungswirkung ausländischer

⁶⁶⁹ Diese Regelung wird in Art. 14 Abs. 3 des Vorschlags der Kommission für eine neue Verordnung trotz des Wegfalls der Unterscheidung zwischen der „Rechtsstellung“ und der Flüchtlingseigenschaft (vgl. Fn. 666) aufrechterhalten.

⁶⁷⁰ Klug, Harmonization (Fn. 667), S. 419; vgl. Kraft (Fn. 7), Art. 14 QRL Rn. 26 ff.

⁶⁷¹ Marx, Handbuch (Fn. 8), § 37 Rn. 63; Treiber (Fn. 7), § 60 Rn. 223 (2011) sowie Funke-Kaiser (Fn. 23), § 2 Rn. 35 (2014).

⁶⁷² Anders ist dies im Fall der Ausweisung. Zu den damit einhergehenden Problemen s.o., § 4-C.-II.-2.

⁶⁷³ Vgl. in Deutschland § 60 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 AufenthG.

Anerkennungen als Flüchtling, sondern gesteht jedem Vertragsstaat eine eigenständige Prüfung zu⁶⁷⁴. Daher kann sie auch nicht die Beibehaltung des Flüchtlingsstatus für diese dritte Fallkonstellation der Abschiebung in einen Drittstaat vorschreiben.

(iv) Fazit

Es ist zwar richtig, dass Art. 33 Abs. 2 GFK anders konzipiert ist als der den Widerruf der Flüchtlingseigenschaft zweifellos erlaubende Art. 1 F GFK. Diese Feststellung allein kann jedoch nicht den pauschalen Schluss rechtfertigen, die deutsche Widerrufskonzeption würde die Ausschlussgründe der GFK unzulässig erweitern und verstoße daher gegen Völkerrecht. Entscheidend muss es hingegen darauf ankommen, ob ein Widerruf der Flüchtlingseigenschaft im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GFK einen Ausländer der Rechte beraubt, die ihm nach der GFK eigentlich zustehen würden. Dies ist in Deutschland jedoch nicht der Fall. § 73 Abs. 1, 2 AsylG ist daher mit Völkerrecht, wie auch mit der QRL, vereinbar.

II. Auswirkungen auf Asylbewerber

Die positive Bescheidung eines Asylantrags ist ein lediglich deklaratorischer Akt, sowohl die Flüchtlingseigenschaft als auch die Asylberechtigung entfalten bereits zuvor ihre Wirkung⁶⁷⁵. Deshalb erhält der Asylantragsteller nach § 55 Abs. 1 S. 1 AsylG eine Aufenthaltsgestattung und deshalb muss auch die Abschiebung von Personen, deren Asylverfahren noch nicht beendet ist, engen Grenzen unterworfen sein. Dennoch sieht das Gesetz sie an einigen Stellen vor, wenn die Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG auf einen Ausländer zutreffen.

1. Die Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet gem. § 30 Abs. 4 AsylG

Stellt das BAMF während des Asylverfahrens fest, dass der Asylbewerber einen der Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG verwirklicht (hat), so lehnt es gem. § 30 Abs. 4 AsylG den Asylantrag als offensichtlich unbegründet ab. Die

⁶⁷⁴ BVerfGE 52, 391 (400 f.) m.w.N.; *Hailbronner* (Fn. 12), § 60 AufenthG Rn. 35 (2016).

⁶⁷⁵ Dazu oben, § 2-B.-I.-2.-b)-cc) betreffend Konventionsflüchtlinge sowie § 2-C.-II.-2. betreffend Asylberechtigte nach Art. 16a GG.

Ablehnung beruht darauf, dass der Asylsuchende nicht besser stehen soll als der anerkannte Flüchtling bzw. Asylberechtigte⁶⁷⁶. Das Modell der Ablehnung eines Asylantrags als *offensichtlich* unbegründet geht auf Art. 16a Abs. 4 GG zurück, der den Prüfungsumfang der Gerichte beschränkt, die Entscheidung darüber, *wann* ein Asylantrag als offensichtlich unbegründet abzulehnen ist, aber dem einfachen Gesetzgeber überlässt⁶⁷⁷. An die Ablehnung als offensichtlich unbegründet sind weitreichende Konsequenzen geknüpft⁶⁷⁸.

a) **Folgen der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet**

Das BAMF erlässt gegen den abgelehnten Asylbewerber gem. § 34 Abs. 1 AsylG eine Abschiebungsandrohung⁶⁷⁹. Die Ausreisefrist beträgt dabei gem. § 36 Abs. 1 AsylG nur eine Woche anstatt der „normalen“ dreißigtägigen Frist im Falle der „einfachen“ Ablehnung des Asylantrags (§ 38 Abs. 1 S. 1 AsylG). Wurde das Asylverfahren im beschleunigten Verfahren durchgeführt, was nach § 30a Abs. 1 Nr. 7 AsylG möglich ist⁶⁸⁰, ist der Ausländer verpflichtet, bis zu seiner Ausreise in der für seine Aufnahme zuständigen besonderen Aufnahme-einrichtung (§ 5 V AsylG) zu wohnen, § 30a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. b) AsylG.

Weitläufig zurückgedrängt ist auch der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet, der – da kein Fall des

⁶⁷⁶ BVerwGE 109, 1 (2 f.).

⁶⁷⁷ BVerfGE 94, 166 (191); *A. Heusch*, in: W. Kluth/ders., Beck'scher Online Kommentar Ausländerrecht, 14. Edition 2017, § 30 AsylG Rn. 4 (05/2017). Der Verfassungsgesetzgeber hatte von vornherein auch solche Ausländer im Sinn, die schwere Straftaten begangen haben: Vgl. BT-Drs. 12/4152, S. 4.

⁶⁷⁸ Die Ablehnung als offensichtlich begründet dient der Beschleunigung des Verfahrens; der Ausländer soll so schneller das Land verlassen (vgl. BT-Drs. 12/2062, S. 33). Näher zu den Zielen der Ablehnung als offensichtlich unbegründet *A.-M. Fuerst*, Rechtsschutz gegen offensichtlich unbegründete Asylanträge, in: NVwZ 2012, S. 213 (213 f.).

⁶⁷⁹ Die Feststellung nationaler Abschiebungsverbote aus § 60 Abs. 5, 7 AufenthG (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AsylG) steht einer Abschiebungsandrohung nicht *per se* entgegen, sondern verbietet nur die Abschiebung in bestimmte Staaten; vgl. *K. Müller*, in: Hofmann, Ausländerrecht (Fn. 19), § 34 AsylG Rn. 15 sowie *Bergmann* (Fn. 18), § 36 AsylG Rn. 21.

⁶⁸⁰ Das beschleunigte Verfahren wird gem. Art. 31 Abs. 8 lit. j) der Verfahrensrichtlinie durch Unionsrecht zugelassen. Art. 32 der Verfahrensrichtlinie lässt in diesem Fall auch die Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet zu. Aufgrund der weitreichenden Konsequenzen eines Ausschlusses von der Flüchtlingseigenschaft sprechen sich gegen die Zulässigkeit des beschleunigten Verfahrens aus *UNHCR*, Richtlinien (Fn. 219), Ziff. 31 sowie *R. Marx*, Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: ZAR 2002, S. 127 (133).

§ 75 Abs. 1 AsylG vorliegt und somit die Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung hat – überwiegend in das Eilverfahren verlagert ist⁶⁸¹. Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Abschiebungsandrohung⁶⁸² muss gem. § 36 Abs. 3 S. 1 AsylG binnen einer Woche nach ihrer Bekanntgabe gestellt werden; die Klagefrist beträgt dementsprechend ebenfalls nur eine Woche, § 74 Abs. 1 2. Hs. AsylG. § 36 Abs. 3 AsylG enthält zudem zahlreiche weitere Vorschriften zur Beschleunigung des Verfahrens⁶⁸³. Wird allerdings der Eilrechtsschutzantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO rechtzeitig gestellt, darf eine Abschiebung vor einer Entscheidung des Gerichts nicht erfolgen, § 36 Abs. 3 S. 8 AsylG.

In Umsetzung des Art. 16a Abs. 4 GG darf das Gericht gem. § 36 Abs. 4 S. 1 AsylG die Aussetzung der Abschiebung nur anordnen, „wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen“⁶⁸⁴. „Ernstliche Zweifel“ liegen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dann vor, „wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, daß die Maßnahme einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhält“⁶⁸⁵. Damit geht eine wesentliche Abweichung vom normalen Prüfprogramm des Gerichts einher⁶⁸⁶. Gegen die Entscheidung des Gerichts ist zudem die Beschwerde nicht zulässig, § 80 AsylG. Wird der Eilantrag abgelehnt, ist der Ausländer somit gezwungen, die in der Hauptsache erhobene Klage notfalls von seinem Heimatstaat aus weiter zu verfolgen⁶⁸⁷. Ob die zahlreichen Beschränkungen des einstweiligen Rechtsschutzes mit der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG noch vereinbar sind, erscheint zweifelhaft, kann in dieser Arbeit aber nicht vertieft werden⁶⁸⁸.

⁶⁸¹ Heusch (Fn. 677), § 30 AsylG Rn. 62 (11/2016).

⁶⁸² Die Ablehnung des Asylantrags an sich wird hingegen mit der (kassatorischen) Verpflichtungsklage angegriffen, da der Ausländer eine positive Bescheidung erreichen möchte; vgl. Bergmann (Fn. 18), § 36 AsylG Rn.36 sowie Müller (Fn. 679), § 36 AsylG Rn. 11.

⁶⁸³ Dazu Bergmann (Fn. 18), § 36 AsylG Rn. 26 ff. Dies führt dazu, dass die „Tatsachenermittlung ein Stück weit vom Gericht auf den Asylbewerber verschoben wird“ (Fuerst, Rechtsschutz [Fn. 678], S. 213).

⁶⁸⁴ BVerfGE 94, 166 (190 f.).

⁶⁸⁵ BVerfGE 94, 166 (194). Näher Müller (Fn. 679), § 36 AsylG Rn. 37 ff.

⁶⁸⁶ BVerfGE 94, 166 (193 f.); Bergmann (Fn. 18), § 36 AsylG Rn. 21.

⁶⁸⁷ Vgl. Bergmann (Fn. 18), § 36 AsylG Rn. 13. Zu den Folgen, wenn das Gericht dem Antrag stattgibt, Fuerst, Rechtsschutz (Fn. 678), S. 214 f.

⁶⁸⁸ Bergmann (Fn. 18), § 36 AsylG Rn. 9 ff. beschreibt anschaulich, welche praktischen Schwierigkeiten für den der deutschen Sprache nicht mächtigen Asylbewerber bei der Einhaltung der nur einwöchigen Frist bestehen. Eine Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG sei nur durch eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des Abschiebungs-

Im anschließenden Hauptsacheverfahren können die Gerichte eine Klage gem. § 78 Abs. 1 AsylG als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet zurückweisen, was zum Ausschluss der Berufung führt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Vorschrift für verfassungskonform erklärt, da die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kein Recht auf einen Instanzenzug enthalte⁶⁸⁹. Der Entscheidung müsse sich jedoch eindeutig entnehmen lassen, woraus sich die „Offensichtlichkeit“ der Abweisung ergebe⁶⁹⁰.

b) Vereinbarkeit der Ablehnung „gefährlicher“ Asylbewerber mit höherrangigem Recht

Wie im Rahmen des Widerrufs gem. § 73 AsylG wird auch die Ablehnung des Asylantrags dafür kritisiert, dass sie auf Basis des Art. 33 Abs. 2 GFK (§ 60 Abs. 8 S. 1, 3 AufenthG) erfolgen könne und die Ausschlussgründe der GFK damit unzulässig erweitert würden⁶⁹¹. Da damit nach oben Gesagtem⁶⁹² allerdings keine Vorenthaltung von Rechten einhergeht, die dem Asylbewerber nach der GFK eigentlich zustehen, ist die Regelung insofern nicht zu beanstanden.

Auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Asylgrundrecht des Art. 16a GG lässt sich auf oben getroffene Wertungen zurückgreifen. In den Fällen des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG liegt bereits keine Kollision des Asylgrundrechts mit gleichrangigen Werten vor, sodass auch ein Ausschluss von der Asylberechtigung in diesem Fall verfassungswidrig ist⁶⁹³. Die in § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG genannten Gründe sind hingegen mit dem Asylgrundrecht zwar grundsätzlich vereinbar⁶⁹⁴. Da aber die Asylanerkennung lediglich deklaratorisch und der Schutzbereich des Art. 16a GG bereits mit Erreichen des Bundesgebiets eröffnet

und Wiedereinsetzungsverfahrens zu erreichen (Rn. 16 ff.). Ähnlich *Müller* (Fn. 679), § 36 AsylG Rn. 17 ff. BVerfGE 94, 166 (195) zufolge genügt der Art. 16 Abs. 4 den Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG. Für die Verfassungskonformität auch *H. Pietzsch*, in: Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht (Fn. 677), § 36 AsylG Rn. 17.1 (05/2017).

⁶⁸⁹ BVerfGE 65, 76 (90 f.).

⁶⁹⁰ BVerfGE 65, 76 (96); so auch *Bergmann* (Fn. 18), § 78 AsylG Rn. 38 f.

⁶⁹¹ *UNHCR*, *Asylum* (Fn. 263), S. 94; R. Marx (Hrsg.), *AsylG*, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 66 f. Kritisch auch *S. Schröder*, in: Hofmann, *Ausländerrecht* (Fn. 19), § 30 AsylG Rn. 41.

⁶⁹² § 5-C.-I.-2.-b).

⁶⁹³ Vgl. oben, § 5-B.-V.-2. Es ist daran zu erinnern, dass die QRL in diesem Fall den Ausschluss nicht vorgibt, sondern in das Ermessen der Mitgliedsstaaten stellt (Art. 14 Abs. 4, 5 QRL) und somit das Asylgrundrecht der Umsetzung gerade entgegenstehen kann.

⁶⁹⁴ Für die Vereinbarkeit von § 30 Abs. 4 AsylG mit Art. 16a GG daher BVerwGE 109, 1 (2 ff.); offen gelassen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.10.2000 – 2 BvR 1280/99 – Rn. 13.

ist, steht auch dem Ausschluss von Asylbewerbern die Verwirkungssperre des Art. 18 GG entgegen⁶⁹⁵. In den Fällen des § 3 Abs. 2 AsylG wiederum ergibt sich der Ausschluss bereits zwingend aus Unionsrecht, das Asylgrundrecht muss dahinter zurückstehen⁶⁹⁶.

2. Abschiebung nach § 60 Abs. 9 AufenthG

Neben der Möglichkeit der Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG kann im Fall des § 60 Abs. 8 AufenthG einem Asylantragsteller auch gem. § 60 Abs. 9 AufenthG „abweichend von den Vorschriften des Asylgesetzes“ die Abschiebung angedroht und diese durchgeführt werden. Welchen Zweck § 60 Abs. 9 AufenthG verfolgt und wann die Vorschrift überhaupt anwendbar ist, ist weitgehend unklar.

In personeller Hinsicht richtet sich die Norm an Asylbewerber, über deren Asylantrag noch nicht entschieden wurde⁶⁹⁷. Diese Auslegung wird zwar bereits bezweifelt⁶⁹⁸, nur so ergibt aber die Formulierung „Ausländer, der einen Asylantrag gestellt hat“, überhaupt einen Sinn, gerade im Vergleich mit § 60 Abs. 1 S. 2 AufenthG, wo es unter anderem um Ausländer geht, „denen die Flüchtlingseigenschaft unanfechtbar zuerkannt wurde“. Wird der Asylantrag abgelehnt, erlässt zudem bereits das BAMF gem. § 34 Abs. 1 S. 1 AsylG eine Abschiebungsandrohung; § 60 Abs. 9 AufenthG kann aber nicht den gleichen Anwendungsbereich haben.

⁶⁹⁵ S.o., § 5-B.-II.-2.-b). Anders hingegen, wenn man die Asylanerkennung für konstitutiv hält und den Schutz des Asylbewerbers lediglich aus einer „Vorwirkung“ des Asylgrundrechts herleitet (so die wohl h.M., u.a. BVerfGE 80, 68 [73]; weitere Nachweise oben, § 2-C.-II.-2.). Dann kann das Grundrecht mangels Eröffnung des Schutzbereiches auch nicht verwirkt werden, sodass Art. 18 GG nicht einschlägig ist.

⁶⁹⁶ § 5-B.-III.-2.

⁶⁹⁷ So auch *A. Koch*, in: Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht (Fn. 677), § 60 AufenthG Rn. 58 (08/2016).

⁶⁹⁸ *W. Möller/K. P. Stiegeler*, in: R. Hofmann, Ausländerrecht (Fn. 19), § 60 Rn. 44 („Daraus ist allerdings nicht der pauschale Schluss zu ziehen, dass in diesem Fall ‚trotz des laufenden Asylverfahrens die Abschiebung angedroht und vollzogen werden‘ könnte“) sowie *Göbel-Zimmermann/Masuch/Hruschka* (Fn. 20), § 60 AufenthG Rn. 87 („Dies setzt allerdings den negativen Abschluss des Asylverfahrens voraus“).

Zuständig für die Entscheidung nach § 60 Abs. 9 AufenthG müssen, der allgemeinen Systematik des AufenthG folgend (§ 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG), die Ausländerbehörden sein, und nicht etwa das BAMF⁶⁹⁹. Damit wird aber die eigentlich hinter der Trennung von AufenthG und AsylG stehende Logik verdreht. Das Bundesamt soll mit seiner besonderen Sachkenntnis nach den Regelungen des AsylG über zielstaatsbezogene Sachverhalte, die Ausländerbehörden hingegen nach den Regelungen des AufenthG über inlandsbezogene Sachverhalte entscheiden⁷⁰⁰. Das BAMF entscheidet außerdem im Asylverfahren – wie beschrieben – gem. § 30 Abs. 4 AsylG auch über das Vorliegen der Ausschlussgründe. Warum nun bei deren Erfüllung noch während des Asylverfahrens auch die Ausländerbehörden für die Verfügung der Abschiebungsandrohung zuständig sein sollen, ist nicht verständlich⁷⁰¹. Da die Abschiebung das Asylverfahren faktisch auch beendet, verstößt die Zuständigkeit zudem gegen Art. 4 Abs. 1 der Verfahrensrichtlinie, wonach für das Asylverfahren nur *eine* Behörde zuständig sein darf⁷⁰². Zuletzt haben die Ausländerbehörden – was durch § 60 Abs. 9 S. 2 AufenthG klargestellt wird – weiterhin die absoluten Abschiebungsverbote zu beachten und müssen das Bundesamt daher ohnehin gem. § 72 Abs. 2 AufenthG (gegebenenfalls analog⁷⁰³) beteiligen. Das Verfahren würde also auch nicht wirklich beschleunigt.

Vor diesem Hintergrund bleibt schleierhaft, welchen Zweck der § 60 Abs. 9 AufenthG erfüllen soll. Wenn er dazu gestaltet wurde, die oben beschriebenen ohnehin stark eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten des Asylbewerbers noch zu beschneiden – Abschiebungsandrohung und Durchführung sollen ja „abweichend von den Vorschriften des Asylgesetzes“ stattfinden – so wäre das mit Art. 19 Abs. 4 nicht vereinbar. Das AsylG enthält hier bereits Mindeststandards, die nicht noch unterschritten werden dürfen⁷⁰⁴. Ein Anwendungsbereich für die Anwendung von § 60 Abs. 9 AufenthG verbleibt daher nicht. Es ist auch nicht er-

⁶⁹⁹ Koch (Fn. 697), § 60 AufenthG Rn. 58.

⁷⁰⁰ So bereits BT-Drs. 9/875, S. 13. Vgl. auch BVerwGE 105, 322 (324 ff.) sowie *K.-C. Samel*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht (Fn. 18), § 72 AufenthG Rn. 10.

⁷⁰¹ Möller/Stiegeler (Fn. 698), § 60 Rn. 44 halten daher das BAMF weiterhin für „ausschließlich zuständig“.

⁷⁰² Vgl. *J. Vedsted-Hansen*, in: Hailbronner/Thym, EU (Fn. 7), Art. 4 Verfahrensrichtlinie Rn. 2 f.

⁷⁰³ Koch (Fn. 697), § 60 AufenthG Rn. 59.

⁷⁰⁴ Möller/Stiegeler (Fn. 698), § 60 Rn. 45.

sichtlich, dass die Vorschrift in der Praxis eine Rolle spielen würde. Die Rechtsprechung hat sich bislang – soweit feststellbar – noch nicht damit befassen müssen und lediglich vereinzelt auf den deklaratorischen § 60 Abs. 9 S. 2 AufenthG verwiesen⁷⁰⁵.

3. „Inclusion before exclusion“?

In den Fällen des § 30 Abs. 4 AsylG kann das Bundesamt den Asylantrag als offensichtlich unbegründet ablehnen, ohne sich vorher mit den Verfolgungsgründen des Asylbewerbers zu beschäftigen. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit § 30 Abs. 3 AsylG, der bereits einen „von sich aus“ unbegründeten Asylantrag voraussetzt und lediglich Gründe benennt, in denen dieser zum offensichtlich unbegründeten Antrag herabgestuft wird⁷⁰⁶. Das Bundesamt *kann* die Ablehnung des Asylantrags also ausschließlich auf die Ausschlussgründe des § 60 Abs. 8 AufenthG stützen. Gegen diesen Grundsatz der *exclusion before inclusion* wenden sich – in verschiedenen Variationen – zahlreiche Stimmen in der Literatur⁷⁰⁷. Ihnen zufolge sei der GFK der Grundsatz der *inclusion before exclusion* inhärent, wonach die den Asylantrag prüfenden Behörden sich zuerst mit den Verfolgungsgründen beschäftigen *müssten*⁷⁰⁸, bevor sie auf die Ausschlussgründe eingehen könnten. Für diese Ansicht werden verschiedene Argumente vorgebracht:

So handele es sich bei Art. 1 F GFK⁷⁰⁹ um eine Ausnahmeklausel, die restriktiv ausgelegt werden müsse. Von einer Ausnahme könne aber nur die Rede sein,

⁷⁰⁵ Vgl. VG Gießen, U. v. 25.2.2014 – 1 K 2449/11.GI.A – Rn. 41; Bay. VGH, U. v. 9.9.2013 – 9 B 10.30261 – Rn. 39.

⁷⁰⁶ Marx (Fn. 691), § 30 Rn. 41.

⁷⁰⁷ M. Bliss, „Serious Reasons for Considering“: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Art. 1F Exclusion Clauses, in: IJRL 12 (2000), suppl. 1, S. 92 (106 ff.); S. Kapferer, Exclusion Clauses in Europa – A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom, in: IJRL 12 (2000), suppl. 1, S. 195 (215); Marx, Bestimmungen (Fn. 680), S. 133. Differenzierend Gilbert, Issues (Fn. 95) S. 466 sowie Zimmermann/Wennholz (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 27 f. Demgegenüber tendiert die internationale Gerichtspraxis eher zur Möglichkeit der *exclusion before inclusion* (vgl. die Nachweise bei Kosar, Inclusion [Fn. 629], S. 94 ff.).

⁷⁰⁸ Demgegenüber bedeutet *exclusion before inclusion* nicht, dass die Behörden die Verfolgungsgründe außer Acht lassen *müssen*, sondern lediglich, dass sie es *können* (vgl. Kosar, Inclusion [Fn. 629], S. 89).

⁷⁰⁹ Die Argumente beziehen sich zumeist nur auf Art. 1 F und nicht auf Art. 33 Abs. 2 GFK. Dies liegt daran, dass letzterer zumeist nicht als Ausschlussklausel verstanden wird (s.o., § 5-C.-I.-2.-b)).

wenn zuvor die Verfolgungsgründe überhaupt geprüft würden. Selbiges folge bereits aus der Pflicht zur Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles⁷¹⁰. Der vorrangige Blick auf die Erfüllung der Ausschlussklauseln begründe außerdem die Gefahr der Kriminalisierung von Asylbewerbern; zudem gelte auch für den Asylbewerber zunächst die Unschuldsvermutung⁷¹¹. Diese Argumentation bezieht sich jeweils auf den gesamten Art. 1 F lit. b) GFK. Deziert gehen *Gilbert* sowie, dem folgend, *Zimmermann/Wennholz* vor. Sie halten die Beachtung des *inclusion before exclusion*-Grundsatzes zwar insgesamt für vorzugswürdig, betrachten ihn allerdings lediglich im Rahmen des Art. 1 F lit. b) GFK als zwingend. Begründet wird dies damit, dass sich die Behörden für diese Ausschlussklausel schon für die Ermittlung, ob es sich um eine *politische* Straftat handelt, mit den Verhältnissen im Verfolungsstaat beschäftigen müssten⁷¹². Es ist begrüßenswert, dass ein solcher Ansatz, anders als die vorherigen Argumente, mit konkreten Normen arbeitet. Gleiches gilt für *Schröder*, die ihre Ablehnung einer *exclusion before inclusion*-Vorgehensweise mit Art. 32 Abs. 2 der Verfahrensrichtlinie begründet. Danach können nur bereits in der Sache unbegründete Asylanträge als offensichtlich unbegründet abgelehnt werden; eine Sachprüfung der Verfolgungsgründe sei daher nach der Verfahrensrichtlinie in jedem Fall erforderlich⁷¹³.

Diesem zuletzt genannten Argument könnte jedoch nur gefolgt werden, wenn die QRL, nach der sich die Ablehnung des Antrages als (einfach) unbegründet richtet (Art. 32 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie), die Befassung mit den Verfolgungsgründen zwingend voraussetzte. Das ist aber, wie im Folgenden aufgezeigt wird,

⁷¹⁰ Die Argumente finden sich jeweils bei *Bliss*, Reasons (Fn. 707), S. 107 sowie *Marx*, Bestimmungen (Fn. 680), S. 133.

⁷¹¹ *Gilbert*, Issues (Fn. 95) S. 466.

⁷¹² *Gilbert*, Issues (Fn. 95) S. 466; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 27 f. Demgegenüber gehen *Zimmermann/Wennholz* in der Kommentierung des Art. 33 Abs. 2 GFK davon aus, dass die vorrangige Prüfung der Ausschlussgründe nicht gegen die GFK verstoße, sofern – was ihnen zufolge zwingend ist – eine Abwägung mit den Verfolgungsgründen stattfindet (*Zimmermann/Wennholz*, ebda., Art. 33 para. 2 Rn. 32 ff.; zur Erklärung dieser etwas widersprüchlichen Argumentation *Kosar*, Inclusion [Fn. 629], S. 105 f.).

⁷¹³ *Schröder* (Fn. 691), § 30 Rn. 42.

nicht der Fall. Stattdessen enthalten weder Völker- noch Unionsrecht eine tragfähige Grundlage für die Annahme eines zwingenden *inclusion before exclusion*-Grundsatzes⁷¹⁴.

Sowohl die GFK als auch die QRL machen das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft von positiven wie von negativen Merkmalen abhängig. So trägt der gesamte Art. 1 GFK, und nicht etwa nur Art. 1 A GFK, die Überschrift „Definition des Begriffs Flüchtlings“. Damit wird deutlich, dass zur Flüchtlingseigenschaft sowohl das Bestehen einer Verfolgungsgefahr nach Art. 1 A Abs. 2 als eben auch das Nichtbestehen von Ausschlussgründen nach Art. 1 F GFK gehören⁷¹⁵. Noch deutlicher wird in dieser Hinsicht Art. 2 lit. d) QRL, wonach ein Flüchtling nur derjenige ist, „auf den Artikel 12 keine Anwendung findet“⁷¹⁶ – Art. 12 QRL enthält aber in Abs. 2, 3 die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK. Verfolgungs- und Ausschlussgründe stehen somit bei der Ermittlung der Flüchtlingseigenschaft gleichrangig nebeneinander. Darüber, welchen Aspekt die Behörden zuerst prüfen müssen, können Genfer Konvention sowie Qualifikationsrichtlinie bereits deshalb keine Aussagen treffen, weil sie keine (oder kaum) Bestimmungen über das prozedurale Anerkennungsverfahren enthalten⁷¹⁷. Etwas anderes ergibt sich im Bereich der Ausschlussgründe des Art. 33 Abs. 2 GFK auch nicht aus Art. 14 Abs. 4, 5 QRL. Es ist zwar auffällig, dass dort im Gegensatz zu den Art. 12 Abs. 2, 14 Abs. 3 QRL nicht von einem „Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen“ die Rede ist, sondern von der Aberkennung der Rechtsstellung eines „*Flüchtlings*“. Daraus könnte sich die Vorgabe an die mitgliedstaatlichen Behörden ableiten lassen, zunächst zu prüfen, ob es sich überhaupt um einen Flüchtling handelt. Allerdings offenbart sich, wie bereits beschrieben, in Art. 14 Abs. 4-6 QRL lediglich die Uneinigkeit der Mitgliedsstaaten über den Umgang mit der Ausnahme vom Refoulementverbot nach Art. 33 Abs. 2 GFK⁷¹⁸. Mit der in Art. 14 Abs. 4, 5 QRL beschriebenen „Rechtsstellung“ kann je nach Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten auch die Flüchtlingseigenschaft selbst gemeint sein (vgl. Erwägungsgrund 32). Unterschiede zu Art. 1 F GFK bestehend nur äußerlich, nicht in der Sache. Es ginge daher zu weit, aus der Formulierung in

⁷¹⁴ *Hathaway/Harvey*, protection (Fn. 251), S. 264; *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 110; *Funke-Kaiser* (Fn. 23), § 2 Rn. 35 (2014).

⁷¹⁵ *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 92.

⁷¹⁶ *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 109, der auch auf Art. 13 QRL verweist.

⁷¹⁷ Vgl. *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 93.

⁷¹⁸ S.o. § 5-C.-I.-2.-b)-bb).

Art. 14 Abs. 4, 5 QRL eine zwingende Vorschreibung des *inclusion before exclusion*-Grundsatzes herzuleiten.

Entscheidend gegen die Annahme eines zwingenden *inclusion before exclusion*-Prinzips spricht außerdem, dass eine Entscheidung über die Ausschlussgründe keine vorherige Abwägung mit der Verfolgungsgefahr im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gebietet, da schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen schon durch das „Sicherheitsnetz“ des komplementären Abschiebungsschutzes abgefangen werden⁷¹⁹. Gleiches muss auch für die Frage gelten, ob sich die Behörden vor der Befassung mit den Ausschlussgründen mit den Verfolgungsgründen befassen müssen. Es ist zwar richtig, dass die Behörden alle Merkmale des Einzelfalles berücksichtigen müssen, um über den Ausschluss nach Art. 1 F oder 33 Abs. 2 GFK befinden zu können. Dazu kann es – insbesondere im Rahmen von Art. 1 F lit. b) GFK, wie *Gilbert* und *Zimmermann/Wennholz* zu Recht anmerken⁷²⁰ – auch erforderlich sein, sich mit den Umständen im Verfolgungsstaat auseinanderzusetzen. Daraus lässt sich aber noch keine zwingende Regel herleiten, wonach die Behörden stets das Bestehen von Verfolgungsgründen prüfen müssten, selbst wenn sie schon sicher sind, dass Ausschlussgründe bestehen. Die Ermittlung der Verfolgungsgründe hätte hier, eben weil eine Abwägung mit ihnen nicht erforderlich ist, keinen Nutzen⁷²¹. Auf ähnliche Weise lässt sich das von *Bliss* angeführte „Kriminalisierungsargument“⁷²² entkräften. Zwar liegt der GFK der Gedanke zugrunde, Verfolgten Schutz zu gewähren, so dass sich auch ein Anerkennungsverfahren nach diesem Zweck ausrichten muss. Wird ein Asylantrag gestellt, muss zunächst davon ausgegangen werden, dass es sich um einen Flüchtling handelt und nicht anders herum⁷²³. Aus dieser Zielrich-

⁷¹⁹ S.o. § 5-B.-IV. Zum Zusammenhang zwischen der Frage nach *inclusion before exclusion* und einem etwaigen Abwägungsgebot *Kosar*, *Inclusion* (Fn. 629), S. 116.

⁷²⁰ *Gilbert*, *Issues* (Fn. 95) S. 466; *Zimmermann/Wennholz* (Fn. 27), Art. 1 F Rn. 27 f.

⁷²¹ Vgl. die Entscheidung des kanadischen *Court of Appeal* v. 26.5.1994, *Gonzalez v. Canada* (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), [1994] 3 F.C. 646: „Whatever merit there might otherwise be to the claim, if the exclusion applies, the claimant cannot be a Convention refugee“. *Kosar*, *Inclusion* (Fn. 629), S. 89 weist allerdings darauf hin, dass das Ergebnis praktisch oftmals gerade davon abhängen wird, was zuerst geprüft wird.

⁷²² *Bliss*, *Reasons* (Fn. 707), S. 107.

⁷²³ Dies ergibt sich auch aus Art. 16a Abs. 1 GG. Vgl. BVerwGE 62, 206 (209): „Solange über ein Asylgesuch nicht unanfechtbar entschieden ist, muß die Ausländerbehörde in der Regel mit der Möglichkeit rechnen, daß dem Asylsuchenden das Grundrecht auf Asyl zusteht“.

tung des Verfahrens lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, die Behörden müssten einen Asylantrag auch dann noch weiter prüfen, wenn sie festgestellt haben, dass der Asylbewerber Ausschlussgründe erfüllt.

Insgesamt lässt sich den internationalen Vorgaben daher keine Regel entnehmen, die es vorschreiben würde, zunächst die Verfolgungsgründe zu überprüfen, bevor auf die Ausschlussgründe eingegangen wird. Eine solche Regel vertritt selbst der *UNHCR* nicht mehr⁷²⁴. Der Europäische Gerichtshof hat sich im Rechtsstreit *B und D/Deutschland* aus dem Jahr 2010 ambivalent geäußert. Zum einen dürfe die zuständige Stelle des betreffenden Mitgliedsstaates die Ausschlussklausel erst anwenden, „nachdem sie in jedem Einzelfall eine Würdigung der genauen tatsächlichen Umstände, die ihr bekannt sind, vorgenommen hat, um zu ermitteln, ob schwerwiegende Gründe zu der Annahme berechtigen, dass die Handlungen des Betreffenden, *der im Übrigen die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling erfüllt* [Hervorhebung durch den Verf.], unter einen der beiden Ausschlussstatbestände fallen“⁷²⁵. Zu dieser Aussage passt es aber nicht recht, dass der Europäische Gerichtshof das Erfordernis einer über die Ermittlung des Tatbestandes der Ausschlussklauseln hinausgehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung strikt ablehnt⁷²⁶. Es ist daher zweifelhaft, dass der Europäische Gerichtshof zu der Existenz eines *inclusion before exclusion*-Grundsatzes wirklich Stellung beziehen wollte⁷²⁷.

Kosar, der die – soweit ersichtlich – bisher ausführlichste Abhandlung über den *inclusion before exclusion*-Grundsatz verfasst hat, geht wie hier nicht davon aus, dass der Grundsatz durch Völker- oder Unionsrechts zwingend vorgeschrieben würde. Er zieht aber aus der QRL andere Schlüsse, die nicht von der Hand zu weisen sind. So ist es gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 QRL die Pflicht des Mitgliedstaats,

⁷²⁴ *UNHCR*, Note (Fn. 7), Ziff. 100: „The exceptional nature of Article 1F suggests that inclusion should generally be considered before exclusion, but there is *no rigid formula* [Hervorhebung durch den Verf.]“. Anders klingt es noch in Handbuch (Fn. 662), Ziff. 176: „Ein Antrag auf Anerkennung als Flüchtling seitens einer Person, die Gewalttaten [...] begangen hat [...], muss zuerst, wie jeder andere Antrag, im Hinblick auf die Einschlussklausel in der Definition [...] geprüft werden“. Vor dem Hintergrund der jüngeren Position ist es allerdings anfechtbar, wenn *Marx*, Bestimmungen (Fn. 680), S. 133 mit Verweis auf den *UNHCR* von *inclusion before exclusion* als einem „anerkannten Grundsatz“ spricht.

⁷²⁵ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 87 – *B und D*.

⁷²⁶ EuGH, U. v. 9.11.2010, Rs. C-57/09 und C-101/09, Rn. 107 ff. – *B und D*.

⁷²⁷ So auch *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 115 ff.

unter Mitwirkung des Antragstellers die für den Antrag maßgeblichen Anhaltspunkte zu prüfen. Zu diesen Anhaltspunkten gehören aber nach Art. 4 Abs. 2 QRL auch die „Gründe für seinen Antrag auf internationalen Schutz“, mit anderen Worten die Prüfung der Verfolgungsgründe. Daraus leitet *Kosar* ab, dass die Verfolgungsgründe zwar in der *Anhörung* des Asylbewerbers ermittelt werden, bei der anschließenden *Entscheidung* über den Asylantrag aber keine Rolle spielen müssten⁷²⁸. Diese Argumentation deckt sich im Wesentlichen mit der hier befürworteten Ansicht, wonach schon aufgrund der Zielrichtung der GFK das Asylverfahren darauf ausgerichtet sein muss, Verfolgungsschutz zu gewähren. Diese Vorgehensweise ist unter dem Stichpunkt der Verfahrenseffizienz auch beinahe zwingend, da sich das zuständige⁷²⁹ BAMF für die (absoluten) Abschiebungsverbote, insbesondere für § 60 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 3 EMRK, ohnehin mit den Verhältnissen im Verfolgerstaat beschäftigen muss.

Zusammenfassend gilt daher: Ein Grundsatz, der eine Prüfung nach der Maßgabe *inclusion before exclusion* zwingend vorschreibt, existiert nicht. Das Bundesamt muss den Asylbewerber zwar im Asylverfahren über seine Verfolgungsgründe befragen. Stellt es während des Verfahrens jedoch das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 60 Abs. 8 AufenthG fest, ist es nicht gehindert, bereits an dieser Stelle die Flüchtlingseigenschaft zu verneinen. § 30 Abs. 4 AsylG ist insofern mit Völker- und Unionsrecht vereinbar.

D. Zusammenfassung und Fazit

Die Abschiebung Verfolgter in den Verfolgerstaat ist nur möglich, wenn der Ausländer eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG (gegebenenfalls i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG) verwirklicht. Die Ausschlussklauseln gehen auf Art. 1 F und Art. 33 Abs. 2 GFK zurück. Es gehört zu den Besonderheiten des Flüchtlingsrechts, dass sich trotz ihres inzwischen mehr als sechzigjährigen Bestehens keine klare Staatenpraxis herausgebildet hat und über die richtige Anwendung weiterhin lebhaft gestritten wird. In Deutschland liegt eine Ursache für gerade in jüngerer Zeit wieder vermehrt aufbrandende Diskussionen darin, dass die Ausschlussklauseln unter dem Eindruck steigender Asylbewerberzahlen und der Angst vor terroristischen Anschlägen seit Anfang der 200er Jahre extensiver

⁷²⁸ *Kosar*, Inclusion (Fn. 629), S. 111 ff.: Unterscheidung zwischen *hearing stage* und *determination stage*.

⁷²⁹ Vgl. § 42 S. 1 AsylG; § 72 Abs. 2 AufenthG.

ausgelegt werden und damit nicht mehr absoluten Ausnahmefällen vorbehalten bleiben. Ihren vorläufigen Höhepunkt hat diese Entwicklung mit der Einfügung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG genommen, der eine Reaktion auf die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/2016 darstellt.

Ein weiterer Grund für das Entstehen neuer Rechtsfragen ist, dass durch das Inkrafttreten der Qualifikationsrichtlinie im Jahr 2004 die Auslegung der Ausschlussklauseln nunmehr auch unionsrechtlich geprägt ist. Dass der Europäische Gerichtshof seitdem erst in zwei Verfahren Gelegenheit hatte, sich zu den Ausschlussklauseln zu äußern, ist bedauerlich, zumal die Urteile in einigen Teilen recht vage bleiben. Die nationalen Gerichte sind angehalten, weiter von der Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV Gebrauch zu machen, sofern sich ihnen die Möglichkeit bietet, um nähere Vorgaben durch den Europäischen Gerichtshof zu erzeugen und so für eine höhere Rechtssicherheit zu sorgen.

Wendet man sich den nationalen Ausschlussklauseln im Einzelnen zu, so ist der auf Art. 33 Abs. 2 GFK zurückgehende § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG die Norm, die noch am ehesten auf eine gesicherte Rechtspraxis zurückgreifen kann, was vor allem daran liegt, dass sie bereits seit dem AuslG 1965 Teil des deutschen Flüchtlingsrechts ist. § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 1 AufenthG ist zwar wenig praxisrelevant, gerade zu Alt. 2 besteht aber eine Fülle an bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen. Darin wird vielfach – wie auch in der Literatur – zu Recht betont, dass der Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft bzw. die Abschiebung keine automatische Reaktion auf die rechtskräftige Verurteilung darstellen dürfe. Zu wenig Beachtung findet es aber bisher, dass die Voraussetzung der rechtskräftigen Verurteilung wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens – kurz: wegen einer besonders schweren Straftat⁷³⁰ – eben ein eigenständiges Kriterium ist. Die zugrundeliegende Straftat muss dabei sowohl in abstrakter als auch in konkreter Hinsicht besonders schwer wiegen, wobei für die abstrakte Schwere der (nationalen) Strafraumen des jeweiligen Delikts entscheidend ist. Einige Straftaten scheiden damit *per se* aus dem Anwendungsbereich des § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 3 AufenthG aus. Letztlich erlaubt § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG (bzw. Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK) somit Maßnahmen der Gefahrenabwehr, nicht aber

⁷³⁰ So treffend die QRL in Art. 21 Abs. 2 lit. b).

der Gefahrenvorsorge. Eine (besonders) schwere Gefahr muss sich daher schon verwirklicht haben.

Diesen internationalen Anforderungen wird die Mindeststrafenregelung in § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG noch gerecht, nicht hingegen der neu eingefügte § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG. Die dort abschließend aufgezählten Straftaten genügen teilweise – zu nennen ist hier vor allem der einfache Diebstahl – bereits nicht dem Erfordernis der besonderen abstrakten Schwere. Jedenfalls aber reicht eine Freiheitsstrafe von einem Jahr, die noch dazu auf der Bildung einer Gesamtstrafe (§§ 53 ff. StGB) beruhen kann, nicht aus, um von einer besonderen konkreten Schwere auszugehen. Aufgrund des Verstoßes gegen Art. 21 Abs. 2 lit. b) QRL⁷³¹ darf die Norm nicht angewendet werden. Hinzu kommt, dass § 60 Abs. 8 S. 3 sowohl im Hinblick auf das Ausweisungsrecht auch in sich selbst wertungswidersprüchlich ist und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsieht, die durch die GFK gerade nicht gefordert wird und die unbillige Härten wohl wieder einfangen soll. Insgesamt stellt sich die Norm daher als eine symbolpolitische Maßnahme ohne rechten Nutzen dar, von der der Gesetzgeber besser abgesehen hätte.

Anders als die bisher genannten Normen ist § 3 Abs. 2 AsylG eine Umsetzung des Art. 1 F GFK, dessen Kriterien (bisher) weniger klar sind als die des Art. 33 Abs. 2 GFK. Die Gefahr des Missbrauchs ist aufgrund des abgesenkten Beweismaßstabs, der weiten Formulierungen sowie des Umstands, dass nach § 3 Abs. 2 S. 2 AsylG auch Anstiftungen und sonstigen Beteiligungen erfasst sind, recht hoch. Die Befugnisse des Art. 1 F GFK werden zunehmend für den „Kampf“ gegen den Terrorismus eingesetzt. Gerade Art. 1 F lit. c) GFK (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG), der früher kaum praxisrelevant war, wird mit der Zustimmung des Europäischen Gerichtshofs zum Ausschluss von Unterstützern terroristischer Vereinigungen herangezogen. Das ist angesichts der autoritativen Vorgaben durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und vor dem Hintergrund der Bedrohung, die der internationale Terrorismus darstellt, weitgehend rechtlich auch zulässig. Die Behörden müssen aber achtgeben, die Anwendung des *ultima ratio*-Grundsatzes sicherzustellen. Das Gewicht der betreffenden Handlung muss im Rahmen des Art. 1 F lit. c) GFK mit denen der anderen Ausschlussklauseln vergleichbar bleiben.

⁷³¹ Ebenso gegen Art. 14 Abs. 4 lit. b) QRL.

Probleme bereitet nach wie vor die Anwendung der Ausschlussklauseln auf Asylberechtigte im Sinne des Art. 16a GG, ungeachtet der praktischen Irrelevanz des Grundrechts. Auch hier ist zwischen den Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG und § 3 Abs. 2 AsylG zu unterscheiden⁷³². Der Ausschluss von Ausländern, die unter § 3 Abs. 2 AsylG fallen, wird durch Art. 12 Abs. 2 QRL verbindlich vorgegeben und muss, wie der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, aufgrund des unionalen Anwendungsvorrangs auch für Asylberechtigte gelten. Demgegenüber stellen Art. 14 Abs. 4, 5 sowie Art. 21 Abs. 2 QRL die Umsetzung der Ausschlussklausel des Art. 33 Abs. 2 GFK (§ 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG) in das Ermessen der Mitgliedsstaaten, sodass hier das Argument des Anwendungsvorrangs nicht ohne Weiteres herangezogen werden kann. Im Sinne verfassungsrechtlicher Dogmatik erweist sich § 60 Abs. 8 S. 1 AufenthG zwar als Ausgestaltung eines verfassungsimmanenten Schrankenvorbehalts. Der Vereinbarkeit mit dem Asylgrundrecht steht jedoch die Sperrwirkung des Art. 18 GG entgegen, denn die Ausnahme vom Refoulementverbot erweist sich als Verwirkung des Asylgrundrechts. Insgesamt muss sich die Politik mit einer Veränderung des Art. 16a GG beschäftigen. In der derzeitigen Fassung hat er allenfalls symbolische Bedeutung, darf das Asylgrundrecht doch ohnehin nicht mehr weiter reichen als der Status nach der QRL. Gegenüber den Vorteilen einer solchen Symbolik überwiegen aber die Nachteile, die sich durch die Verkomplizierung des Asylverfahrens ergeben. Insofern sollte das Asylgrundrecht entweder abgeschafft oder an das unionrechtliche Asylregime angepasst werden.

§ 60 Abs. 8 AufenthG wirkt sich sowohl auf die Vollstreckungsphase als auch auf den aufenthaltsrechtlichen Status des Verfolgten aus. Besteht eine Ausreisepflicht, so führt § 60 Abs. 8 AufenthG dazu, dass das Refoulementverbot des § 60 Abs. 1 AufenthG keine Anwendung findet und der Ausländer als *ultima ratio* auch in den Verfolgerstaat abgeschoben werden kann. Das BAMF ist bei Vorliegen der Ausschlussklauseln – je nach dem Zeitpunkt ihrer Verwirklichung – aber gem. § 73 Abs. 1, 2 AsylG auch zum Widerruf oder der Rücknahme des Flüchtlingsstatus bzw. der Asylberechtigung gezwungen. Daran schließt sich der durch die Ausländerbehörden ausgesprochene Verlust des Aufenthaltstitels an. Wird das Vorliegen der Ausschlussklauseln noch im Asylverfahren festge-

⁷³² Von einer Bewertung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG wird abgesehen, da seine Anwendung ohnehin unionsrechtlich untersagt ist.

stellt, so lehnt das BAMF den Asylantrag nach § 30 Abs. 4 AsylG als offensichtlich unbegründet ab, was zu weitreichenden, verfassungsrechtlich nicht unproblematische Rechtsschutzeinschränkungen führt. Die daneben während des Asylverfahrens für die Ausländerbehörden bestehende Befugnis aus § 60 Abs. 9 AufenthG ist überflüssig und findet in der Praxis keine Anwendung. Dass in Deutschland und nach der QRL die Möglichkeit besteht, solche Personen von der Flüchtlingseigenschaft auszuschließen, die „nur“ Art. 33 Abs. 2 GFK erfüllen, und nicht auch Art. 1 F GFK, ist mit Völkerrecht vereinbar. Entscheidend ist nicht das Bestehen eines formellen Status, sondern die Gewährung derjenigen Rechte, die die GFK für alle Verfolgten unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts vorsieht. Ein zwingender *inclusion before exclusion*-Grundsatz lässt sich dem Völkerrecht ebenfalls nicht entnehmen.

Gerade die zwei letztgenannten Punkte zeigen, dass die internationalen Vorgaben den Nationalstaaten insgesamt einen recht breiten Spielraum bei der Umsetzung der Ausschlussklauseln lassen. Viele kritische Argumente aus der Literatur lassen sich daher aus rein rechtlicher Sicht nicht halten, wenngleich der angesprochene Spielraum auch nicht endlos ist, wie am Beispiel des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG gezeigt wurde. Ungeachtet der rechtlichen Zulässigkeit ist es aber fragwürdig, ob Verschärfungen bei den Ausschlussklauseln im Hinblick auf die Gefahrenabwehr auch tatsächlich erfolgsversprechend sind. Vielfach wird eine Abschiebung in den Verfolgerstaat aufgrund des absolut wirkenden komplementären Abschiebungsschutzes trotz Vorliegens der Ausschlussklauseln nicht möglich sein und der Ausländer als Geduldeter im Aufenthaltsstaat verbleiben müssen. Ein solches Ergebnis wird aber bereits durch eine Ausweisung erreicht, die nach internationalem Recht erleichterten Anforderungen unterliegt.

§ 6: Fazit und Thesen

Ausgangspunkt dieser Arbeit war die Frage, welche Anforderungen materiell-rechtlich an die Abschiebung Verfolgter bestehen. Um die Frage zu beantworten, wurden zunächst die Grundlagen des Verfolgten schutzes in Deutschland und das Instrument der Abschiebung vorgestellt, um dann ausführlicher auf die Struktur des neuen Ausweisungsrechts und die Ausschlussklausel des § 60 Abs. 8 AufenthG einzugehen.

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Untersuchung sind:

- Herzstück des Flüchtlingsschutzes ist das Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK. Es untersagt alle Maßnahmen, die faktisch zur Verbringung des Flüchtlings in das Gebiet seiner Verfolger führen¹, und entfaltet, da die Anerkennung als Flüchtling rein deklaratorisch ist, Wirkung auch schon für den Asylbewerber². Das Refoulementverbot wird unterstützt durch die Bestimmung des Art. 32 GFK, die grundsätzlich auch die Ausweisung in Drittstaaten untersagt und somit den Aufenthalt an sich schützt. Allerdings bleibt die für Art. 32 GFK erforderliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts den Vertragsstaaten vorbehalten³.
- Das unter anderem zur Überwachung der GFK (vgl. Art. 35 Abs. 1 GFK) eingerichtete Amt des Hohen Flüchtlingskommissars (UNHCR) hat keine so starke Stellung wie die Kontrollorgane späterer Menschenrechtsverträge. Ihm fehlen die Zwangsmittel zur Durchsetzung seiner Rechtsansichten, die keine Bindungswirkung entfalten. Aus der Pflicht zur Umsetzung der GFK nach Treu und Glauben folgt aber die Pflicht nationaler Gerichte, sich mit den Ansichten des UNHCR auseinanderzusetzen und von ihnen nur aus sachlichen Gründen abzuweichen⁴.
- Das vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aus Art. 3 EMRK abgeleitete Refoulement⁵ gilt zwar anders als das des Art. 33 GFK absolut,

¹ § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(i)-(1) und (3).

² § 2-B.-I.-2.-b)-cc).

³ § 2-B.-I.-2.-b)-bb)-(ii)-(2).

⁴ § 2-B.-I.-2.-c)-cc).

⁵ Inhaltsgleiche Verbote finden sich in Art. 7 S. 1 IPbPR und Art. 3 CAT.

trifft aber keine Aussage über den Aufenthaltsstatus des Ausländers⁶. Insgesamt kennt das Völkerrecht daher keinen Anspruch auf Asyl, da es am insofern erforderlichen Merkmal des Rechts auf *gesicherten* Aufenthalt fehlt⁷.

- Die Europäische Union hat durch zahlreiche Sekundärrechtsakte, die nicht mehr lediglich eine Mindestharmonisierung vorsehen, ein umfassendes gemeinsames europäisches Asylsystem (Art. 78 Abs. 2 AEUV) geschaffen, dessen vor allem auf mangelnder Solidarität beruhenden (Umsetzungs-)Defizite freilich in den letzten Jahren allzu sichtbar geworden sind. Art. 18 GRCh inkludiert dabei die GFK und ihren gesamten Inhalt in das Primärrecht⁸.
- Jedenfalls formell hat das Unionsrecht aber trotz aller berechtigten Kritik teilweise zu einer Anhebung des Schutzniveaus geführt. Die Qualifikationsrichtlinie sieht in Art. 24 Abs. 1 als bisher einziges internationales Dokument ein Aufenthaltsrecht des Flüchtlings im anerkennenden Staat vor, was der Verankerung eines Asylrechts zumindest nahekommt⁹.
- National enthält das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG einen subjektiven Anspruch auf Asyl, der einen Aufenthalt in der Bundesrepublik selbst garantiert¹⁰. Die Verankerung des Asylgrundrechts führte lange zu einem komplizierten Nebeneinander von verfassungs- und völkerrechtlichen Pflichten. Aufgrund der zwingenden Vorgaben durch die QRL lässt sich ein nationaler „Sonderweg“ aber nicht mehr halten¹¹.
- Einfachgesetzlich werden Verfolgte in Deutschland umfassend vor Abschiebung geschützt. Sie erhalten nicht nur den relativen Abschiebungsschutz aus § 60 Abs. 1 AufenthG, der weiterhin das Kernstück des Verfolgteneschutzes ausmacht, sondern gem. § 25 Abs. 1, 2 AufenthG auch eine dreijährige Aufenthaltserlaubnis, die jeglicher Abschiebung entgegensteht¹².
- Zentrale Instrumente zur Abwehr der von Ausländern ausgehenden Gefahren sind die Ausweisung und die Abschiebung, die gewissermaßen das Hausrecht des Staates bilden, mittlerweile aber durch die RFRL ebenfalls unionsrechtlichen Anforderungen entsprechen müssen¹³. Bei der faktisch entstehenden

⁶ § 2-B.-I.-3.-b).

⁷ § 2-B.-I.-2.-b)-dd)-(i).

⁸ § 2-B.-II.-1.

⁹ § 2-B.-II.-2.-b).

¹⁰ § 2-C.-II.-2.

¹¹ § 2-C.-II.-3.

¹² § 2-C.-III.-2.

¹³ § 3-A.-I.

Ausreisepflicht ist die Abschiebungsandrohung die nach der RFRL erforderliche Rückkehrentscheidung, bei der auf einer behördlichen Entscheidung beruhenden Ausreisepflicht der die Ausreisepflicht begründende Verwaltungsakt selbst, z.B. also die Ausweisung¹⁴.

- Die Abschiebungsandrohung (§ 59 AufenthG) muss gem. Art. 7 Abs. 1 S. 1 RFRL mit dem die Ausreisepflicht begründenden Grundverwaltungsakt verbunden werden¹⁵. Sie setzt – anders als die Abschiebung selbst (vgl. § 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG) – die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht nicht voraus¹⁶. Bei Verfolgten kann von einer Ausreisefrist gem. § 60 Abs. 10 AufenthG nicht abgesehen werden, selbst wenn sie eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG erfüllen¹⁷. Die Regelungen in § 59 Abs. 2, 3 AufenthG dienen der Verfahrensbeschleunigung und erlauben auch eine Androhung „auf Vorrat“¹⁸.
- Tatsächliche Hindernisse können bei jeder Abschiebung leicht auftreten, was die Kluft zwischen der Zahl der vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer und der Zahl der durchgeführten Abschiebungen zum Teil erklärt. Die zuständigen Behörden sind letztlich zu einem gewissen Grad auf die Kooperation des abzuschiebenden Ausländers sowie seines Heimatstaates angewiesen¹⁹. Zwar besteht schon völkergewohnheitsrechtlich eine Pflicht zur Rückübernahme eigener Staatsangehöriger, es werden jedoch zu deren besserer Durchsetzung Rückübernahmeabkommen mit den Zielstaaten geschlossen²⁰. Zwingend sind solche Abkommen, wenn ein Drittstaatsangehöriger rückgeführt werden soll. Anknüpfungspunkt ist dabei häufig das Kriterium der illegalen Einreise. Besteht kein Abkommen, so kommt es für die Rückführung auf die Übernahmebereitschaft anderer Staaten an, was in sicherheitsrelevanten Fällen eine Abschiebung in Drittstaaten faktisch ausschließt²¹.
- Das sich an Ausweisung und Abschiebung anschließende Einreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 AufenthG ist in seiner aktuellen Fassung mit Unionsrecht größtenteils vereinbar, insbesondere da die Befristung des Verbotes inzwischen von Amts wegen erfolgt²².

¹⁴ § 3-A.-III.

¹⁵ § 3-A.-III.-2.

¹⁶ § 3-B.-II.-2.

¹⁷ § 3-B.-II.-3.-b).

¹⁸ § 3-B.-II.-4.

¹⁹ § 3-C.

²⁰ § 3-C-II.-1.

²¹ § 3-C-II.-2.

²² § 3-D.-I.

- Zentrale Ermächtigungsgrundlage des seit dem 1. Januar 2016 geltenden neuen Ausweisungsrechts ist die gebundene Entscheidung des § 53 Abs. 1 AufenthG. In der danach erforderlichen zweistufigen Prüfung müssen zunächst das Vorliegen einer Gefahr geprüft und dann die Ausreise- mit den Bleibeinteressen abgewogen werden²³. Die neue Struktur stellt sich zwar einerseits als Verbindung von alt Bewährtem und lange Geforderten dar, wirft aber andererseits zahlreiche neue Fragen auf, sodass es insgesamt zweifelhaft erscheint, ob der Gesetzgeber sein zentrales Ziel, für Rechtsklarheit zu sorgen, erreicht hat²⁴.
- Trotz des zunächst anders anmutenden Wortlauts werden die Schutzgüter des § 53 Abs. 1 AufenthG in § 54 AufenthG konkretisiert. Die dort typisierten Ausweisungsinteressen haben somit eine Doppelnatur und bilden zum einen den Ausweisungsanlass, zum anderen einen Abwägungsfaktor²⁵. Sie definieren aber keine abstrakten Gefahren, sodass auch in ihrem Anwendungsbereich gem. § 53 Abs. 1 AufenthG das Vorliegen einer konkreten (Wiederholungs-)Gefahr zu prüfen ist. Die so erforderliche Gefahrenprognose folgt den aus dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht bekannten Grundsätzen. Strafrechtliche Aussetzungsentscheidungen nach §§ 56, 57 StGB sind für die Ausländerbehörden zwar nicht bindend, stellen aber ein gewichtiges Indiz gegen eine Wiederholungsfahr dar²⁶.
- Bei der nach § 53 Abs. 1 AufenthG erforderliche Abwägung sind gem. § 53 Abs. 2 AufenthG die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Abwägung darf sich daher nicht damit begnügen, mechanisch die – ohnehin nicht abschließenden – Ausweisungs- und Bleibeinteressen der §§ 54, 55 AufenthG abzuarbeiten. Es ist ohne Weiteres möglich, die gesetzliche Gewichtung zu durchbrechen²⁷.
- Abschiebungsverbote, wie sie bei Verfolgten typischerweise vorliegen, stehen einer Ausweisung nicht zwingend entgegen, und zwar auch dann nicht, wenn bereits bei Erlass der Ausweisungsverfügung absehbar ist, dass eine Aufenthaltsbeendigung voraussichtlich dauerhaft nicht gelingen wird. Die

²³ § 4-B.-II.-1. und 2.

²⁴ § 4-B.-III.

²⁵ § 4-B.-II.-3.-a).

²⁶ § 4-B.-II.-3.-b).

²⁷ § 4-B.-II.-4.

deutsche Praxis, auf Basis der Ausweisung die Rechte der dann nur geduldeten Flüchtlinge zu verkürzen, enthält jedoch großes Konfliktpotential im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²⁸.

- Die Ausweisung Verfolgter beruht ebenfalls auf der Ermächtigungsgrundlage des § 53 Abs. 1 AufenthG. Dessen Anforderungen werden jedoch durch § 53 Abs. 3 AufenthG auf beiden Prüfungsstufen modifiziert. Entscheidend sind dabei die Vorgaben aus Art 24 Abs. 1 QRL, der sich auf die Beendigung eines Aufenthaltstitels erstreckt²⁹. Im Ergebnis werden die „gewöhnlichen“ Voraussetzungen jedoch lediglich auf der ersten Stufe, d.h. für das Vorliegen einer Gefahr, auch tatsächlich angehoben³⁰.
- Auf der ersten Stufe muss der Ausländer eine Gefahr für die unionsautonom auszulegenden Schutzgüter der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung bedeuten. Letztere hat den größeren Anwendungsbereich und beinhaltet das Merkmal der Verletzung eines gesellschaftlichen Grundinteresses, das sich in der Formulierung des § 53 Abs. 3 AufenthG niedergeschlagen hat³¹. Die typisierten Ausweisungsinteressen des § 54 AufenthG können als Konkretisierung herangezogen werden³², genügen aber typischerweise – vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen – nur in den Fällen des § 54 Abs. 1 AufenthG den erhöhten unionsrechtlichen Anforderungen. Die Gefahrenprognose folgt ebenso wie die auf der zweiten Stufe erforderliche Abwägung den „gewöhnlichen“ Anforderungen des § 53 Abs. 1. Insbesondere ist das Merkmal der „Unerlässlichkeit der Ausweisung für die Wahrung des gefährdeten gesellschaftlichen Grundinteresses“ lediglich als Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verstehen³³.
- Eine Abschiebung in den Verfolgerstaat selbst ist nur möglich, wenn der Ausländer eine der Ausschlussklauseln des § 60 Abs. 8 AufenthG verwirklicht. Dessen S. 1 und 3 beruhen auf Art. 33 Abs. 2 GFK und dienen gegenwärtigen Sicherheitsinteressen des Aufnahmestaates. In § 60 Abs. 8 S. 2 AufenthG i.V.m. § 3 Abs. 2 AsylG sind hingegen die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK umgesetzt, die primär – wenn auch nicht ausschließlich – auf

²⁸ § 4-C.-II.

²⁹ § 4-C.-III.-2.-a).

³⁰ § 4-C.-III.-3.

³¹ § 4-C.-III.-2.-b)-aa).

³² § 4-C.-III.-3.-a)-aa).

³³ § 4-C.-III.-3.-b).

dem Prinzip der Asylunwürdigkeit beruhen. Der absolut wirkende komplementäre Abschiebungsschutz ist in jedem Fall zu beachten³⁴.

- Im Bereich des Art. 33 Abs. 2 GFK ist die 2. Alt. praxisrelevanter³⁵. Sie erfordert als Maßnahme der Gefahrenabwehr eine Wiederholungsgefahr, weshalb automatische Rückschlüsse von der rechtskräftigen Verurteilung auf die Zulässigkeit der Abschiebung in den Verfolgerstaat nicht zulässig sind³⁶. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass es sich bei dem Erfordernis der rechtskräftigen Verurteilung wegen eines Verbrechens oder besonders schweren Vergehens – d.h. wegen einer besonders schweren Straftat – um ein eigenständiges Kriterium handelt, was insgesamt zu wenig Beachtung findet. Vorausgesetzt wird insofern eine sowohl abstrakt als auch konkret besonders schwerwiegende Straftat³⁷. Für die abstrakte Schwere ist eine Orientierung am nationalen Strafraumen angebracht; eine Höchstfreiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren markiert dabei eine Schwelle zur schweren Kriminalität³⁸.
- Diesen Anforderungen genügt § 60 Abs. 8 S. 1 Alt. 2 AufenthG noch. Das Merkmal der Mindestfreiheitsstrafe ist in der GFK nicht vorgesehen, mit ihr aber vereinbar, da es die Rechte des Flüchtlings nicht verkürzt³⁹. Bei einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren lässt sich auch die erforderliche konkrete (besondere) Schwere der Straftat annehmen⁴⁰ und es ist unter Anwendung eines differenzierten Wahrscheinlichkeitsmaßstabes zulässig, typischerweise von einer Wiederholungsgefahr auszugehen⁴¹.
- Gleiches lässt sich vom im März 2016 als Reaktion auf die Silvesternacht 2015/2016 eingefügten § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG jedoch nicht behaupten. Die dort vorgenommene abschließende Aufzählung von Straftaten beinhaltet einige Delikte, die bereits abstrakt nicht besonders schwer wiegen⁴². Vor allem ist hier der Diebstahl nach § 242 StGB zu nennen. Bei einer Mindestfreiheitsstrafe von nur einem Jahr kann man zudem nicht von einer besonde-

³⁴ § 5-A.

³⁵ § 5-B.-II.-1.-a)-bb).

³⁶ § 5-B.-II.-1.-b)-bb).

³⁷ § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(i).

³⁸ § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(ii).

³⁹ § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(iv).

⁴⁰ § 5-B.-II.-1.-b)-aa)-(v).

⁴¹ § 5-B.-II.-1.-b)-bb).

⁴² § 5-B.-V.-2.-a)-aa).

ren konkreten Schwere ausgehen, zumal davon auch zur Bewährung ausgesetzte Strafen erfasst sind⁴³. Hinzu kommt, dass die Vorschrift als teilweise widersprüchlich und schlecht durchdacht erscheint⁴⁴. Anders als die anderen Ausschlussklauseln sieht sie ein Ermessen vor, obwohl eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich des Art. 33 Abs. 2 GFK nicht erforderlich ist. Auch aus diesem Grund liegt der Schluss nahe, dass es sich um reine Symbolpolitik handelt, die in der Praxis keine großen Auswirkungen haben wird⁴⁵. Da die Vorschrift nicht nur gegen Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 GFK, sondern auch gegen Art. 21 Abs. 2 lit. b) (bzw. Art. 14 Abs. 4 lit. b)) QRL verstößt, ist sie nicht anzuwenden.

- Die Anwendung des Art. 1 F GFK ist in der deutschen Rechtspraxis noch nicht so gefestigt wie die des Art. 33 Abs. 2 GFK. In letzter Zeit spielt die Ausschlussklausel aber eine größer werdende Rolle. Das trifft vor allem auf Art. 1 F lit. c) GFK (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG) zu, der lange Zeit kaum praxistauglich erschien. Durch die Betonung der Rolle des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen wird er inzwischen hauptsächlich für den Ausschluss von (mutmaßlichen) Terroristen verwendet⁴⁶. Die (Beweis-)Schwierigkeiten im Umgang mit Terrororganisationen und das von ihnen ausgehende Schadenspotential sind zwar anzuerkennen, weshalb auch die Anforderungen an die Erfüllung der Ausschlussklauseln nicht zu hoch gelegt werden dürfen. Die Behörden sollten sich aber an den bekannten Kategorien des ebenfalls weitreichende Befugnisse enthaltenden Strafrechts orientieren, um die weiten Begriffe des Art. 1 F lit. c) GFK einer in der Praxis handhabbaren Anwendung zuzuführen⁴⁷. Gerade im Verbund mit § 3 II 2 AsylG erscheint die Missbrauchsgefahr ansonsten sehr hoch. Die bloße Mitgliedschaft in einer als terroristisch geltenden Vereinigung vermag einen Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft nicht zu rechtfertigen, kann aber zu einer Beweislastumkehr führen⁴⁸.

⁴³ § 5-B.-V.-2.-a)-bb).

⁴⁴ § 5-B.-V.-2.-e), f).

⁴⁵ § 5-B.-V.-2.-g).

⁴⁶ § 5-B.-III.-1.-d)-aa).

⁴⁷ § 5-B.-III.-1.-d)-bb).

⁴⁸ § 5-B.-III.-1.-e)-bb), cc).

- Art. 1 F GFK fordert weder eine gegenwärtige Gefahr⁴⁹ noch eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung⁵⁰.
- Die Ausschlussklauseln des Art. 33 Abs. 2 GFK sind zwar grundsätzlich taugliche Schranken des Asylgrundrechts aus Art. 16a GG. Einem Refoulement steht aber zusätzlich die Sperrwirkung des Art. 18 GG entgegen⁵¹. Die Umsetzung der Ausschlussklauseln des Art. 1 F GFK wird derweil in den Mitgliedsstaaten der EU bereits durch Art. 12 Abs. 2, 14 Abs. 3 lit. a) QRL verbindlich vorgegeben, sodass aufgrund des unionalen Anwendungsvorrangs auch Asylberechtigte davon betroffen sein müssen. Der Umstand, dass das Asylgrundrecht somit nicht mehr weiter reichen kann als der Flüchtlingsstatus im Sinne des Unionsrechts, schmälert die Bedeutung des Art. 16a GG weiter und macht eine Beibehaltung in der jetzigen Form sinnlos.
- Die Erfüllung der Ausschlussklauseln bewirkt zum einen die Möglichkeit der Vollstreckung einer Ausreisepflicht auch in den Verfolgerstaat, kann zum anderen über die Institute des Widerrufs und der Rücknahme nach § 73 AsylG aber auch selbst die erforderliche Ausreisepflicht begründen. Dass in Deutschland auch der Art. 33 Abs. 2 GFK zum Entzug des Flüchtlingsstatus führt, ist mit der GFK vereinbar und nicht etwa eine unzulässige Vermischung der Ausschlussgründe, da es nicht auf die Beibehaltung eines formellen Status, sondern auf die damit verbundenen Rechte ankommt⁵². Gleiches gilt für die Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet gem. § 30 Abs. 4 AsylG⁵³; insbesondere kennt das Völkerrecht keinen zwingenden „inclusion before exclusion“-Grundsatz⁵⁴. Die Möglichkeit der Abschiebung von Asylbewerbern gem. § 60 Abs. 9 S. 1 AufenthG ist daneben jedoch verfehlt⁵⁵.

Im Ergebnis zeigt die Untersuchung, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Ausweisung und Abschiebung Verfolgter zunehmend durch internationale Vorgaben beeinflusst sind, vor allem durch das Erstarken des Unionsrechts. Das Zusammenspiel verschiedener Rechtsordnungen sorgt teilweise für Unsicherheiten, zumal im Bereich der flüchtlingsrechtlichen Gefahrenabwehr

⁴⁹ § 5-B.-III.-1.-f).

⁵⁰ § 5-B.-IV.

⁵¹ § 5-B.-II.-2.

⁵² § 5-C.-I.-2.-d).

⁵³ § 5-C.-II.-1.

⁵⁴ § 5-C.-II.-3.

⁵⁵ § 5-C.-II.-2.

der Europäische Gerichtshof noch nicht in dem Maße für Rechtssicherheit sorgen konnte, die das Fehlen einer internationalen autoritativen Auslegungsinstanz wettmachen könnte. So bleibt es dabei, dass den Nationalstaaten in vielen Bereichen ein großer Umsetzungsspielraum zugestanden wird, den die Bundesrepublik unter dem Eindruck massenhafter Zuwanderung und sich häufender Rechtsverstöße auch zunehmend nutzt. Das mag politisch streitwürdig sein, erweist sich in den meisten Fällen aber als rechtlich zulässig.

Dass der Umsetzungsspielraum jedoch nicht grenzenlos ist, offenbart die Untersuchung des § 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG. Stattdessen scheint die Auslegung der flüchtlingsrechtlichen Ausschlussklauseln vielfach bereits „am unteren Ende“ angekommen zu sein. Eine Effektivierung der Aufenthaltsbeendigung erscheint daher, anstatt durch die Herabsetzung der materiellen Voraussetzungen, eher durch das Ausnutzen bestehender Möglichkeiten und vor allem die Beseitigung tatsächlicher Vollzugshemmnisse möglich.

Abschiebung Verfolgter aus Sicherheitsgründen

Christopher Thiessen

Abschiebungen sind in aller Munde. Rechtlich wie politisch brisant sind dabei vor allem Abschiebungen solcher Personen, die in ihrem Heimatstaat Verfolgung fürchten müssen, für die Bundesrepublik Deutschland aber eine Gefahr darstellen. Der Staat muss hier einen Spagat zwischen Schutzgewährung und rechtsstaatlicher Gefahrenabwehr meistern.

Diesem Thema nimmt sich die vorliegende Arbeit an. Die Voraussetzungen und Hintergründe von Abschiebung und Ausweisung unter der Geltung der auf die jüngere „Flüchtlingskrise“ erfolgten Rechtsreformen werden herausgearbeitet und kritisch bewertet. Ein Fokus wird auf das Zusammenspiel verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Vorgaben gelegt, deren dichte Verzahnung im Migrationsrecht besonders prägnant hervortritt.

Die Arbeit richtet sich gleichermaßen an Leser aus der Wissenschaft wie aus der Praxis.

31,40 €

ISBN 978-3-8405-0180-7

