

Prof. Dr. Winfried Kluth, Halle (Saale)*

Die besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen im System des europäischen und deutschen Migrationsrechts

Das Gemeinsame Europäische Asylsystem schenkt den schutzbedürftigen Personen, zu denen u.a. Minderjährige, Frauen, kranke und alte Menschen sowie die Opfer von Menschenhandel zählen, besondere Aufmerksamkeit. Der Beitrag ordnet diese Regelungen systematisch ein, analysiert die Umsetzung im deutschen Migrationsrecht und prüft zudem, wie der Gesetzgeber darauf reagiert, dass sich Schutzsuchende bisweilen auf eine besondere Schutzbedürftigkeit berufen, ohne dass diese vorliegt.

1. Das Konzept der schutzbedürftigen Personen: Genese und Entwicklung

1.1. Semantische Vorbemerkung

Rechtswissenschaftliche Diskurse sind in einem nicht unerheblichen Ausmaß durch die dabei verwendeten Schlüsselbegriffe und Leitbilder¹ geprägt. Diese vermitteln grundlegende Orientierungen und haben einen erheblichen Einfluss auf die wissenschaftliche und gesellschaftliche Aufmerksamkeit, die den Diskursen zuteilwird.

So werden seit einigen Jahren bedeutsame gebietsübergreifende wissenschaftliche Diskurse unter den Leitbegriffen Resilienz², Digitalisierung³, Aufmerksamkeit⁴ und Grenzen⁵ geführt. Sie stehen für hohe gesellschaftliche und wissenschaftliche Relevanz der erfassten Themenfelder und lösen in der Regel auch umfangreiche Forschungsprozesse aus.

Analysiert man die deutsche rechts- und sozialwissenschaftliche Forschung insoweit mit Hilfe des Stichworts „schutzbedürftige Personen“, so entsteht nicht der Eindruck, dass es sich dabei um einen Leitbegriff handelt. Begriff und Thema werden zwar in verschiedenen Forschungszusammenhängen „auch“ erwähnt, ohne dass ihnen dabei eine zentrale Orientierungsfunktion zukommt. Es ist bei entsprechenden Datenbankabfragen nicht einfach, thematisch einschlägige Untersuchungen zu finden, weil sie anderen Leitbegriffen zugeordnet sind.

Anders sieht es aus, wenn man die englische Sprachfassung zugrunde legt. Der dort verwendete Ausdruck Vulnerabilities stellt in der angelsächsischen und internationalen Forschungslandschaft einen solchen Schlüsselbegriff (bzw. ein solches Leitbild) dar und markiert ein breites Debattenfeld, das viele grundlegende Bereiche der gesellschaftlichen Entwicklung erfasst. Dabei leuchtet es auch unmittelbar ein, dass die Formulierung „Verletzlichkeit“ in ganz anderer Art und Weise in der Lage ist, Aufmerksamkeit zu generieren als die deutsche Sprachfassung. Sowohl die Prägnanz als auch die Bezugnahme auf die „Verletzung“ anstatt auf den Schutz beeinflusst die Wahrnehmung erheblich.

Noch bedeutsamer aber ist, dass die thematische Kontextualisierung eine andere und weitere ist. Die Debatte ist in den großen Diskurs der gesamtgesellschaftlichen Chancengleichheit eingebettet und wird zugleich sehr viel kritischer geführt als dies bei der im deutschen Diskursraum vorgenommene „sozialstaatliche Verortung“ der Debatte mit sich bringt. Ohne dass an dieser Stelle eine gründliche Analyse möglich ist, erscheint es sinnvoll, einige ausgewählte Aspekte anzusprechen, die für den weiteren Gang der Überlegungen hilfreich sein können.

Die Debatte über Vulnerabilities bzw. Verletzlichkeit wurde u.a. durch die Thematisierung der Abhängigkeit von Frauen ausgelöst⁶ und später auf die Lage anderer Minderheiten in der Gesellschaft übertragen.⁷ Die damit verbundene Ausleuchtung von gesellschaftlichen Tabuthemen führte zu entsprechenden Gesetzgebungsaktivitäten, löste aber zugleich eine bis in die Gegenwart anhaltende kritische Betrachtung aus, die auf der These basiert, dass die Berufung auf Verletzlichkeit und Abhängigkeit letztlich vor allem eine Strategie in einem gesellschaftlichen Konflikt und Ausdruck des Strebens der Minderheiten nach mehr Macht und Einfluss darstellt. Vor allem in Bezug auf die MeToo Bewegung wurden diese Kritik immer wieder geäußert. Da diese Diskursstruktur auch in Bezug auf besonders

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Leiter der Forschungsstelle Migrationsrecht (FoMig). Der Beitrag ist entstanden im Rahmen des von der Europäischen Union geförderten Horizon 2020 Forschungsprojekts Nr. 870845 „Vulnerabilities Under the Global Protection Regime. How Does the Law Assess, Address, Shape and Produce the Vulnerabilities of the Protection Seekers?“ Weitere Informationen dazu unter: www.vulner.eu

- 1 Zum Konzept des Leitbegriffs *Baer*, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden 2004, S. 223 ff.
- 2 Siehe etwa von *Lewinski*, Resilienz des Rechts, 2016; zu einem besonderen Aspekt Krüger/Max (Hrsg.), *Resilienz im Katastrophenfall, Konzepte zur Stärkung von Pflege- und Hilfsbedürftigen im Bevölkerungsschutz*, 2019.
- 3 Dazu u.a. *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019; *Kucklick*, Die granulare Gesellschaft, 3. Aufl. 2017; *Stalder*, *Kultur der Digitalität*, 3. Aufl. 2017.
- 4 Sehr früh dazu *Waldenfels*, Phänomenologie der Aufmerksamkeit, 3. Aufl. 2015; Müller/Nießeler/Rauh (Hrsg.), *Aufmerksamkeit*, 2016. In Rechtstexten taucht der Topos Aufmerksamkeit prominent vor allem in Art. 9 I EUV auf.
- 5 Exemplarisch *Isensee*, *Grenzen: Zur Territorialität des Staates*, 2018.
- 6 *Fineman*, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, 2004.
- 7 Dazu *Fineman*, *Feminist and queer legal theory*, 2009. Zu Aspekten der deutschen Debatte siehe etwa *Schnell*, *Ethik im Zeichen vulnerabler Personen*, 2017; *Neulinger*, *Zwischen Dolorismus und Perfektionismus: Konturen einer politischen Theologie der Verwundbarkeit*, 2018; *Janssen*, *Verletzliche Subjekte. Grundagentheoretische Überlegungen zur conditio humana*, 2018 (insbes. unter Bezugnahme auf *Hannah Arendt*).

schutzbedürftige Flüchtlinge verwendet wird⁸, verdient sie im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls Beachtung.

Im Folgenden soll deshalb nicht nur der Frage nachgegangen werden, ob und wie auf die besonderen Bedürfnisse Schutzbedürftiger im Flüchtlingsrecht reagiert wird⁹, sondern es soll auch untersucht werden, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Berufung auf Verletzlichkeit als Handlungsstrategie eingesetzt wird und wie das Rechtssystem darauf reagiert.

1.2. Genfer Flüchtlingskonvention und Menschenrechtspakte

In den einschlägigen asylrechtlichen Rechtstexten ist der Gedanke des Schutzes und der Schutzbedürftigkeit seit jeher der Leitgedanke. Dabei wird aber zunächst nicht nach Stufen der Schutzbedürftigkeit unterschieden, sondern die auslösende Schwelle relevanter Gefahren und Bedrohungen definiert (Verfolgung, Verfolgungshandlung, schwerer Schaden usw. – siehe §§ 3a ff. AsylG). Regelungen zu schutzbedürftigen Personengruppen finden sich dort aber nicht.

Im Laufe der weiteren internationalrechtlichen Entwicklung wurden durch die allgemeinen Menschenrechtspakte¹⁰ sowie Konventionen zu einzelnen besonders schutzbedürftigen Personengruppen (Kinder¹¹, Menschen mit Behinderung¹², Opfer des Menschenhandels¹³ usw.) jeweils Rechte entwickelt, die diesen Personen in den einzelnen Vertragsstaaten allgemein zustehen und deshalb auch im Zusammenhang mit der Beantragung von internationalem Schutz gelten.

Diese „allgemeinen“ Rechte sind aber aufgrund ihres allgemeinen Regelungskontextes nicht spezifisch auf die in der Regel außergewöhnlichen Umstände von Flucht und Schutzsuche abgestimmt und ausgerichtet. Sie wirken sich deshalb in der Anwendungspraxis „nur“ als ermessensleitende Direktiven aus. So muss etwa die aus der Kinderrechtskonvention folgende Maßgabe, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen entsprechend in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Dies unterliegt auch der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

1.3. Ausdifferenzierung im Sekundärrecht der EU

Vor diesem Hintergrund erweist sich die auf Art. 78 AEUV basierende Gesetzgebung der Europäischen Union als der entscheidende Schritt, um die auf völkerrechtlicher Ebene allgemein angelegten Aufmerksamkeitspunkte situationsspezifisch zu erfassen und auf diese durch entsprechende normative Direktiven zu reagieren. Dabei ist wiederum zwischen allgemeinen Anforderungen und detaillierten Vorgaben für einzelne Maßnahmen zu unterscheiden. Das Unionsrecht übernimmt damit für die Mitgliedstaaten die Aufgabe der umsetzungsfähigen Konkretisierung der allgemeinen menschenrechtlichen Vorgaben.

1.4. Anliegen der Untersuchung

Anliegen dieser Untersuchung ist es, die spezifische Sicht- und Wirkweise der Regelungen zu schutzbedürftigen Personen, vor allem der einschlägigen unionsrechtlichen Direktiven herauszuarbeiten und zugleich zu fragen, welche Spannungen und Folgeprobleme damit verbunden sein können. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob und wie die Berufung auf eine besondere Schutzbedürftigkeit im Zusammenhang mit der Beantragung von Schutz eingesetzt werden kann und wie der Gesetzgeber darauf reagiert.

2. Verfassungs- und menschenrechtliche Grundlagen als Verständnishorizont

2.1. Der Schutz der Schwächeren als Anliegen des Sozialstaats

Dass sich Staat und Recht den besonders schutzbedürftigen Mitgliedern der Gesellschaft zuwenden ist nicht neu, sondern ein zahlreiche Rechtsgebiete prägendes Merkmal, das seine Wurzeln im sozialen Verfassungsprinzip hat, das seinerseits auf die Vorstellung einer solidarischen Gesellschaft zurückgeht, das insbesondere im Zusammenhang mit der Verarbeitung der Folgen der Industrialisierung entwickelt wurde.¹⁴ Der Kerngedanke ist mit dem Postulat des „Schutzes der Schwächeren“ u.a. durch *Eike von Hippel* prägnant formuliert worden.¹⁵

Rechtstechnisch wird dieses Konzept durch die Staatszielbestimmung in Art. 20 I GG (Sozialstaatsprinzip)¹⁶ umgesetzt, das punktuell durch grundrechtliche Schutzpflichten ergänzt

8 Bereits bei den Beratungen über die Aufnahme des Asylgrundrechts in das Grundgesetz wurde die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Berufung auf das Grundrecht thematisiert. Dokumentiert in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1 (1951), S. 165 ff. Aktuell wird z.B. die Konversion von Muslimen zum Christentum nach der Flucht und die dadurch begründete Furcht vor Verfolgung bei Rückkehr in den Heimatstaat vielfach als strategisches Handeln kritisiert und die Schutzbedürftigkeit in Frage gestellt; siehe dazu *Hillgruber*, ZAR 2018, 160.

9 Im Überblick dazu auch *Bhaba*, in: *Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross* (Hrsg.), *Foundations of International Migration Law*, 2012, S. 205 ff., die als zusammenfassenden Oberbegriff „maginalised migrant groups“ verwendet. Dort auch der Hinweis, dass in entwickelten Staaten regelmäßig mehr Frauen als Männer einen Schutzstatus erhalten (S. 207).

10 Vor allem der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (beide 1976 durch Deutschland ratifiziert). Dazu und zum Folgenden auch *Bhaba*, in: *Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross* (Hrsg.), *Foundations of International Migration Law*, 2012, S. 205 (211 ff.).

11 UN-Kinderrechtskonvention aus dem Jahr 1989.

12 UN-Behindertenrechtskonvention aus dem Jahr 2006.

13 Dazu *Frei*, *Menschenhandel und Asyl*, 2018; *Bhaba*, in: *Opeskin/Perruchoud/Redpath-Cross* (Hrsg.), *Foundations of International Migration Law*, 2012, S. 205 (220 ff.).

14 Exemplarisch *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, in: § 28. Entgegen einer verbreiteten Ansicht ist der Sozialstaat nicht an die Nation oder die Staatsangehörigkeit gekoppelt, sondern primär an den rechtmäßigen Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit. Das lässt sich bereits für die frühe Phase der Entwicklung sozialstaatlicher Mechanismen auf kommunaler Ebene nachweisen. Aktuell wird der Zusammenhang von Sozialstaat und Migration durch den neuen § 18 AufenthG neu kontextualisiert, indem die Einwanderung von Fachkräften als Beitrag zur Sicherung der sozialen Versicherungssysteme bezeichnet wird.

15 *v. Hippel*, *Der Schutz des Schwächeren*, 1982.

16 Siehe nur BVerfGE 27, 253 (283); BVerfGE 82, 60 (80).

wird, wenn die Gefahren für die schwächeren Personen von privaten Akteuren ausgehen.¹⁷ Der Sozialstaat hat inzwischen einen umfangreichen Instrumentenkasten entwickelt, der solidarische Versicherungssysteme, steuerfinanzierte Leistungen und behördliche Unterstützungs- und Befähigungsinstrumente umfasst.¹⁸ Die gesetzlichen Regelungen sind kaum noch überschaubar und die inzwischen zwölf Sozialgesetzbücher markieren nur den Kernbereich der Regelungen. Das Asylbewerberleistungsgesetz nimmt dabei die Funktion der Formulierung eines menschenwürdigen, aber abgesenkten Leistungsniveaus für Personen ein, die sich im Anerkennungsverfahren befinden oder deren Aufenthalt illegal geworden ist.¹⁹

Auch das Asylgrundrecht als solches ist bereits ein Ausdruck eines Schutzanspruchs, denn sein leistungsrechtlicher Gehalt umfasst neben dem Anspruch auf einen Aufenthalt auch einen Anspruch auf Existenzsicherung und Befähigung zum Grundrechtsgebrauch.²⁰ Rein formal wird dies umgesetzt, indem der anerkannte Schutzberechtigte in den Anwendungsbereich der für Inländer geltenden sozialstaatlichen Verbürgungen durch die Erteilung des Aufenthaltstitels einbezogen wird, wobei die Inländergleichbehandlung aus den entsprechenden Vorgaben der GFK (Art. 23) und des Unionsrechts (Art. 29, 30 RL 2011/95/EU) folgt.

2.2. Menschenrechtliche Schutzkonzepte

Mit der Bezugnahme auf die Inländergleichbehandlung wird zugleich auf eine grundsätzliche Problematik verwiesen, da die Vorstellungen über das Niveau sozialer Sicherheit in den einzelnen Staaten und ihren Gesellschaften erheblich voneinander abweichen, so dass es zu erheblichen Niveauunterschieden kommt.²¹ Die menschenrechtlichen Schutzkonzepte, etwa zum Menschenrecht auf Nahrung und Gesundheit, begründen nur relative, an die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaften gekoppelte Mindestvorgaben, die eine Angleichung der verschiedenen Sozialmodelle nicht bewirken können und wollen.²² Vor diesem Hintergrund erweisen sich auch internationale Vergleiche als anspruchsvoll, weil die jeweiligen „Selbstverständnisse“ der Gesellschaften zur Wohlfahrtstaatlichkeit bzw. zur Reichweite staatlicher sozialer Fürsorge nicht nur bedeutsam sind, sondern durch die menschenrechtlichen Pakte jedenfalls dann respektiert werden, wenn ein Mindeststandard gewährleistet ist.

Neben dem Pull-Effekt in Bezug auf Länder mit einem hohen sozialen Leistungsniveau bewirkt dies auch Paradoxien, weil die Aufnahmerichtlinie für die Zeit während des Anerkennungsverfahrens teilweise ein höheres Leistungs- und Versorgungsniveau vorgibt, als es in manchen Mitgliedstaaten für Inländer besteht.²³ Das hat zur Folge, dass die schutzsuchenden Personen nach ihrer Anerkennung weniger soziale Absicherung erfahren als während des Anerkennungsverfahrens.

Eine weitere thematisch relevante Regelung des Europarats stellt die Istanbul-Konvention²⁴ dar, die dem Schutz von Frauen dient und dabei auch die spezifischen Gefahren thematisiert, die in Lagern und Gemeinschaftsunterkünften bestehen. Sie verlangt zwar nicht nur aber auch für weibliche Migrantinnen spezi-

fische Schutzvorkehrungen, insbesondere auch vor häuslicher Gewalt und damit auch in Gemeinschaftsunterkünften.²⁵

Aufgegriffen wurde die Thematik der besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen zuletzt durch den Globalen Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration vom 11.12.2018²⁶, der in seinem siebten Ziel für die maßgeblichen Personengruppen konkrete Ziele für die gemeinsame Politik der Staatengemeinschaft formuliert, wobei als (neuer) Leitbegriff die „prekäre Situation“ herangezogen wird, in der sich diese Migrantinnen befinden.

3. Konkretisierung im europäischen und deutschen Migrationsrecht

3.1. Regelungen in Gemeinsamen Europäischen Asylsystem

In den Regelwerken des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems werden die Belange der besonders schutzbedürftigen Personen in mehreren Zusammenhängen aufgegriffen zum Gegenstand von Pflichten der Mitgliedstaaten bei ihrem Handeln erhoben. Dabei kann zwischen Grundsatzregelungen einerseits und konkreten Maßgaben für bestimmte Verfahren und Handlungen andererseits unterschieden werden.

Den insoweit zentralen und bedeutsamsten Regelungskomplex stellen die Regelungen in Kapitel IV der EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU²⁷ dar. Beginnend mit dem allgemeinen Grundsatz zur Unterstützung von schutzbedürftigen Personen in Art. 21, der eine nähere aber nicht abschließende Bestimmung der erfassten Personengruppen enthält, sowie der allgemeinen Pflicht zur Beurteilung ihrer besonderen Bedürfnisse in Art. 22 und den anschließenden Regelungen zu bestimmten Personengruppen (Minderjährige allgemein, unbegleitete Minderjährige und Opfer von Folter und Gewalt) unterschieden werden.

Der erfasste Personenkreis wird in Art. 21 nicht abschließend umschrieben und bezieht vor allem die auch in anderen Zusammenhängen – wie etwa bei Grenzwerten des Umwelt- und Produktrechts²⁸ – besonders herausgehobenen Personengruppen hervor: Minderjährige, Menschen mit Behinderung, Älte-

17 Dazu *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, 2001.

18 Siehe auch *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, in: § 28, Rn. 32 ff.

19 Dazu näher *Haedrich*, ZAR 2010, 227 ff.; *Kluth*, *Soziale Sicherheit* 2018, 32 ff.; *ders.*, *zfme* 2018, 5 ff.

20 *Kluth*, in: *Stern/Becker* (Hrsg.), *Grundrechte Kommentar*, 3. Aufl. 2018, Art. 16a, Rn. 64 ff.

21 Dazu vertiefend *Kaufmann*, *Varianten des Wohlfahrtsstaats*, 2003.

22 Zum Versuch der Bestimmung eines Mindestleistungsniveaus siehe *Müller*, in: *Bielefeldt/Frewer* (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf Gesundheit*, 2016, S. 125 ff.

23 Das ist u.a. in Italien und südosteuropäischen Mitgliedstaaten der Fall. 24 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 11.5.2011, ETS 210.

25 Dazu näher *Runge*, ZAR 2020, 127 ff. (in diesem Heft).

26 Dazu *Griesbeck*, ZAR 2019, 85 ff.

27 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. EU Nr. L 180/96.

28 Dazu *Böhm*, *Der Normmensch*, 1996.

re, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Opfer des Menschenhandels, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen oder psychischen Störungen. Für jede dieser Personengruppen gilt, dass sie für einen „normalen“ Freiheitsgebrauch und Lebensvollzug auf eine „Befähigung“ in Form einer Unterstützung durch die Gemeinschaft angewiesen sind.²⁹ Das unterscheidet ihre Schutzbedürftigkeit auch im Asylverfahren von den übrigen Personengruppen.

Die Wechselwirkungen zwischen den besonderen Lagen der einzelnen Personengruppen und dem asylrechtlichen Schutz, die in Art. 22 IV RL 2013/33/EU allgemein angesprochen und vom Gesetzgeber erkannt werden³⁰, sind unterschiedlich zu beurteilen. In den Fällen der Minderjährigkeit, des Alters, der Behinderung und der Schwangerschaft handelt es sich um Lebenslagen, die generell besondere Bedürfnisse begründen. Bei den Fallgruppen der Erkrankung ist es dagegen möglich, dass diese in einem direkten Zusammenhang mit Verfolgung und Flucht stehen, so dass sie auch für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit von Bedeutung sind. Vor allem in Fällen der Traumatisierung³¹ ist dies regelmäßig der Fall.

Die systematische Relevanz dieses Zusammenhangs erschließt sich, wenn man sich vor Augen führt, dass in diesen Fällen die Berufung auf die besondere Schutzbedürftigkeit zugleich konstitutiv für die Begründung des Schutzanspruchs ist bzw. sein kann. Das wiederum kann die Antragsteller dazu verleiten, sich aus strategischen Gründen darauf zu berufen, obwohl dies nicht der Wirklichkeit entspricht. Eine solche Strategie kann auch in Bezug auf die Minderjährigkeit verfolgt werden, wenn mangels verlässlicher Urkunden das Alter nicht sicher feststeht.³²

Daraus wird deutlich, dass der in Art. 22 I 1 RL 2013/33/EU angeordnete Pflicht zu beurteilen, „ob der Antragsteller ein Antragsteller mit besonderen Bedürfnissen ist“, weil er einer der Personengruppen angehört, die schutzbedürftig sind, nicht nur einer formalen Einordnung dient³³, sondern auch die Aufgabe erfüllt, eine strategische und damit unzutreffende Berufung auf besondere Bedürfnisse auszuschließen.

Erst an diese (positive) Statusklärung schließt die Pflicht des Art. 22 I 2 RL 2013/33/EU zur Ermittlung der besonderen Bedürfnisse an, die eine besondere Behandlung im Einzelfall verlangen.³⁴ Die Vorschrift lässt dann aber offen, in welchem Umfang und in welcher Art und Weise ein Anspruch auf eine besondere Behandlung besteht. Es fehlt insoweit in Art. 22 I RL 2013/33/EU an einem expliziten Bezugsmaßstab. Hinweise zur Reichweite der Unterstützung lassen sich aber aus weiteren Regelungen der Richtlinie ableiten, wie auch die in Absatz 3 normierte Unterstützungspflicht erkennen lässt. Da diese expliziten Regelungen sich aber nur auf einige der erfassten besonderen Lebenslagen beziehen (Art. 23 ff. RL 2013/33/EU) bleibt insbesondere in den Fällen der Krankheiten offen, was genau geschuldet ist.³⁵ Die Mitgliedstaaten sind deshalb nur verpflichtet, dazu entsprechende Vorgaben zu beschließen.³⁶

Der klarstellende Hinweis in Art. 22 II RL 2013/33/EU, dass die Beurteilung der besonderen Bedürfnisse nicht in einem gesonderten Verwaltungsverfahren erfolgen muss (aber kann), weist darauf hin, dass die entsprechenden Feststellungen in Verbindung mit dem ohnehin vorgesehenen Registrierungsver-

fahren und medizinischen Untersuchungen verbunden werden können.³⁷

Neben der Unterstützungs- wird auch eine Beobachtungspflicht begründet. Art. 22 I UAbs. 3 RL 2013/33/EU verlangt, dass „die Situation in geeigneter Weise verfolgt wird“. Dadurch soll einerseits die hinreichende Wirksamkeit der angeordneten Maßnahmen abgesichert werden, andererseits aber auch auf den Wegfall der besonderen Bedürfnisse reagiert werden können. Zudem kann auch diese Weise auch eine unzutreffende Behauptung von besonderen Bedürfnissen aufgeklärt werden.

Auf die weiteren Regelungen, die sich auf die wichtigsten Personengruppen der Minderjährigen (Art. 23), der unbegleiteten Minderjährigen (Art. 24) sowie der Opfer von Folter und Gewalt (Art. 25) beziehen sei an dieser Stelle nur pauschal verwiesen. In ihnen werden die aus der Sicht des Europäischen Gesetzgebers wesentlichen Unterstützungsmaßnahmen und Entscheidungskriterien näher bestimmt. Hervorgehoben werden soll lediglich, dass dabei auch auf die Anforderungen an die Qualifikation des Personals eingegangen wird (siehe etwa Art. 24 IV), so dass die Einwirkungstiefe in die mitgliedstaatliche Rechtsordnung erheblich ist.

Ebenfalls nur erwähnt werden soll an dieser Stelle, dass auch in weiteren Richtlinien spezifische Vorgaben für schutzbedürftige Personen anzutreffen sind, die sich auf den jeweiligen Kontext beziehen.

Die EU-Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU berücksichtigt schutzbedürftige Personen im Zusammenhang mit den Vorgaben zur medizinischen Versorgung (Art. 30 II) sowie für den Umgang mit unbegleiteten Minderjährigen (Art. 31).³⁸

Die EU-Asylverfahrensrichtlinie 2013/32/EU berücksichtigt die besonderen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen u.a. bei der Antragstellung (Art. 7 in Bezug auf Minderjährige), bei der Durchführung der Anhörung (Art. 14 II), bei der medizinischen Untersuchung (Art. 18) sowie bei den Verfahrensgarantien (Art. 24 f.).³⁹

29 Zum Konzept der Befähigung (Capabilities) grundlegend *Nussbaum*, *Frontiers of Justice*, 2007, S. 155 ff.; *Sen*, *Die Idee der Gerechtigkeit*, 2010, S. 253 ff. Zur entsprechenden Interpretation des sozialen Staatsziels siehe *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008.

30 Absatz 4 stellt vor allem klar, dass die Feststellungen im Anerkennungsverfahren durch die Feststellungen nach Art. 22 I RL 2013/33/EU nicht beeinflusst werden, es insoweit also nicht zu einer Bindungswirkung kommt.

31 Zur Prüfung der Glaubhaftigkeit in Fällen der Traumatisierung *Gierlichs*, ZAR 2010, 102 ff.

32 Zur Altersfeststellung *Neundorf*, ZAR 2018, 238 ff.

33 Zu dieser *Peek/Tsourdi*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D V, Art. 22, Rn. 9.

34 *Peek/Tsourdi*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D V, Art. 22, Rn. 9 ff.

35 Ähnlich *Peek/Tsourdi*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D V, Art. 22, Rn. 12.

36 In diesem Bereich dürfte auch Innenrecht ausreichen, also eine Konkretisierung durch Verwaltungsvorschriften.

37 *Peek/Tsourdi*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D V, Art. 22, Rn. 11.

38 *Battjes*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D III, Art. 30, Rn. 5, Art. 31, Rn. 5.

39 *Vedstedt-Hansen*, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Aufl. 2016, Part D IV, Art. 2, Rn. 4.

Die Dublin-III-Verordnung (EU) Nr. 604/2013 enthält neben besonderen Regelungen für (unbegleitete) Minderjährige (Art. 6, 8) auch spezielle Regelungen für abhängige Personen (Art. 16).⁴⁰

Die EU-Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG enthält neben einer Legaldefinition (Art. 3 Nr. 9) besondere Vorgaben vor allem im Zusammenhang mit der Abschiebung und der Abschiebungshaft (Art. 10, 17) von Minderjährigen.⁴¹

3.2. Umsetzende Regelungen im deutschen Migrationsrecht

Der deutsche Gesetzgeber ist verpflichtet, die Vorgaben des internationalen und europäischen Rechts umzusetzen.⁴² Dabei steht es ihm frei, wie er die umsetzenden Regelungen systematisch verortet. Das betrifft den fachgesetzlichen Zusammenhang (Regelung in ausländerrechtlichen Gesetzen oder Fachgesetzen, zu denen ein Bezug besteht) aber auch die Regelung auf der Ebene des Bundes, der Länder oder der kommunalen Ebene.

Im Folgenden soll bzw. kann es nicht darum gehen, die umsetzenden Regelungen vollständig zu ermitteln und genauer zu untersuchen. Vielmehr besteht das begrenzte Anliegen der Untersuchung darin, exemplarisch verschiedene Umsetzungsstrategien aufzuzeigen und die damit verbundenen Vor- und Nachteile zu diskutieren.

3.2.1. Umsetzung in migrationspezifischen Gesetzen

Ein erster Teil der Vorgaben zu den schutzbedürftigen Personen in den europäischen Gesetzen wird durch die Hauptgesetze des deutschen Migrationsrechts umgesetzt. Im Asylgesetz und im Aufenthaltsgesetz finden sich aber jeweils nur an wenigen Stellen ausführliche Regelungen und auch das Asylbewerberleistungsgesetz als Spezialgesetz für die Phase des Anerkennungsverfahrens oder einen illegalen Aufenthalt im Hinblick auf existenzsichernde und medizinische Leistungen nimmt nur allgemein Bezug auf besondere Bedürfnisse.⁴³ Das hängt damit zusammen, dass der zentrale Anknüpfungspunkt für die Umsetzung vor allem des Art. 22 RL 2013/33/EU das Aufnahmeverfahren darstellt, das durch Landesrecht ausgestaltet ist (dazu sogleich unter 3.2.3.).

Im Asylgesetz ist u.a. auf § 14 II Nrn. 2, 3 AsylG zu verweisen, der für schutzbedürftige Personen besondere Zuständigkeiten vorsieht, sowie spezifische Regelungen zu Minderjährigen in mehreren Zusammenhängen. Insgesamt spielt das Thema aber eine geringe Rolle.

Das Asylbewerberleistungsgesetz dient mit vielen seiner Vorschriften der Aufnahmerichtlinie und eröffnet dabei durch die Einräumung von Ermessen auch die Möglichkeit, den besonderen Bedürfnissen von schutzbedürftigen Personen gerecht zu werden. Besonders deutlich wird dies bei der medizinischen Versorgung. Diesbezüglich sieht § 4 I AsylbLG für den Normalfall lediglich eine Behandlung bei akuten Erkrankungen und Schmerzen vor. In Absatz 2 ist eine weitergehende Versorgung für werdende Mütter und Wöchnerinnen vorgesehen. Aber auch damit bleibt die Regelung unterhalb des für schutzbedürftige

Personen maßgeblichen Leistungsumfangs. Dieser wird erst durch § 6 I AsylbLG ermöglicht, der im Einzelfall weitergehende Gesundheitsleistungen ermöglicht. Bei schutzbedürftigen Personen ist das Ermessen im Wege der richtlinienkonformen Auslegung entsprechend Art. 22 RL 2013/33/EU zu betätigen. Nicht verständlich ist im Übrigen, dass der Gesetzgeber den auf die Fälle des § 24 I AufenthG beschränkte Regelung des § 6 II AsylbLG, die der Umsetzung der Massenzustromrichtlinie 2001/55/EG⁴⁴ dient, nicht auf die Fälle der schutzbedürftigen Personen nach der Aufnahmerichtlinie erstreckt hat.

Das Aufenthaltsgesetz besitzt normative Bezüge zu Schutzsuchenden und damit auch zu schutzbedürftigen Personen unter ihnen in zwei grundlegend verschiedenen Situationen und Lagen. Einmal dann, wenn zur Gewährung von Schutz ein Aufenthaltstitel erteilt wird. Das sind die Fälle der §§ 22 bis 25 AufenthG.⁴⁵ Durch sie werden der betroffenen Personen in das reguläre System der sozialen Sicherung einbezogen und damit mit wenigen Ausnahmen Inländern gleichgestellt. Das schließt im Ergebnis auch eine angemessene Reaktion auf ihre besonderen Bedürfnisse ein. Völker- und unionsrechtlich wird nicht mehr erwartet.

Der zweite Berührungspunkt betrifft die Fälle, in denen keine Anerkennung ausgesprochen wurde und eine vollziehbare Ausreisepflicht besteht, der gegenüber sich der Ausländer auf Abschiebungshindernisse beruft, die Ausdruck eines besonderen Bedürfnisses sind, insbesondere einer Angewiesenheit auf medizinische Versorgung. Darauf reagiert § 60 AufenthG, indem er unter bestimmten Voraussetzungen ein Abschiebungshindernis anerkennt und damit die Grundlage für die Erteilung einer Duldung schafft.⁴⁶ Zudem finden sich bei der Regelung zur Abschiebungshaft besondere Kriterien in Bezug auf die Anordnung (§ 62 I 2 AufenthG) und den Vollzug der Abschiebungshaft (§ 62a III AufenthG) gegenüber Minderjährigen.

3.2.2. Umsetzung in anderen Fachgesetzen

Von großer praktischer Bedeutung für die Gruppe der unbegleiteten Minderjährigen sind die spezialgesetzlichen Regelungen in §§ 42a ff. SGB VIII, die sehr detailliert die Behandlung dieser schutzbedürftigen Personengruppe regeln, und insoweit die Vorgaben des Art. 24 RL 2013/33/EU umsetzen.⁴⁷

40 Hruschka/Maiani, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Part D VI, Art. 8, Rn. 7 f.

41 Hörich, Abschiebung nach europäischen Vorgaben, 2015, S. 206 ff.

42 Zur Europäisierung des deutschen Ausländerrechts siehe Hecker, ZAR 2011, 46 ff.

43 Siehe insgesamt zu den sozialen Leistungen die umfassende Darstellung bei Frings/Janda/Keßler/Steffen, Sozialrecht für Zuwanderer, 2. Aufl. 2018.

44 RL 2001/55/EG v. 20.7.2001, ABl. 2001 L 212, 12. Dazu eingehend Schmidt, ZAR 2015, 205 ff.

45 Zu den einzelnen humanitären Aufenthaltstiteln näher Maaßen/Koch, in: Kluth/Hund/Maaßen (Hrsg.), Handbuch Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 4, Rn. 474 ff.

46 Hecht/Koch, in: Kluth/Hund/Maaßen (Hrsg.), Handbuch Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 5, Rn. 217 ff.

47 Gesamtdarstellung bei Haubner/Kalin, Einführung in das Asylrecht, 2017, Kap. 10.

Aus systematischer Perspektive beziehen sich die einzelnen Regelungen auf die Altersfeststellung und damit auf die Frage der Zugehörigkeit zur Gruppe der schutzbedürftigen Personen (§ 42f SGB VIII)⁴⁸, die Zuständigkeit einer fachlich qualifizierten Behörde sowie eine Beobachtungs- und Berichtspflicht (§ 42e SGB VIII). Dabei werden auch die Mitwirkungsrechte der Minderjährigen genau geregelt.⁴⁹

3.2.3. Umsetzung durch die Länder und Kommunen

Neben diesen bundesgesetzlichen Regelungen wird ein erheblicher Teil der Vorgaben der Aufenthaltsrichtlinie durch die Landesaufnahmegesetze zum Erstaufnahmeverfahren und die zugehörigen Durchführungsverordnungen umgesetzt. Das ist eine systematische Folge der Zuständigkeit der Länder für die Unterbringung der Antragsteller gem. §§ 44 ff. AsylG und hat zur Folge, dass die Umsetzung zwar nicht einheitlich erfolgt⁵⁰, wohl aber die gleichen Fragen regelt. Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an der Rechtslage im Land Brandenburg.⁵¹

Das Landesaufnahmegesetz gibt in § 2 III allgemein vor, dass bei seiner Ausführung „die besonderen Belange schutzbedürftiger Personen im Sinne des Artikels 21 der Richtlinie 2013/33/EU ... zu berücksichtigen“ sind. Diese allgemeine Maßgabe steuert damit die Ermessensbetätigung bei allen Entscheidungen, die sich auf die Art und Weise der Unterbringung beziehen. Teilweise wird dies auch ausdrücklich thematisiert wie z.B. in § 8 III Nr. 3 der Durchführungsverordnung.

Der Landesgesetzgeber verzichtet damit weitgehend auf eigene Wertungen und Konkretisierung und arbeitet mit der Technik der Zurückverweisungstechnik. Die Vorgabe der Richtlinie wird allgemein in Bezug genommen und die ausführenden Stellen werden zur richtlinienkonformen Ermessensbetätigung verpflichtet. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das eine zulässige Art und Weise der Umsetzung einer Richtlinie.⁵²

Den besonderen Vorgaben der Rückführungsrichtlinie für den Vollzug der Abschiebungshaft im Falle von schutzbedürftigen Personen wird in den Abschiebungshaftvollzugsgesetzen der Länder⁵³ Rechnung getragen, wobei in der Praxis die Anordnung der Abschiebungshaft gegenüber schutzbedürftigen Personen in der Regel vermieden wird.

3.2.4. Zwischenergebnis

Die Analyse des deutschen Migrationsrechts lässt erkennen, dass die unionsrechtlichen Vorgaben zu den schutzbedürftigen Personen in den jeweiligen rechtlichen Kontexten umgesetzt werden. Neben den zentralen migrationsrechtlichen Gesetzen des Bundes und den Landesaufnahmegesetzen sind dabei die Regelungen der §§ 42a ff. SGB VIII zu Inobhutnahme von Minderjährigen hervorzuheben.

Regelungstechnisch ist zwischen detaillierten Regelungen einerseits und der Technik der zurückweisenden Bezugnahme mit dem Ziel der Ermessensteuerung zu unterscheiden. Obwohl bei der zweiten Vorgehensweise der deutsche Gesetzgeber keine eigene Regelung erlässt, genügt auch diese Vorgehensweise zur Umsetzung der einschlägigen Richtlinien.

Überall dort, wo diese Technik verwendet wird und wo die Umsetzung durch die Länder erfolgt, kann es in der Praxis zu einer uneinheitlichen Umsetzung kommen und es ist zudem schwierig, die tatsächliche Handhabung der Vorgaben der Richtlinien zu prüfen, da es an einer umfassenden Dokumentation fehlt. Damit ist ein erstes Feld rechtswissenschaftlicher Analyse beschrieben.

4. Verletzlichkeit als Handlungsstrategie

4.1. Problembefund

Es gehört zu den Alltagsbefunden des Anerkennungsverfahrens, dass Antragsteller ihre Verfolgungsgeschichte punktuell oder auch sehr weitreichend „modifizieren“, um die Chancen der Anerkennung zu erhöhen. Vor allem die Täuschung über eigene Identität und Herkunft gehört zu den Herausforderungen, mit denen sich das Bundesamt und die Verwaltungsgerichte immer wieder beschäftigen müssen. Der Gesetzgeber hat darauf zuletzt durch eine Verschärfung der Mitwirkungspflichten und die Kürzung der Leistungen durch § 1a AsylbLG reagiert.⁵⁴

Neben diesen Fällen kann aber auch die Berufung auf persönliche Merkmale bzw. Lebenslagen, die eine besondere Verletzlichkeit begründen, strategisch eingesetzt werden, vor allem um Abschiebungshindernisse darzulegen und so eine Rückführung zu vermeiden. Eine besondere rechtliche und praktische Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Berufung auf eine schwere Erkrankung, insbesondere eine Traumatisierung als Abschiebungshindernis gem. § 60 VII AufenthG zu.

Die Regelung ist im Laufe der Zeit weiterentwickelt worden. Dabei hat der Gesetzgeber Gesichtspunkte einbezogen, die zuvor von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelt wurden.⁵⁵ Heute stellt die Regelung klar, dass das Argument nicht lauten kann, im Heimatstaat werde ich nicht genauso gut versorgt wie in Deutschland. Bei schwerwiegenden und kurzfristigen Gefahren für das Leben sieht es wiederum anders aus.⁵⁶

Vor allem in den Fällen einer Traumatisierung ist bereits die zutreffende Diagnose Gegenstand eines anspruchsvollen Prozesses und die Behandlung überdies nur langfristig durchführbar.

48 Dazu näher *Neundorf*, ZAR 2018, 238 ff.

49 Zu Einzelheiten *Haubner/Kalin*, Einführung in das Asylrecht, 2017, Kap. 10, Rn 21 ff.

50 Eine einheitliche Regelung des Aufnahmeverfahrens durch den Bundesgesetzgeber wäre als Regelung des Verwaltungsverfahrens gem. Art. 84 I GG zwar verfassungsrechtlich möglich, doch hat der Bundesgesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

51 Landesaufnahmegesetz v. 15.3.2016 (GVBl. I Nr. 11) zuletzt geändert durch Art. 1 Erstes ÄndG v. 19.6.2019 (GVBl. I Nr. 31) sowie Landesaufnahmegesetz-Durchführungsverordnung v. 19.10.2016 (GVBl. II Nr. 55) zuletzt geändert durch Art. 1 Zweite VO zur Änd. der Durchführungsbestimmungen zum LandesaufnahmeG v. 1.8.2019 (GVBl. II Nr. 54).

52 Zu Einzelheiten *Ruffert*, in: *Calliess/ders.* (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2017, Art. 288 AEUV, Rn. 33.

53 Überblick und Nachweise bei *Kluth*, in: *ders./Heusch* (Hrsg.), BeckOK AusIR, 24. Edition 2019, § 62a AufenthG, Rn. 23 ff.

54 Zu Einzelheiten *Wahrendorf*, in: *Grube/ders.*, AsylbLG, Kommentar, 6. Aufl. 2018, § 1a, Rn. 1 ff.

55 U.a. BVerwG, NVwZ 2011, 48 ff.

56 Zu Kasuistik *Dollinger*, in: *Bergmann/Dienelt*, AusIR, 13. Aufl. 2020, § 60 AufenthG, Rn. 102 m.w.N.

Deshalb ist es umso wichtiger, dass die Feststellung eines Abschiebungshindernisses ihrerseits nur durch Ärzte mit entsprechender Expertise erfolgt und nicht aus reinem Wohlwollen.

4.2. Exemplarische Reaktionsstrategien

Um eine strategische Nutzung des Verletzlichkeitsarguments in diesen Fällen zu verhindern, hat der Gesetzgeber in § 60a AufenthG zwei neue Absätze eingefügt, die vor allem eine Berufung auf entsprechende Abschiebungshindernisse kurz vor dem geplanten Termin ausschließen und eine ausreichende Sachkunde der eine Bescheinigung ausstellenden Ärzte sicherstellen sollen.

§ 60a II c AufenthG statuiert zu diesem Zweck eine Vermutungsregel, dass der Abschiebung keine gesundheitlichen Gründe entgegenstehen. Dadurch wird die Darlegungslast auf den Ausländer verlagert. Sie muss durch eine ärztliche Bescheinigung erfüllt werden. Diese ärztliche Bescheinigung soll insbesondere die tatsächlichen Umstände, auf deren Grundlage eine fachliche Beurteilung erfolgt ist, die Methode der Tatsachenerhebung, die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den Schweregrad der Erkrankung sowie die Folgen, die sich nach ärztlicher Beurteilung aus der krankheitsbedingten Situation voraussichtlich ergeben, enthalten.

Der Gesetzgeber greift mit der Präzisierung der Anforderungen an ärztliche Atteste die Ergebnisse und Empfehlungen einer Unterarbeitsgruppe zu Vollzugsdefiziten auf. Diese war zu der Erkenntnis gelangt, dass ärztliche Atteste oft erst sehr spät, kurz vor dem Vollzug der Abschiebung vorgelegt werden, sich teilweise auf Umstände stützen, die im vorherigen Verfahren nicht anerkannt wurden und zudem oft einen Gutachterstreit nach sich ziehen, der viel Zeit in Anspruch nimmt. Zudem wurde festgestellt, dass viele Ärzte aus persönlichen Überzeugungen entweder Gutachten leicht erteilen oder eine Mitwirkung als Gutachter ablehnen.⁵⁷

Der Gesetzgeber hat diese Erkenntnis und die im Bericht formulierten Empfehlungen gleichwohl aufgegriffen und durch die Neuregelung das in § 60 VII normierte Abschiebungshindernis konkretisiert, indem bei der Berufung auf gesundheitliche Gefahren in Folge einer Abschiebung nur noch solche Umstände relevant sind, bei denen es zu einer wesentlichen Verschlechterung in Fällen von lebensbedrohlichen oder schwerwiegenden Erkrankungen kommt. Zudem wird zur Klärung der Beurteilungsmaßstäbe für Behörden und Gerichte „klargestellt“, dass nicht auf eine mit deutschen Verhältnissen gleichwertige Gesundheitsversorgung abgestellt werden darf und dass die Möglichkeit der Gesundheitsversorgung in einem Teil des Zielstaates ausreichend ist, um eine Gefährdung zu verneinen. Bei der Einordnung dieser Regelung ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in der Sache die Leitlinien der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung als Orientierungspunkt zugrunde gelegt hat, sodass es de facto nicht zu einer großen Veränderung der Rechtslage kommt. Das Bundesverwaltungsgericht hat bislang ein Abschiebungsverbot nur angenommen, wenn es bei einer schwerwiegenden Erkrankung zu einer wesentlichen Verschlechterung kommen würde.⁵⁸

Mit dem regelmäßig hohen Aufwand für die Diagnose von psychischen Erkrankungen steht die in § 60a II d neu geregelte Pflicht zur unverzüglichen Vorlage der ärztlichen Bescheinigung nur auf den ersten Blick in Widerspruch. Denn der Arzt kann in einer solchen Bescheinigung auch darlegen, dass es hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen der Erkrankung gibt, die jedoch eine weitere diagnostische Betreuung verlangen. Ebenso ist es verfassungsrechtlich unproblematisch, dass eine nicht unverzüglich vorgelegte Bescheinigung nach § 60a II d 2 im Verwaltungsverfahren mit Ausnahme von dort geregelten Sonderfällen nicht mehr berücksichtigt werden darf. Da diese Regelung die vollständige Sachverhaltsermittlung im gerichtlichen Verfahren nicht ausschließt, weil für diesen Bereich der Untersuchungsgrundsatz nicht eingeschränkt wird, bleibt das Vorbringen nicht völlig unberücksichtigt. Daran zeigt sich aber umgekehrt eine begrenzte Reichweite der getroffenen Regelung, da in der vorliegenden Form die Einlegung von Rechtsmitteln vorprogrammiert ist.

Wird den Anforderungen eine den Vorgaben des Absatz 2c entsprechende Bescheinigung vorgezogen, so kann die Behörde gleichwohl nach Satz 3 eine (weitere) ärztliche Untersuchung anordnen. Folgt der Ausländer dieser Anordnung ohne zureichenden Grund nicht, so ist sein Vorbringen aus diesem Grunde trotz Vorlage der Bescheinigung nicht zu berücksichtigen. Er ist nach Satz 4 auf seine Verpflichtungen und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung hinzuweisen.

Die Regelung verbindet damit in einer bis an die Grenze des rechtlich Zulässigen gehenden Form Mitwirkungspflichten mit Präklusionsregelungen. Das hat zur Folge, dass bei der gerichtlichen Kontrolle vor allem der behördlichen Aufklärung nach Satz 4 eine große Bedeutung zukommen wird, da diese eine unverzichtbare Grundlage für die Rechtfertigung der weitreichenden Rechtsfolgen darstellt. Die Behörden sind deshalb gut beraten, diesem Verfahrensschritt große Beachtung zu schenken und eine entsprechende Dokumentation vorzunehmen.

5. Aktuelle Aufmerksamkeitsfelder

5.1. Schutz in der Krise – Aufnahme von Kindern durch Länder und Kommunen

Die Covid-19-Pandemie führt der Weltöffentlichkeit erneut vor Augen, dass Krisen diejenigen besonders hart treffen, die ohnehin schutzbedürftig sind. Das gilt auch für Flüchtlinge in Flüchtlingslagern oder auf dem Fluchtweg. Für solche und andere Fälle der akuten besonderen Schutzbedürftigkeit hat sich neben den etablierten Fluchtmechanismen im Recht vieler Staaten das Instrument der Aufnahmeprogramme (auch Resettlement genannt) entwickelt, das im deutschen Recht seine Grundlage in § 23 AufenthG findet.⁵⁹

57 Siehe den Bericht <https://fragdenstaat.de/files/foi/29570/bericht-unterarbeitsgruppe-vollzugsdefizite-april2015.pdf>, 15 ff. Die Ärzteschaft hatte die dort beschriebene Praxis allerdings bestritten.

58 BVerwGE 105, 383 ff.; 127, 33 ff.

59 Zu Einzelheiten *Maaßen/Koch*, in: Kluth/Hund/Maaßen (Hrsg.), Handbuch Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 4, Rn. 520 ff.

Die spezifische Wirksamkeit dieser Programme ist dadurch gekennzeichnet, dass durch sie sichere Fluchtwege eröffnet werden⁶⁰, zivilgesellschaftliches Engagement⁶¹ ermöglicht und vor allem denjenigen geholfen wird, die sich aus eigener Kraft nicht um internationalen Schutz bemühen können. Aktuell wird in diesem Zusammenhang auch darüber diskutiert, ob und wie einzelne Kommunen sich an solchen Aufnahmeprogrammen beteiligen können.⁶²

Diese Programme und die zugehörigen Regelungen machen deutlich, dass den Bedürfnissen der Schutzbedürftigen Personen effektiv nur dann entsprochen werden kann, wenn ihnen zugleich sichere Fluchtwege eröffnet werden. Das ist im Rahmen von Aufnahmeprogrammen und Kontingentaufnahmen gem. § 23 AufenthG möglich und wird auch praktiziert, doch erreichen die etablierten Programme nur einen kleinen Teil der relevanten Personengruppen.

5.2. Unterschiede bei den nationalen Standards

Bereits angesprochen wurden die Unterschiede zwischen den sozialen Leistungsstandards in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die durch das Gemeinsame Europäische Asylsystem nicht überwunden werden. Die Unterschiede werden noch größer, wenn man Schwellenländer und andere Teile der entwickelten Welt in den Vergleich einbezieht. Dem damit verbundenen Anreiz, diejenigen Länder mit höheren sozialen Leistungsstandards aufzusuchen, begegnet das GEAS „nur“ mit einem Verbot der Sekundärmigration⁶³ und diesbezüglichen Sanktionen. Angesichts der Probleme, dieses Verbot effektiv durchzusetzen, wird man auf Dauer darüber nachdenken müssen, auf europäischer und internationaler Ebene zumindest für die erste Zeit des Aufenthalts über andere Regelungsmodelle nachzudenken.

5.3. Besserstellung gegenüber Inländern?

Eng damit verbunden ist das innerstaatliche Problem, dass aus dem Blickwinkel der sozial schwachen Teile der regulären Wohnbevölkerung die hohen Investitionen zugunsten von Flüchtlingen bei gleichzeitiger Kürzung der Zuwendung für Inländer ebenfalls kritisch hinterfragt werden. Dafür gibt es einerseits durchaus gute Gründe. Die Kritik darf indes nicht dazu führen, dass humanitäres Handeln unterbleibt. Vielmehr wird zu diskutieren sein, ob und wie ein Ausgleich mit den legitimen Interessen beider Personengruppen erreicht werden kann. Denn die angemessene Reaktion auf die Schutzbedürfnisse von Schutzsuchenden sollte nicht weitergehen als die Aufmerksamkeit gegenüber den eigenen Staatsangehörigen, denen gegenüber der Staat zunächst Schutz und Fürsorge schuldet.

6. Ausblick und Forschungsbedarf

Die vorstehende Analyse sollte verdeutlichen, dass die internationalisierte Migrationsrechtsordnung den besonderen Bedürfnissen von Schutzbedürftigen Personen in vielfältiger Art und Weise Rechnung trägt. Trotz der inzwischen umfangreichen

rechtlichen Regelungen vor allem auf europäischer Ebene ist das Wissen um den tatsächlichen Schutz allerdings rudimentär und es fehlt in vielen Teilbereichen an belastbaren Erkenntnissen dazu, wie die Regelungen in den einzelnen Teilen der Welt, Europas und Deutschlands umgesetzt werden. Das betrifft sowohl die eingesetzten Instrumente als auch die konkreten Maßstäbe, die dabei angewendet werden. Um ein genaueres Bild von der Lage Schutzbedürftiger Personen zu gewinnen und zudem zu lernen, welche Herangehensweise es gibt und welche Wirksamkeit sie entfalten, erscheint deshalb eine rechtvergleichende Untersuchung sinnvoll und notwendig.

Zudem zeigt die Beschäftigung mit der Thematik, dass humanitäre Hilfsangebote immer auch der Gefahr des Missbrauchs und der Instrumentalisierung ausgesetzt sind, weshalb der Gesetzgeber sich auch mit der Frage beschäftigen darf und muss, wie ein solcher Missbrauch aufgedeckt und verhindert werden kann. Da sich die Flüchtlinge vor diesem Hintergrund immer auch in einem Interessenkonflikt befinden, sind an die empirische Analyse auch vor diesem Hintergrund besondere qualitative Anforderungen zu stellen.

60 Zu diesem Aspekt siehe auch *Endres de Oliveira*, in: Foblets/Leboeuf (Hrsg.), *Humanitarian Admission to Europe*, 2020, S. 199 ff.; Kluth, ZAR 2017, 105 ff.

61 Dazu gehört die Übernahme von Kosten durch Verpflichtungserklärungen gem. § 68 AufenthG.

62 Zum Projekt „Seebrücke“ siehe <https://seebruecke.org>

63 Darunter wird die Einreise in einen anderen Mitgliedstaat verstanden, nachdem die Zuständigkeit eines bestimmten Mitgliedstaats festgestellt wurde.