

## „Wir schaffen das!“ – Aktuelle Probleme des Flüchtlingsrechts vor dem Hintergrund politischen Steuerungsverlusts\*

Alexander Windoffer

---

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Grenzöffnung im Spätsommer 2016
- III. Ausgewählte Maßnahmen und Vorschläge zur Begrenzung der Zuwanderung
- IV. Fazit

### I. Einführung

Handelte es sich bei der im Titel zitierten, zu einem nicht unbeträchtlichen Anteil auto-suggestiven Motivationsparole der Bundeskanzlerin<sup>1</sup> um einen Werbespruch der Industrie, sie hätte das Potential, zu einem massenkompatiblen geflügelten Wort zu avancieren. Jedoch haftet dem Ausspruch nach anfänglicher Zuversicht und weltweiten Beifallsbekundungen mittlerweile ein bitterer Beigeschmack an, erinnern die offenkundig nicht hinreichend auf ihre Folgen geprüfte Grenzöffnung für Flüchtlinge aus dem Nahen Osten einerseits und die anschließenden hektischen politischen, legislativen und administrativen Bemühungen um die Bewältigung, vor allem aber Eindämmung und Rückgängigmachung der dadurch ausgelösten Massenzuwanderung nach Deutschland doch verhängnisvoll an das Gebaren des wohl berühmtesten Zauberlehrlings der Literaturgeschichte. Aus der Masse dieser inzwischen kaum noch überschaubaren Bemühungen, Ausdruck eines beispiellosen autonom herbeigeführ-

ten politischen Steuerungsverlusts,<sup>2</sup> sollen im Folgenden einige ausgewählte, politisch besonders umstrittene Maßnahmen und Vorschläge einer rechtlichen Bewertung und – soweit möglich – Einschätzung ihrer Wirksamkeit unterzogen werden (hierzu III.). Vorab bedarf es jedoch der rechtlichen Qualifikation und Beurteilung ihres Auslösers, nämlich der durch die Bundeskanzlerin veranlassten und von oben genanntem Motto begleiteten Grenzöffnung für vornehmlich in Ungarn befindliche Flüchtlinge im Spätsommer 2015 (hierzu II.).

### II. Grenzöffnung im Spätsommer 2015

#### 1. Problemstellung

Die Grenzöffnung hat den Vorwurf nach sich gezogen, hierin liege nicht nur ein Verstoß gegen die Gesetze, namentlich §18 Asylgesetz (AsylG), soweit Ausländer aus sicheren Drittstaaten einreisten, sondern generell eine Missachtung des Vorbehalts des Gesetzes, da die mehr als zwei Monate andauernde Außerkraftsetzung gesetzlicher Beschränkungen der Einreise ins Bundesgebiet als für die Gesellschaft wesentliche Entscheidung nicht verfügt werden könne, ohne dass der parlamentarische Gesetzgeber hierfür eine rechtliche Grundlage geschaffen habe.<sup>3</sup>

---

\* Der Text geht auf einen Wortbeitrag des Verfassers zurück, der im Rahmen des 6. Potsdamer MenschenRechtsTag zum Thema „Flüchtlinge und Menschenrechte“ am 9. Feb. 2016 abgegeben wurde.

<sup>1</sup> <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/08/2015-08-31-pk-merkel.html> (zuletzt besucht am 24. Feb. 2016).

<sup>2</sup> Hierzu sehr pointiert *Joachim Jens Hesse*, Staatsversagen? Bankrotterklärung Europas? Anmerkungen zur Flüchtlingskrise, in: ZSE 3/2015, S.336–355; *Ulrich Vosgerau*, Herrschaft des Unrechts, in: Cicero 12/2015, S. 92–96.

<sup>3</sup> *Udo di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, 2016, S. 19 ff., 32, 93 ff.; *Wolfgang Durner*, Der Rechtsstaat in der Flüchtlingskrise, in: NVwZ-Editorial 21/2015; *Martin Nettesheim*, Ein Vakuum darf nicht hingenommen werden, FAZ vom 29. Okt. 2015, S. 8.

## 2. Einfachgesetzliche Rahmenbedingungen

### a. Einreiseverweigerung bei Einreise aus sicheren Drittstaaten

Maßgeblich ist im Ausgangspunkt § 18 Abs. 2 AsylG, wonach Ausländern die Einreise zu verweigern ist, wenn sie aus einem sicheren Drittstaat einreisen (Nr. 1). Hierzu zählen gemäß § 26a AsylG mit Anlage I die EU-Staaten sowie Norwegen und die Schweiz. Da Deutschland mithin gänzlich von sicheren Drittstaaten umgeben ist, kommt bei Einreise auf dem Landweg – für den Luftweg gilt das sog. „Flughafenverfahren“ gemäß § 18a AsylG – eine Einreise nur in Betracht, wenn nach § 18 Abs. 4 AsylG entweder Deutschland nach der sog. „Dublin III-VO“ Nr. 604/2013 für die Durchführung des Asylverfahrens<sup>4</sup> zuständig ist (Nr. 1) oder der Bundesinnenminister eine Ausnahme von der Einreiseverweigerung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen angeordnet hat (Nr. 2). Aus dem unübersichtlichen politischen Geschehen im Spätsommer und Herbst 2015 mit hinreichender Deutlichkeit eine solche rechtsverbindliche Anordnung des Ministers de Maizière herauszufiltern, dürfte schwerlich gelingen.<sup>5</sup> Jedoch könnte, wie im Anschluss zu prüfen, Deutschland seine Zuständigkeit nach der „Dublin III-VO“ begründet haben.

### b. Ausnahme: Zuständigkeit nach der „Dublin III-Verordnung“

Die Verordnung enthält in Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 eine Rangfolge von Zuständigkeitskriterien: Erstrangig sind Vorgaben zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Familieneinheit anzuwenden (Art. 8 ff.). Nachrangig hierzu ordnet Art. 12 die Zuständigkeit des Mitgliedstaats an, der dem Ausländer bereits einen Aufenthaltstitel ausgestellt hat. Sodann erklärt Art. 13 Abs. 1

denjenigen Mitgliedstaat für zuständig, dessen Grenze der Antragsteller aus einem Drittstaat kommend illegal überschritten hat. Diese Zuständigkeit endet nach zwölf Monaten. Sie geht anschließend auf den Staat über, in dem sich der Ausländer zuvor mindestens fünf Monate illegal aufgehalten hat (Art. 13 Abs. 2). Asylanträge im internationalen Transitbereich von Flughäfen eines Mitgliedstaats sind diesem überantwortet (Art. 15). Subsidiär ist schließlich der erste Mitgliedstaat zuständig, in dem ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 und 3). Weisen an sich zuständige Mitgliedstaaten systemische Schwachstellen ihres Asylverfahrens und ihrer Aufnahmebedingungen auf, was derzeit insbesondere Griechenland, ggf. aber auch Italien und Ungarn betrifft,<sup>6</sup> so darf in diese Staaten nicht überstellt werden und bleibt der den Antrag prüfende Staat zuständig (Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2). Schließlich bietet Art. 17 die Möglichkeit, nach Ermessen die eigene Zuständigkeit im Wege eines Selbsteintritts zu begründen. Dies kann auch konkludent durch die Aufnahme der sachlich-inhaltlichen Prüfung des Asylantrags erfolgen, etwa durch die Anhörung des Antragstellers, sofern diese nicht nur der Klärung der Zuständigkeit dient.<sup>7</sup>

Von Bedeutung sind konkret die Erstantragstellung und der Selbsteintritt. Denn die Situation nach der Grenzöffnung war dadurch gekennzeichnet, dass die auf der Reiseroute nach Deutschland durchquerten EU-Staaten die Flüchtlinge vielfach ohne Registrierung, zumindest aber bewusst ohne dortige Antragstellung Richtung Deutschland weiterleiteten, womit die Route und etwaige vorrangige Zuständigkeiten vielfach nicht hinreichend rekonstruierbar waren. Hierdurch wurde Deutschland

<sup>4</sup> S. zu diesem Rechtsetzungsakt Lutz Römer, Europäisierter und internationalisierter Verwaltungsrechtsschutz gegen Überstellungen nach der Dublin III-Verordnung, 2015.

<sup>5</sup> So auch *di Fabio* (Fn. 3), S. 95, unter Hinweis auf die fehlende öffentliche Bekanntmachung.

<sup>6</sup> Hierzu *Daniel Thym*, Zulässigkeit von Dublin-Überstellungen nach Italien, in: ZAR 2013, S. 331–335.

<sup>7</sup> Vgl. VGH München BayVBl. 2011, 52; VG Hamburg, Beschl. v. 27. Mai 2013 – 19 A 172/11; *Carsten Günther*, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, Stand 1. Mai 2015, § 27a AsylG, Rn. 64; *Reinhard Marx*, AsyVfG, 8. Aufl. 2014, § 27a, Rn. 56.

als Staat der Erstantragstellung zuständig gemäß Art.3 Abs.1 Unterabs.1 VO (EU) Nr.604/2013; in Bezug jedenfalls auf Griechenland griff zudem dessen Unterabs.2 ein. Die Rekonstruierbarkeit wurde nicht zuletzt durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) selbst vereitelt, welches unter dem Eindruck des akuten Flüchtlingszustroms Ende August 2015 intern angeordnet und per Tweet verkündet hatte, Dublin-Verfahren syrischer Staatsangehöriger vorerst faktisch nicht mehr weiter verfolgen zu wollen<sup>8</sup> – ein Zustand, der bis mindestens Ende Oktober 2015 andauerte. In der anschließenden sachlich-inhaltlichen Prüfung der Asylanträge ist in Bezug auf diese unabhängig von der Frage der Rekonstruierbarkeit zugleich ein konkludenter Selbsteintritt zu erblicken, so dass sich die Zuständigkeit der Bundesrepublik auch aus Art.17 Abs.1 VO (EU) Nr.604/2013 ergibt. Betreffend die übrigen einreisewilligen Flüchtlinge entfaltet zwar ein solcher Selbsteintritt – anders als etwa gruppenbezogene Aufnahmeentscheidungen aufgrund §§23, 24 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) – prinzipiell keine über den konkreten Einzelfall hinausreichende Bindungswirkung in Bezug auf die Gestattung der Einreise gemäß §18 Abs.4 Nr.1 AsylG.<sup>9</sup> Insbesondere vermag Art.17 Abs.1 VO (EU) Nr.604/2013 selbst grundsätzlich keinen Anspruch auf Selbsteintritt zu vermitteln.<sup>10</sup> Jedoch lässt sich der Anspruch auf Einreise zwecks Prüfung des Asylantrags durchaus unter dem Aspekt der Selbstbindung der Verwaltung auf die mit den vorangegangenen Selbsteintritten begründete Verwaltungspraxis des BAMF in Verbindung mit Art.3 Abs.1 Grundgesetz (GG) stützen.<sup>11</sup> Dieser Anspruch wäre

auch nicht infolge Rechtswidrigkeit der Verwaltungspraxis ausgeschlossen. Denn das BAMF hat das den Mitgliedstaaten eingeräumte Selbsteintrittsermessens nicht schon dadurch zweckwidrig ausgeübt, dass es auf einen durch die deutsche Politik selbst ausgelösten Massenzustrom reagiert und die Zuständigkeit anderer EU-Staaten nicht in Erwägung gezogen hat. Vielmehr lag ein unmittelbarer Eintritt in die Sachprüfung in Anbetracht der Aufnahmebedingungen in den Transitländern einerseits und der äußerst geringen Aufnahmebereitschaft der übrigen EU-Staaten andererseits durchaus im humanitären Interesse der täglich vieltausendfach Richtung Deutschland ziehenden Flüchtlinge an einer zügigen Klärung ihrer Rechtsstellung ohne entwürdigende Schwebezustände und Verschiebungen zwischen den Mitgliedstaaten.<sup>12</sup>

### 3. Irrelevanz des Vorbehalts des Gesetzes

Obgleich die konkludenten Selbsteintrittserklärungen des BAMF jeweils nur Einzelfälle betrafen, kamen sie in ihrer Summe und über ihren zweimonatigen Zeitraum einer längerfristigen pauschalen Aussetzung der Zuständigkeitsprüfung nach der „Dublin III-VO“ gleich, der eine faktische Beseitigung der Einreisebeschränkungen für (wirkliche oder angebliche) Flüchtlinge aus Syrien folgte. Abstrahierte man demnach vom Einzelfall, wäre in der Tat die Frage berechtigt, ob hierin eine (grundrechts-) wesentliche Entscheidung in grundlegenden normativen Bereichen zu erblicken wäre, die den Parlamentsvorbehalt auslöste.<sup>13</sup> Hiergegen spräche, dass mit der Übernahme der Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen noch keine Aussage über deren Ausgang und das daraus resultierende Bleiberecht verbunden ist; dafür wiederum stritte, dass mit dem Aufenthalt von Asylsuchenden bereits während des Asyl-

<sup>8</sup> [https://twitter.com/bamf\\_dialog/status/636138495468285952](https://twitter.com/bamf_dialog/status/636138495468285952) (zuletzt besucht am 24. Feb. 2016).

<sup>9</sup> Anders *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Einreise von Asylsuchenden aus sicheren Drittstaaten, WD 3 - 3000 - 299/15 vom 26. Nov. 2015, S.7 m. w. N.

<sup>10</sup> Vgl. VG Regensburg, Urt. v. 26. Jan. 2016 - 4 K 15.50476; Günther (Fn.7), §27a AsylG, Rn.33ff.; a. A. Reinhard Marx, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Zuständigkeitskriterium illegale Einreise, NVwZ 2014, S.198-201 (S.199ff.).

<sup>11</sup> Vgl. hierzu statt vieler Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, §40, Rn.42ff.

<sup>12</sup> Vgl. zu humanitären Gründen als Ermessenserwägungen VG Regensburg, Urt. v. 26. Jan. 2016 - 4 K 15.50476; ferner *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste* (Fn.9), S.9.

<sup>13</sup> Vgl. zur Wesentlichkeitslehre BVerfGE 49, 89 (126f.); Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., 2014, Art.20, Rn.116f. m. w. N.

verfahrens vom Gemeinwesen zu tragende Aufwendungen für Unterkunft, Verpflegung, Geldleistungen sowie das Verfahren selbst entstehen.<sup>14</sup>

Ungeachtet des beträchtlichen Gesamtaufwands infolge einer Vielzahl von Selbsteintritten verbietet sich jedoch eine solche Summierung von rechtlich unabhängigen und für sich betrachtet ermessensgerechten Erklärungen des BAMF zu einem wesentlichkeitsrelevanten Gesamtkomplex, der den Vorbehalt des Gesetzes auslöste. Denn ungeachtet der Ursachen für die Selbsteintritte käme dies einer Forderung nach deren zahlenmäßiger Begrenzung und in der Folge mittelbar einer Obergrenze für die Aufnahme von Flüchtlingen bzw. Asylberechtigten gleich, die, wie noch darzustellen,<sup>15</sup> sowohl Völker- und Unionsrecht als auch Verfassungsrecht widerspräche. Das die Massenzuwanderung auslösende Verhalten der Kanzlerin wiederum unterfällt, obgleich eine „richtungsweisende Einwirkung auf den Gesetzesvollzug“, dem Bereich der Staatsleitungsaufgaben, die als verfassungsunmittelbare Aufgaben keiner gesetzlichen Ermächtigung bedürfen.<sup>16</sup> Es entbehrt zudem des administrativen Entscheidungscharakters und erzeugt keinerlei Rechtsverbindlichkeit für den konkreten Gesetzesvollzug. Soweit sich die Entscheidungsträger des BAMF in der Folge mit ihrer Ansicht nach rechtswidrigen Weisungen von Vorgesetzten oder des BMI konfrontiert wähten, müssten sie die beamten- oder arbeitsvertragsrechtlichen Wege der Freizeichnung von persönlicher Haftung beschreiten.

### III. Ausgewählte Maßnahmen und Vorschläge zur Begrenzung der Zuwanderung

#### 1. Grenzkontrollen

Der teilweise als ungehindert und ungeordnet empfundene Zustrom von Flüchtlingen nach Deutschland hat Forderungen nach einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen laut werden lassen.<sup>17</sup> Diesen kann unschwer mit der VO (EG) Nr.562/2006, dem sog. Schengener Grenzkodex, begegnet werden. Dessen Art.1 untersagt im Grundsatz Personenkontrollen an den Binnengrenzen der EU, wozu infolge der zentralen Lage Deutschlands sämtliche Grenzen dieses Landes zählen, und gestattet solche Kontrollen nur an den EU-Außengrenzen. An den Binnengrenzen zulässig sind lediglich polizeiliche Maßnahmen ohne Grenzkontrollcharakter, die z. B. der Bekämpfung der internationalen Kriminalität dienen (Art.21 Grenzkodex). Eine Wiedereinführung von Grenzkontrollen gestattet Art.23 Grenzkodex nur im Falle einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit für 30 Tage mit Verlängerungsoption um jeweils weitere 30 Tage bei Fortdauer der Bedrohung. Diese Voraussetzungen sind eng auszulegen und fordern, zieht man vergleichend die Judikatur des EuGH zur Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU heran, dass außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.<sup>18</sup> Es bestehen Zweifel, ob dies erfüllt ist, wenn eine Vielzahl von Flüchtlingen, ob anerkenungsfähig oder nicht, veranlasst durch eine „Einladung“ der Regierungschefin den Weg in Richtung deutscher Grenze antritt. Selbst wenn man in den daraus resultierenden organisatorischen Schwierigkeiten der

<sup>14</sup> S. *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste* (Fn.9), S.9.

<sup>15</sup> S. unten III. 2.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252 (268 ff.); 105, 279 (301).

<sup>17</sup> <http://www.bayerische-staatszeitung.de/staatszeitung/politik/detailansicht-politik/artikel/seehofer-fordert-schaerfere-grenzkontrollen.html> (zuletzt besucht am 24. Feb. 2016).

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 24. Jun. 2015, Rs. C-373/13 (H. T.), Rn.79; zu Art.72 AEUV *Wolfgang Weiß*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art.72 AEUV, Rn.4 ff.

Bewältigung des Flüchtlingszustroms eine schwerwiegende Bedrohung der öffentlichen Ordnung erblickte, wofür die weitere Entwicklung in Deutschland bislang offenkundig keinen Anlass bietet, rechtfertigte ihre vorsätzliche Verursachung durch den Mitgliedstaat selbst den mit Grenzkontrollen verbundenen Eingriff in die europäische Freizügigkeit entgegen Art. 26 Abs. 2, Art. 67 Abs. 2, Art. 77 Abs. 1 AEUV nicht. Hier müsste sich die Bundesregierung eine Verletzung ihrer Loyalitätspflicht in Gestalt der Unterlassungspflicht gemäß Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 Alt. 2 EUV entgegenhalten lassen, dass sie gegen den auch im Unionsrecht gültigen Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*Estoppel, venire contra factum proprium*) verstieße.<sup>19</sup>

## 2. Einführung von Obergrenzen für Flüchtlinge und Asylsuchende

Eine insbesondere vom bayerischen Ministerpräsidenten mit Nachdruck vorgebrachte Forderung richtet sich – in angeblicher Ermangelung einer wirksamen Sicherung der EU-Außengrenzen – auf die zahlenmäßige Begrenzung der Flüchtlingsaufnahme durch Deutschland.<sup>20</sup> Es ist zu prüfen, ob eine dahingehende Maßnahme des deutschen Gesetzgebers verfassungs-, unions- und völkerrechtskonform wäre.

### a. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit gesetzlich festgelegter Obergrenzen mit Art. 16a GG wenig zielführend wäre eine Lösung in Anknüpfung an den – streitigen – Charakter des Asylgrundrechts als Abwehr- oder Leistungsrecht und die damit verbundene Frage

nach einem Kapazitätsvorbehalt.<sup>21</sup> Ein derartiger Vorbehalt beträfe nämlich nur den Umfang der aus dem Asylrecht resultierenden Leistungen, nicht aber die Gewährung des grundrechtlichen Schutzes als solchen.<sup>22</sup> Denn die unmittelbar kraft der Verfassung vorbehaltlos individuell gewährte subjektivrechtliche Garantie lässt sich jenseits der Schutzbereichseinschränkungen der Abs. 2 und 3, die bereits quasi als mittelbare Kapazitätsschranken fungieren,<sup>23</sup> einfachgesetzlich nicht abbedingen. Zudem stünde dieses Vorgehen Art. 3 Abs. 1 GG entgegen, da sich – etwa bei der vorgeschlagenen Kapazitätsgrenze von 200.000 Asylberechtigten – gegenüber dem 200.001. Antragsteller schwerlich ohne Willkürvorwurf rechtfertigen ließe, dass just seine Aufnahme zu einer faktischen Kapazitätsüberlastung der Bundesrepublik führte.

Somit bliebe dem Gesetzgeber nur der Weg einer Verfassungsänderung. Hier stünde Art. 79 Abs. 3 GG – ungeachtet des vorgenannten Gleichheitsverstößes – der Einführung zahlenmäßiger Beschränkungen der Gewährleistung des Art. 16a GG nicht prinzipiell entgegen. Da die „Ewigkeitsgarantie“ sogar eine Abschaffung des verfassungsrechtlich fundierten Asylrechts zuließe, welches ja im Übrigen bereits durch die Asylreform von 1993 in verfassungskonformer Weise erheblich beschnitten wurde, stellte sich eine solche Kontingentierung als Minus zur vollständigen Abschaffung dar.<sup>24</sup> Hiervon unberührt blieben freilich unionsrechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik zur Aufnahme Schutzbedürftiger, denen dann auf einfachgesetzlicher Basis, namentlich über

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 8. März 1979, Rs. 130/78 (*Salumificio di Cornuda*), Slg. 1979, 867 Rn. 27; Urt. v. 11. Dez. 1985, Rs. 192/84 (Kommission/Griechenland, Slg. 1985, 3973 Rn. 19; Urt. v. 8. Okt. 1987, Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Slg. 1987, 3982 Rn. 8.

<sup>20</sup> [www.tagesschau.de/inland/obergrenze-seehofer-101.html](http://www.tagesschau.de/inland/obergrenze-seehofer-101.html) (zuletzt besucht am 24. Feb. 2016).

<sup>21</sup> Hierzu etwa *Michael Sachs*, in: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV/1, 2006, S. 825 f., 848; *Johannes Masing*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band I, 2. Aufl. 2004 (Vorauf.), Art. 16a, Rn. 91 ff., 100, jeweils m. w. N.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 87, 1 (35 f.) zu der vom Vorbehalt des Möglichen in ihrer Existenz unberührten grundsätzlichen Pflicht zur Familienförderung aus Art. 6 I GG.

<sup>23</sup> Vgl. *Albrecht Randelzhofer*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), *Grundgesetz*, Stand März 2007, Art. 16a, Rn. 131.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 94, 49 (103 f.).

das AsylG und AufenthG, vollumfänglich nachzukommen wäre. Soweit diese supra- und internationalen Vorgaben, wie im Anschluss zu untersuchen, keine zahlenmäßige Begrenzung der einschlägigen Schutzgewährleistungen zuließen, blieben entgegenstehende einfachgesetzliche Bestimmungen unanwendbar und wäre auch einer etwaigen verfassungsrechtlichen Obergrenze für das nationale Asylrecht faktisch jegliche Wirksamkeit genommen.

b. Vereinbarkeit mit Unionsrecht und Völkerrecht

aa. Pflichten der Mitgliedstaaten

Am Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht nehmen außer dem originären EU-Recht auch solche völkerrechtlichen Bestimmungen teil, die in das Primär- oder Sekundärrecht Eingang gefunden haben. Dies gilt insbesondere für den Flüchtlingsschutz nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge („Genfer Flüchtlingskonvention“ – GFK), auf dessen Gewährleistung die Union sowohl sich selbst als auch die Mitgliedstaaten verpflichtet hat.<sup>25</sup> Damit verlässt die GFK den völkerrechtlichen Verträgen zugewiesenen, vergleichsweise niedrigen Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG). Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), ebenfalls ein völkerrechtlicher Vertrag, ist durch das BVerfG mit höheren Weihen in Gestalt einer „Auslegungshilfe“ sogar für Verfassungsrecht und einem Gebot „konventionsfreundlicher Auslegung“ der gesamten nationalen Rechtsordnung versehen worden.<sup>26</sup> Im Bereich der Durchführung des EU-Rechts unter Bindung an die ebenfalls mit Anwendungsvorrang aus-

gestattete Charta der Grundrechte der Europäischen Union (s. Art. 51 Abs. 1 GRC) fließen die Garantien der EMRK über Art. 52 Abs. 3 GRC in die deutsche Rechtsetzung und -anwendung ein. Unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Asylgarantie lässt sich mithin aus Unions- und Völkerrecht eine Verpflichtung Deutschlands ableiten, zumindest einfachgesetzlich den Flüchtlingsschutz und das Refoulementverbot nach Art. 33 GFK (s. §§ 3 bis 3e AsylG, § 60 Abs. 1 AufenthG), den EU-rechtlichen subsidiären Schutz (s. § 4 AsylG) und die darüber hinausgehenden (Jedermann-) Garantien aus der EMRK im Hinblick auf Abschiebungsschutz (s. § 60 Abs. 5 AufenthG) zu gewährleisten, und zwar – vorbehaltlich abweichender Bestimmungen – auch in quantitativer Hinsicht unbegrenzt.

bb. Mögliche Rechtsgrundlagen für quantitative Begrenzungen

Durchforstet man in diesem Sinne das einschlägige Primär- und Sekundärrecht, so erstreckt zunächst Art. 78 Abs. 1 AEUV die Schutzgarantien auf jeden schutzbedürftigen Drittstaatsangehörigen und fordert den Einklang der Flüchtlingspolitik mit der GFK und der EMRK, die insofern ebenfalls keine Beschränkungen vorsehen. Dies erfährt Bekräftigung durch Art. 18 GRC, der die Gewährleistung von Asyl nach Maßgabe der GFK und des AEUV fordert. Auch die Ermächtigungen in Art. 78 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 AEUV betreffend einen Massenzustrom von Flüchtlingen bzw. eine Notlage infolge eines plötzlichen Zustroms dienen zwar dem Ziel gerechter Lastenverteilung und tragen den Aufnahmekapazitäten der Mitgliedstaaten Rechnung,<sup>27</sup> knüpfen aber an die tatsächliche Leistungsfähigkeit in einer konkreten Ausnahmesituation an und ermächtigen nicht zur abstrakt-generellen Fixierung des Umfangs der Leistungsbereitschaft. Gleiches gilt für den Solidaritätsgrundsatz in Art. 80 AEUV, der zwar ebenfalls der gerechten Lastenverteilung verpflichtet ist, aber weder Kompetenzen noch konkrete Rechte und Pflichten der EU

<sup>25</sup> S. insbesondere Art. 78 Abs. 1 S. 2 AEUV, Art. 18 GRC, Erw. 3 zur VO (EU) Nr. 604/2013 und Erw. 3 zur RL 2013/32/EU.

<sup>26</sup> S. BVerfGE 128, 326 (366 ff.); hierzu *Alexander Windoffer*, Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, in: DÖV 2011, S. 590–598 (595); *ders.*, Gerichtliche Durchsetzung der Rechte der EMRK, in: *studere*, Ausgabe 14/2015, S. 10–16 (S. 14 f.).

<sup>27</sup> S. etwa Art. 1 und Art. 25 Abs. 1 der Massenzustrom-Richtlinie 2001/55/EG.

oder der Mitgliedstaaten begründet.<sup>28</sup> Dem einschlägigen Sekundärrecht, insbesondere der „Dublin III-VO“ Nr. 604/2013, der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU, der Asylverfahrensrichtlinie 2013/32/EU und der Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU, lassen sich gleichfalls keine Anhaltspunkte für die Zulassung einer zahlenmäßige Begrenzung von Flüchtlings-, subsidiärem oder Abschiebungsschutz entnehmen. Sowohl stattgebende als auch abschlägige Entscheidungen nach dem europäischen Flüchtlingsrecht erfolgen jeweils konkret-individuell und unabhängig von einem Kapazitätsvorbehalt.

In Betracht käme möglicherweise eine Obergrenze gestützt auf Art. 72 AEUV aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder des Schutzes der inneren Sicherheit. Problematisch erscheint hier allerdings bereits, ob diese Norm ein Abweichen von den flüchtlingsrechtlichen Pflichten rechtfertigt, wie sie sich insbesondere aus den vorgenannten Sekundärrechtsakten der EU ergeben,<sup>29</sup> jedenfalls soweit sie nicht, wie etwa der Schengener Grenzkodex, Art. 72 AEUV konkretisieren und dadurch – vergleichbar dem Bereich der Grundfreiheiten – den Rückgriff auf diese Primärrechtsnorm sperren. Anerkennt man die Möglichkeit einer solchen Abweichung, so muss, wie schon zu Art. 23 Grenzkodex ausgeführt,<sup>30</sup> außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Außerdem unterliegen die auf Art. 72 AEUV gestützten Maßnahmen ebenso wie

Beschränkungen der Grundfreiheiten aufgrund Art. 52 AEUV dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere der Erforderlichkeit.<sup>31</sup> Spätestens an diesen Voraussetzungen dürfte die Einführung pauschaler Obergrenzen der Flüchtlingsaufnahme scheitern. Art. 72 AEUV bietet den Mitgliedstaaten keine Handhabe, sich den Umfang ihrer völker- und europarechtlichen Pflichten nach (innen-) politischer Opportunität willkürlich zurechtzuschneiden. Hält ein Mitgliedstaaten die Lastenverteilung innerhalb der EU für ungerecht und den Grad der Pflichterfüllung durch die anderen Mitgliedstaaten, z. B. im Bereich der Grenzsicherung, für unzureichend, so hat er auf europäischer Ebene auf die Einhaltung der Pflichten hinzuwirken und ggf. deren Neuverteilung durch politische Verhandlungen und Änderungen des Rechtsrahmes anzustrengen. Der Unwille zur Aufnahme von Flüchtlingen jenseits einer bestimmten Größenordnung unabhängig von nachgewiesener, die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit existenziell bedrohender Kapazitätsüberlastung erfüllt die Voraussetzungen des Art. 72 AEUV nicht. Zudem wären Aufnahmestopps – vergleichbar Grenzkontrollen nach Art. 23 Grenzkodex – nicht generell, sondern allenfalls in besonders schwerwiegenden Ausnahmesituationen und auch dann prinzipiell nur vorübergehend zu gestatten. Allerdings hält das Unionsrecht für solche Fälle bereits die genannten Mechanismen zur Bewältigung von Massenzustromen und Notlagen bereit, so dass die Erforderlichkeit auch unter diesem Aspekt zweifelhaft erscheint. Im Ergebnis wird man Flüchtlingsobergrenzen gestützt auf Art. 72 AEUV daher ablehnen müssen.<sup>32</sup>

Primärrechtlich wären schließlich auch bei Bestehen einer Ermächtigung für Flüchtlingsobergrenzen die aus der GRC resul-

<sup>28</sup> Daniel Thym, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand Aug. 2015, Art. 80 AEUV, Rn. 4.

<sup>29</sup> Dafür etwa Hans-Holger Herrfeld, in: Jürgen Schwarze u. a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 72 AEUV, Rn. 3; Matthias Rossi, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 72 AEUV, Rn. 1, 5; Weiß (Fn. 18), Art. 72 AEUV, Rn. 4; dagegen Daniel Thym, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, Stand 1. Mai 2015, Art. 72 AEUV, Rn. 1.

<sup>30</sup> S. oben. III. 1.

<sup>31</sup> Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 72, Rn. 20.

<sup>32</sup> Tendenziell ablehnend auch Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Obergrenzen für Asylsuchende und Bürgerkriegsflüchtlinge im Lichte des EU-Rechts, PE 6 - 3000 - 153/15 vom 16. Dez. 2015, S. 36.

tierenden Garantien zu beachten. Die Bindung an die europäischen Grundrechte gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC gilt unabhängig davon, ob konkret aufgrund europäischen Sekundärrechts eine Pflicht zur Gewährung internationalen Schutzes besteht oder nicht, da auch abschlägige Entscheidungen hierüber (einschließlich solcher betreffend die Zuständigkeit nach der „Dublin III-VO“) in „Durchführung des Rechts der Union“ ergehen und unionsrechtliche Pflichten, insbesondere zur Beachtung des Refoulementverbots (s. Art. 21 Abs. 1 der „Dublin III-VO“) auslösen.<sup>33</sup> Dieser Grundsatz ist in Art. 19 Abs. 2 GRC – in Übernahme der Rspr. zu Art. 3 EMRK<sup>34</sup> – als subjektives Jedermann-Recht unabhängig von der Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter verankert.<sup>35</sup> Desgleichen wären Massenausweisungen etwa infolge Überschreitung von Aufnahmequoten gemäß Art. 19 Abs. 1 GRC unzulässig. Schließlich müsste gemäß Art. 47 GRC, insofern weitergehend als das Vorbild des Art. 13 EMRK, ein gerichtlicher Rechtsbehelf im Falle der Ablehnung der Flüchtlingsaufnahme und/oder der Durchführung eines Asylverfahrens eingeräumt werden.

#### cc. Ergebnis: Obergrenzen unions- und völkerrechtswidrig

Im Ergebnis wird man die Einführung von Obergrenzen der Flüchtlingsaufnahme durch den nationalen Gesetzgeber unions- und völkerrechtlich für unzulässig erachten müssen. Damit wäre auch einer Abschaffung der verfassungsrechtlichen Asylgarantie in Art. 16a GG die Wirksamkeit genommen, da der bestehende internationale Schutz unverändert jedenfalls einfachgesetzlich in vollem Umfang gewährt werden müsste.

<sup>33</sup> Im Ausgangspunkt anders *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 32), S. 43 ff.

<sup>34</sup> S. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Abl. C 303/17, S. 24.

<sup>35</sup> *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 2, 5.

### 3. Aktuelle asyl- und aufenthaltsrechtliche Gesetzesverschärfungen

#### a. Beschränkung des Familiennachzugs

„Im Interesse der Aufnahme- und Integrationssysteme“<sup>36</sup> hat der Gesetzgeber über § 104 Abs. 13 AufenthG den Familiennachzug gemäß § 29 AufenthG zu subsidiär Schutzberechtigten für zwei Jahre ausgesetzt, da die hohe Zahl der Asylsuchenden eine Vielzahl entsprechender Anträge erwarten lasse. Auch diese Regelung begegnet rechtlichen Zweifeln. Denn Art. 23 der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU fordert, dass Familienangehörigen subsidiär Schutzberechtigter ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel gemäß Art. 24 Abs. 2 einzuräumen ist, sofern keine in dieser Person liegenden, mithin individuellen zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung entgegenstehen. Zudem ist der Wahrung des Familienverbands insbesondere bei unbegleiteten Minderjährigen besonders Rechnung zu tragen (Art. 31 RL 2011/95/EU). Ein abstrakt-genereller – auch zeitlich begrenzter – Ausschluss des Aufenthaltsrechts für Familienangehörige verlangt gemäß Art. 23 Abs. 5 RL 2011/95/EU wiederum stichhaltige Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung, mithin die bereits erwähnte tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

Spiegelt man diese Voraussetzungen vor dem Hintergrund der Intention des Gesetzgebers, die Aufnahmesysteme vor Überlastung zu bewahren, an der jüngsten Entwicklung der Anerkennungszahlen, die etwa für Januar 2016 bei 49.384 Entscheidungen des BAMF nur 194 subsidiär Schutzberechtigte (0,4 Prozent) gegenüber 31.160 anerkannten Flüchtlingen ausweisen,<sup>37</sup> so wird man angesichts der marginalen Größenordnung des subsidiären Schutzes der nicht rückwirkend angelegten Beschränkung des Familiennachzugs sowohl die Rechtmäßigkeit als auch die Zweckmäßigkeit absprechen müssen. Hinzu kommt, dass es Familienange-

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/7538 vom 16. Feb. 2016, S. 1.

<sup>37</sup> *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe Jan. 2016, S. 10.

hörigen unbenommen bleibt, anstelle nachträglicher Anträge auf Familiennachzug sogleich den Weg über das Familienasyl gemäß § 26 AsylG zu beschreiten.

#### b. Erleichterte Nichtanerkennung und Ausweisung Straffälliger

In Reaktion auf die Übergriffe auf weibliche Personen in der Silvesternacht 2015/16 in Köln sind in weiterem Umfang als bisher Straftaten zu Gründen für eine Ausweisung von Ausländern, für eine Ermessensausnahme vom Refoulementverbot und für die Nichtzuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erklärt worden. Erfasst werden mit Gewalt, Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben, oder mit List begangene Straftaten gegen Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung oder Eigentum sowie Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte. Sie begründen bei rechtskräftiger Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse (§ 54 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG), eine Ermessensausnahme vom Refoulementverbot (§ 60 Abs. 8 S. 3 AufenthG) und den Ausschluss der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft (§ 3 Abs. 4 AsylG), während zur Begründung eines schwerwiegenden Ausweisungsinteresses bereits jede rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe wegen dieser Delikte genügt (§ 54 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG). Im Hinblick auf die Ausweisungsgründe nach § 54 AufenthG bedarf es bei Eigentumsdelikten keiner Gewalt, Drohung oder List, wenn diese serienmäßig begangen wurden.

Überprüft man diese von der Bundesregierung lapidar als unions- und völkerrechtskonform deklarierten Gesetzesverschärfungen<sup>38</sup> anhand der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU, so wecken vor allem die Einbeziehung der Eigentums- und Widerstandsdelikte, die Tatmodalität der List sowie die geringen Strafmaßanforderungen Bedenken. So enthält etwa Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU in Bezug auf die Entziehung

des Aufenthaltstitels<sup>39</sup> zwar keine auf Straftaten bezogenen Vorgaben, fordert aber „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung.“ Allerdings bilden die (besonders) schwerwiegenden Ausweisungsinteressen nur einen Gesichtspunkt in der Gesamtabwägung nach § 53 AufenthG, so dass die einschlägigen Straftaten für sich genommen noch keine hinreichende Bedingung darstellen. Eine unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung der § 53, 54 AufenthG erscheint damit nicht ausgeschlossen.<sup>40</sup> Nicht mehr von Unionsrecht gedeckt sein dürften dagegen die Nichtzuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und die Ausnahme vom Refoulementverbot.<sup>41</sup> Denn insofern fordert das Sekundärrecht die rechtskräftige Verurteilung wegen einer „besonders schweren Straftat“ (Art. 14 Abs. 5 i. V. m. Abs. 4 lit. b; Art. 21 Abs. 2 lit. b RL 2011/95/EU). Hierunter beispielsweise eine zwecks Abschreckung erfolgte Verurteilung eines Ersttäters zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr auf Bewährung wegen eines „listigen“ Trickdiebstahls eines Smartphones in einer Menschenmenge subsumieren zu wollen, dürfte sich offenkundig verbieten, belegt aber eindrucksvoll, dass die dargestellten Gesetzesverschärfungen mehr tagespolitischem Aktionismus denn rechtspolitischer Weitsicht geschuldet sind.

#### c. Erleichterte Abschiebung bei Geltendmachung medizinischer Hindernisse

Schließlich hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, Schwierigkeiten bei Abschiebungen infolge Geltendmachung medizinischer Hindernisse, seien sie zielstaatsbezogen i. S. v. § 60 Abs. 7 AufenthG

<sup>38</sup> BR-Drs. 43/16 vom 28. Jan. 2016, S. 4.

<sup>39</sup> Zur Anwendung dieser Vorschrift auch auf Entziehung und Beendigung des Aufenthaltsrechts EuGH Urt. v. 24. Jun. 2015, Rs. C-373/13 (H. T.), Rn. 45 ff.

<sup>40</sup> Im Ergebnis auch *Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste*, Vorgaben des EU-Rechts zu Voraussetzungen und Grenzen von Aufenthaltsbeendigungen international Schutzberechtigter infolge von Straffälligkeit, PE 6 - 3000 - 4/16 vom 9. Feb. 2016, S. 31.

<sup>41</sup> So auch *Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste* (Fn. 40), S. 33 f.

infolge drohender Verschlechterung des Gesundheitszustands mangels hinreichender medizinischer Versorgung im Zielstaat, seien sie inlandsbezogen in Gestalt etwa im Rahmen von § 60a Abs. 2 AufenthG zu berücksichtigender gesundheitlich bedingter Reiseunfähigkeit, entgegenzuwirken.<sup>42</sup> Zu diesem Zweck genügen als zielstaatsbezogenes Abschiebungshindernis nur noch lebensbedrohliche oder schwerwiegende Erkrankungen, die sich durch die Abschiebung wesentlich verschlechtern würden, und wird nicht gefordert, dass die medizinische Versorgung im Zielstaat mit der deutschen gleichwertig ist (§ 60 Abs. 7 S. 2, 3 AufenthG). Des Weiteren wird gemäß § 60a Abs. 2c und 2d AufenthG vermutet, dass der Abschiebung gesundheitliche Gründe nicht entgegenstehen, und muss der Ausländer unverzüglich eine qualifizierte ärztliche Bescheinigung mit bestimmten Soll-Angaben vorlegen, widrigenfalls die Behörde sein Vorbringen nicht berücksichtigen darf, es sei denn, er war unverschuldet an der Einholung der Bescheinigung gehindert oder ist erkennbar schwer krank. Eine Behandlung als präkludiert ist fakultativ möglich, wenn sich der Ausländer einer behördlich angeordneten Untersuchung entzieht. Die Behörde muss auf diese Verpflichtungen und die Präklusionsfolgen hinweisen.

Die Ergänzung des § 60 Abs. 7 AufenthG erbringt keine relevante Rechtsänderung gegenüber der Rspr. zu gesundheitlichen Nachteilen aufgrund der Verhältnisse im Zielstaat, insbesondere unzureichender Behandlungsmöglichkeiten. Denn diesbezüglich fordert das BVerwG, dass die Verschlimmerung von Krankheiten eine Gesundheitsbeeinträchtigung von besonderer Intensität erwarten lässt, was der Fall ist, wenn sich der Gesundheitszustand wesentlich oder sogar lebensbedrohlich verschlechtern würde.<sup>43</sup> Erweist sich die Krankheit als Allgemein- oder Gruppengefahr i. S. v. § 60 Abs. 7 S. 5 AufenthG, die an sich den Anlass für eine aufenthaltspolitische Leitentscheidung nach § 60a Abs. 1 S. 1 AufenthG bieten soll, gilt ein verschärfter Maßstab, wonach

individueller Abschiebungsschutz nur bei einer extremen Allgemeingefahr gewährt werden kann, nämlich wenn der Ausländer gleichsam sehenden Auges dem Tode oder schwersten Verletzungen ausgeliefert würde.<sup>44</sup> Da der Gesetzgeber diesen – ebenfalls noch mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vereinbaren – verschärften Maßstab nicht verallgemeinert hat, hält sich die Regelung jedenfalls innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens.

Soweit die Präklusionsregelungen der Praxis vorbeugen sollen, Atteste auf Vorrat einzuholen, geht dieser Vorstoß ins Leere, wenn das Attest bereits vor dem Zeitpunkt der Belehrung über die Pflicht zur unverzüglichen Vorlage – und mithin „auf Vorrat“ – ausgestellt wurde. Denn in diesem Fall darf zur Beurteilung der „Unverzüglichkeit“, für die ein Regelzeitraum von zwei Wochen zugrunde gelegt wird,<sup>45</sup> nicht auf den Zeitpunkt der Ausstellung abgestellt werden. Der Ausländer kann sich somit ab dem Zeitpunkt der Belehrung, die regelmäßig (und frühestens) mit der Abschiebungsandrohung erfolgen soll, unabhängig vom Ausstellungsdatum zwei Wochen Zeit lassen, um das Vorratsattest vorzulegen. Beschafft er sich in diesem Zeitraum sicherheitshalber weitere Atteste, verschiebt sich der Endzeitpunkt entsprechend nach hinten. Beträgt die Ausreisefrist nur eine Woche oder erlässt bereits das BAMF selbst die Abschiebungsanordnung, muss der Ausländer binnen einer Woche Klage erheben und einen Eilantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen (§ 34a Abs. 2, § 36 Abs. 3, § 74 Abs. 1 AsylG). Für die Verpflichtungsklage auf Erteilung eines positiven Feststellungsbescheids über Flüchtlingseigenschaft, Asyl, subsidiären Schutz oder Abschiebungshindernisse hat er zwei Wochen Zeit (§ 74 Abs. 1 AsylG). Die Frage des Gesundheitszustands verlagert sich mithin in jedem Fall in den Prozess, auf den sich die Präklusion nicht erstreckt. Denn es handelt sich schon dem Wortlaut nach – anders als etwa in § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG oder § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG – nicht um eine un-

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/7538 vom 16. Feb. 2016, S. 1, 19.

<sup>43</sup> BVerwGE 105, 383 (387); BVerwG NVwZ 2007, 345 (346).

<sup>44</sup> BVerwGE 99, 324 (328); BVerwG NVwZ 2007, 345 (346) und 712f.

<sup>45</sup> BT-Drs. 18/7538 vom 16. Feb. 2016, S. 20.

eingeschränkte, auch das gerichtliche Verfahren erfassende materielle Präklusion des Vorbringens des Ausländers, sondern nur um eine auf das Verwaltungsverfahren bezogene und primär dessen Beschleunigung dienende Verpflichtung bzw. Ermächtigung der Behörde, hiervon für ihre Entscheidung Gebrauch zu machen. Eine weiterreichende Bindungswirkung, namentlich für die gerichtliche Abwägung des Vollziehungs- gegen das Aufschubinteresse im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, vermag diese Entscheidung nicht zu entfalten, zumal eine solche Folge schlichter verfahrensrechtlicher Versäumnisse angesichts drohender Lebens- oder schwerer Gesundheitsgefahren rechtsstaatlich auch kaum hinnehmbar wäre.

#### **IV. Fazit**

Wie aufgezeigt, hat die Regierungskoalition einer wohl noch rechtlich zulässigen Grenzöffnung eine Reihe von Maßnahmen und Vorschlägen zur Bereinigung der dadurch selbst hervorgerufenen, mittlerweile als krisenhaft empfundenen Flüchtlingssituation folgen lassen, denen das Verdikt nicht nur der Unions- und Völkerrechtswidrigkeit, sondern überdies teilweise auch der Wirkungslosigkeit anhaftet. Anstelle solch unzweckmäßiger unilateraler Korrekturbemühungen sollte das Augenmerk vorrangig darauf gerichtet werden, eine europäische Lösung anzustreben und sich gleichzeitig um baldmögliche Integration der bleibeberechtigten Zuwanderer in Arbeitsmarkt und Gesellschaft zu bemühen.