

Rechtsverfolgung in der Krise? Das Beispiel der Beschäftigungsverbote für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten

Von Claudia Maria Hofmann, Regensburg*

Für Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten gelten im Asylverfahren in einigen Fällen abweichende Standards. Neben unterschiedlichen Rechtsbehelfsfristen, Wohnbestimmungen und Sozialleistungen gilt seit Oktober 2015 nach § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG auch ein Beschäftigungsverbot für eine bestimmte Gruppe von Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten während der gesamten Dauer ihres Asylverfahrens. Dieser Beitrag nimmt eine Untersuchung dieses Beschäftigungsverbots aus europarechtlicher Perspektive zum Ausgangspunkt für einige Überlegungen zur Frage des Rechtsschutzes für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten in Deutschland.

I. Zweifelhafte Sicherheit

Sicherheit zählt zu den grundlegenden menschlichen Bedürfnissen.¹ Damit ist zunächst physische Sicherheit gemeint, d.h. der Schutz vor Bedrohungen von Leib und Leben. Mit äußerer Sicherheit geht jedoch auch die psychische Sicherheit, also das Gefühl der Sicherheit einher.² Die Stärke des Sicherheitsbedürfnisses mag von Mensch zu Mensch variieren. Dennoch wird man davon ausgehen können, dass allen Menschen ein Streben nach einer (gewissen) Sicherheit gemein ist. Dieses Streben nach Sicherheit treibt in vielen Fällen vermutlich auch diejenigen an, die ihr Heimatland verlassen, um in Deutschland Asyl zu beantragen. Die Bedeutung der altgriechischen bzw. lateinischen Begriffe *ἄσυλον* und *asylum* unterstreicht den Zusammenhang mit Sicherheit: Sie bezeichnen Orte des Schutzes, die vor fremdem Zugriff entzogen sind.³

Sicherheit ist jedoch auch das Stichwort, das die Protagonisten dieses Beitrags von anderen Asylbewerbern unterscheidet. Sie kommen aus „sicheren Herkunftsstaaten“. Zu diesen zählen derzeit neben den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die folgenden Länder: Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Mazedonien, Montenegro, der Senegal und Serbien.⁴ Der Begriff der sicheren Her-

* PD Dr. Claudia Maria Hofmann ist akademische Oberrätin a. Z. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg. Der Beitrag basiert auf dem Habilitationsvortrag der Verfasserin vom 29.11.2017 in Regensburg.

1 Vgl. zum Bedürfnis nach Sicherheit A. Maslow, A Theory of Human Motivation, *Psychological Review* 50, 1943, S. 370, 376 ff.; M. M.-Neef/A. Elizalde/M. Hopenhayn, Human Scale Development: An Option for the Future, *Development Dialogue* 1, 1989, S. 5, 33.

2 Zu den beiden Komponenten des Sicherheitsbegriffs D. Klimke, Sicherheit, in: Fuchs-Heinritz et al. (Hrsg.), *Lexikon zur Soziologie*, 5. Aufl. 2011, S. 611.

3 Siehe zur Begriffsgeschichte J. Derlien, *Asyl. Die religiöse und rechtliche Begründung der Flucht zu sakralen Orten in der griechisch-römischen Antike*, 2003, S. 38 ff.

4 § 29a Abs. 2 AsylG i.V.m. der dazugehörigen Anlage II. Wenig überraschend ergab der erste Bericht der Bundesregierung nach § 29a Abs. 2a AsylG, dass sämtliche derzeit in der Anlage II genannten Länder weiter die

kunftsstaaten geht auf den sogenannten Asylkompromiss aus dem Jahr 1993 zurück: In dieser Zeit wurde die Regelung des Asylrechts im Grundgesetz dahingehend geändert, dass politisch Verfolgte zwar weiterhin ein Recht auf Asyl haben (früher: Art. 16 Abs. 1 GG; jetzt: Art. 16a Abs. 1 GG). Jedoch wird nach Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG vermutet, dass Menschen nicht politisch verfolgt werden, die aus Staaten kommen „bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, dass dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet“. Diese Vermutung wird in § 29a AsylG aufgegriffen, der in seinem Absatz 1 die Legaldefinition des Begriffs „sichere Herkunftsstaaten“ enthält. Kommt ein Asylbewerber aus einem der genannten Länder, wird *widerleglich* vermutet, dass sein Asylantrag offensichtlich unbegründet ist.⁵

II. Asylbewerber zweiter Klasse

Für Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten gelten im Asylverfahren in einigen Fällen abweichende Standards. So sind beispielsweise die Rechtsbehelfsfristen auf eine Woche verkürzt (§ 36 Abs. 1, § 74 Abs. 1 AsylG), was zu einer erheblichen Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes der Betroffenen führt.⁶ Im Oktober 2015 wurde die Verpflichtung eingeführt, bis zur Entscheidung über den Asylantrag in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§ 47 Abs. 1a S. 1 AsylG).⁷ Neben der schwierigen Wohnsituation in diesen Einrichtungen bringt die Verpflichtung noch einen weiteren Nachteil mit sich: Grundleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz werden in Aufnahmeeinrichtungen vor allem in Form von Sachleistungen erbracht. Nach § 3 Abs. 1 S. 2 AsylbLG wird der notwendige Bedarf (etwa Unterkunft, Nahrung, Kleidung, Gesundheitspflege) gene-

Voraussetzung für eine Einordnung als sichere Herkunftsstaaten erfüllen; Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Erster Bericht zu der Überprüfung der Voraussetzungen zur Einstufung der in Anlage II zum Asylgesetz bezeichneten sicheren Herkunftsstaaten, BT Drs. 19/299, S. 3. Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber bei der Einordnung eines Staats als sicheren Herkunftsstaat einen deutlichen Einschätzungs- und Wertungsspielraum ein; BVerfGE 94, 115; zu Recht daher kritisch die Sondervoten von *J. Limbach, E.-W. Böckenförde* und *B. Sommer*; BVerfGE 94, 115, 157 ff., 163 u. 164 ff. Eine geplante Erweiterung der Liste der sicheren Herkunftsstaaten um Algerien, Marokko und Tunesien (BT Drs. 18/8039) scheiterte an der nach Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG erforderlichen Zustimmung im Bundesrat (BR Drs. 257/16).

- 5 Hinsichtlich der Rechtsfolge dieser gesetzlichen Vermutung wird teilweise von einer Beweislastumkehr gesprochen (so beispielsweise im Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung der Demokratischen Volksrepublik Algerien, des Königreichs Marokko und der Tunesischen Republik als sichere Herkunftsstaaten, BT Drs. 18/8039, S. 7); siehe auch die Stellungnahme des früheren Bundesinnenministers *Thomas de Maizières* zum Bericht der Bundesregierung gemäß § 29a Abs. 2a AsylG, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/5, S. 328 D, 329 C. Zu Recht wird jedoch seitens des United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) darauf hingewiesen, dass Asylbewerber nach § 29a Abs. 1 AsylG zwar die für die Widerlegung der Vermutung erforderlichen Tatsachen vortragen und Beweismittel vorbringen müssen. Dies führe jedoch nicht zu einer Beweislastumkehr; vielmehr gelte weiterhin der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 Abs. 1 S. 1 AsylG, § 24 VwVfG); Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksache 18(4)82, UNHCR Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer“, 2014, S. 11.
- 6 Vgl. für eine Kritik aus europarechtlicher Perspektive *K. Müller*, in: Hofmann (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 36 AsylG, Rn. 2 ff.
- 7 Ausnahmen von dieser Verpflichtung sind nach § 47 Abs. 1a S. 2 i.V.m. §§ 48-50 AsylG möglich.

rell durch Sachleistungen gedeckt; § 3 Abs. 1 S. 6 AsylbLG sieht vor, dass auch Leistungen des notwendigen persönlichen Bedarfs, d. h. das „Taschengeld“ zur Deckung des soziokulturellen Existenzminimums, in Aufnahmeeinrichtungen als Sachleistungen erbracht werden sollen.⁸

Bereits dem Asylkompromiss aus dem Jahr 1993 lag die Zielsetzung zugrunde, die Zahlen der Asylbewerber und der letztlich Asylberechtigten zu reduzieren. Von der Änderung des Grundgesetzes mit der Einführung der sicheren Drittstaaten und Herkunftsländer, von der Einführung des Asylbewerberleistungsgesetzes und von fast allen seitdem beschlossenen asylpolitischen Maßnahmen sollte vor allem eines ausgehen: eine Signalwirkung. Thomas Strobl, Landesvorsitzender der CDU in Baden-Württemberg und früherer Bundestagsabgeordneter, hat diese Zielsetzung in der 1. Lesung zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht:

*„Wer aus einem sicheren Herkunftsland kommt, bleibt jetzt in der Erstaufnahmeeinrichtung. Es soll dort kein Bargeld mehr geben, und es gibt keine Gesundheitskarte. Die Leistungen werden nach Abschluss des Asylverfahrens deutlich gekürzt, und der Antragsteller wird direkt aus der Erstaufnahmeeinrichtung in sein Heimatland zurückgeschickt. Damit senden wir ein eindeutiges Signal: Wer keinen Anspruch auf Asyl hat und dennoch in Deutschland einen Asylantrag stellt, der muss in seine Heimat zurückgehen, und zwar rasch. [...] Die Integration der Flüchtlinge wird nur gelingen, wenn wir als aufnehmende Gesellschaft eine klare Vorstellung davon haben, was wir brauchen und was wir nicht brauchen [...]“*⁹

Wenngleich dies nur eine Stimme von vielen ist, vermittelt das geltende Recht ebenfalls den Eindruck, dass eine bestimmte Gruppe von Flüchtlingen jedenfalls nicht „gebraucht“ wird, nämlich solche aus sicheren Herkunftstaaten. Dabei kann eine weitere Regelung ebenfalls als Zeichen des „Nicht-Gebraucht-Werdens“ gedeutet werden: Zusammen mit der erneuten¹⁰ Erweiterung der Liste sicherer Herkunftstaaten um Albanien, Kosovo und Montenegro führte das Asyl-

8 Zwar wird in einigen Bundesländern das „Taschengeld“ weiterhin ausbezahlt. Jedoch ist die Praxis hier uneinheitlich. In Bayern wurden vermehrt wieder Sachleistungen zur Deckung des notwendigen persönlichen Bedarfs erbracht. Eine zusätzliche Ausweitung des Sachleistungsprinzips war mit der dritten Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vorgesehen; BR-Drs. 542/16. Über das Änderungsgesetz wurde zuletzt im Vermittlungsausschuss beraten. Mit Ablauf der 18. Legislaturperiode hat sich dieses Vermittlungsverfahren jedoch erledigt; vgl. J. Kersten, in: Maunz/Dürrig, Grundgesetz, Stand: 81. EL September 2017, Art. 77 GG, Rn. 78. Die Debatte um eine Verringerung der Asylbewerberleistungen ist damit jedoch nicht beendet; siehe dazu etwa die entsprechende Forderung der CSU-Landesgruppe im Deutschen Bundestag; *dies.*, Beschluss: Für einen starken Rechtsstaat in ganz Deutschland, 42. Klausurtagung in Kloster Seeon, 4.-6. Januar 2018, S. 4, online erhältlich unter https://www.csu-landesgruppe.de/sites/default/files/2018-01/180104%20FINAL_Beschluss_Seeon-Papier_Rechtsstaat.pdf [30.03.18].

9 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/127, S. 12278 A.

10 Bereits im Jahr 2014 wurden zusätzlich zu Ghana und dem Senegal auch Bosnien und Herzegowina, die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien und Serbien zu sicheren Herkunftstaaten erklärt; Gesetz zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer vom 31.10.2014, BGBl. 2014 I S. 1649.

verfahrensbeschleunigungsgesetz auch ein Beschäftigungsverbot ein.¹¹ Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten, die ihren Asylantrag nach dem 31.8.2015 gestellt haben, darf nach § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG während der gesamten Dauer ihres Asylverfahrens eine Beschäftigung nicht erlaubt werden.

Zwar gilt für Ausländer generell gemäß § 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz ein Beschäftigungsverbot. Jedoch gibt es davon Ausnahmen. Für Asylbewerber sieht § 61 Abs. 2 S. 1 AsylG die Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis vor, wenn diese sich mindestens drei Monate in Deutschland aufhalten; in der Regel muss auch die Arbeitsagentur zustimmen. Die Entscheidung, ob die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt wird, steht im Ermessen der Ausländerbehörde. Grundsätzlich dürfen im Rahmen dieser Ermessenserwägungen nur aufenthalts- bzw. asylrechtliche Aspekte eine Rolle spielen.¹² Im Fall der Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten führt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG allein das Herkunftsland zu einer Ermessensreduzierung auf Null: Ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis ist folglich abzulehnen. Dieser Beitrag nimmt eine Untersuchung dieses Beschäftigungsverbots aus europarechtlicher Perspektive (IV.) zum Ausgangspunkt für einige Überlegungen zur Frage des Rechtsschutzes für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten (V.). Zunächst soll jedoch in einem kurzen Exkurs die Rechtslage in Bayern skizziert werden, wie sie vor Inkrafttreten des Beschäftigungsverbots in § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG bestand und in bestimmten Konstellationen auch heute noch besteht (III.).

III. Exkurs: Die Situation in Bayern vor Einführung des gesetzlichen Beschäftigungsverbots

Bereits vor Inkrafttreten des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG existierte in Bayern ab April 2015 ein Beschäftigungsverbot – ausgesprochen durch das bayerische Staatsministerium des Innern. Nach einem Schreiben des Innenministeriums vom März 2015 sollten Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten *grundsätzlich* keine Arbeitserlaubnisse mehr erteilt werden.¹³ Als einzige Ausnahme wurde die Situation genannt, dass bereits eine Erlaubnis erteilt wurde und der Asylbewerber daraufhin eine Ausbildung begonnen hat. Das Schreiben vom März 2015 wurde zuletzt durch ein weiteres „innenministerielles Schreiben“ – so die offizielle Bezeichnung – vom September 2016 bestätigt.¹⁴ Im Unterschied zum ersten Schreiben enthält das Schreiben vom September jedoch eine breiter formulierte Ausnah-

11 Art. 1 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, BGBl. 2015 I S. 1722.

12 S. Schröder, in: Hofmann (Fn. 6), § 61 AsylG, Rn. 9 unter Verweis auf BVerwGE 64, 285.

13 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Schreiben vom 30.3.2015, Ausländer- und Asylrecht; Beschäftigung und Berufsausbildung von Asylbewerbern und Geduldeten, Gz.: IA2-2081-1-8, S. 5, online erhältlich unter https://ggua.de/fileadmin/downloads/erlasse/2015-03-31_IMS_Beschaeftigung_und_Berufsausbildung_von_Asylobewerbern_und_Geduldeten_IA2-2081-1-8-1.pdf [30.3.18].

14 Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Schreiben vom 1.9.2016, Gz.: IA2-2081-1-8-19, online erhältlich unter https://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/IA2-2081-1-8-19_IMS_vom_01092016_Beschaeftigung_Berufsausbildung_Asylobewe....pdf [30.3.18].

meregelung, die die Erteilung von Beschäftigungserlaubnissen im Einzelfall zulässt.

Die innenministeriellen Schreiben (IMS) enthalten verschiedene Regelungen für die Ausübung der Tätigkeit der Ausländerbehörden. Sie sind von einer höherrangigen an die ihr nachgeordneten Behörden gerichtet. Sie können daher zunächst allgemein als Verwaltungsvorschriften klassifiziert werden.¹⁵ Die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis steht im Ermessen der Ausländerbehörde (§ 61 Abs. 2 S. 1 AsylG). Die Vorgabe, Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten diese Erlaubnis zu versagen, betrifft unmittelbar diese Ermessensentscheidung. Es handelt sich folglich um eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift; teilweise wird auch der Begriff Ermessensrichtlinie¹⁶ verwendet. Um die Einheitlichkeit der Verwaltungspraxis sicherzustellen, können ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften als grundsätzlich zulässig angesehen werden.¹⁷ Sofern jedoch – wie im Fall des IMS vom März 2015 – das Ergebnis der Ermessensentscheidung (Versagung der Beschäftigungserlaubnis) gänzlich vorweggenommen und lediglich für einen genau spezifizierten Sonderfall eine Ausnahme zugelassen wird, erstickt die Verwaltungsvorschrift jegliche Ermessensentscheidung im Keim. Die Rechtmäßigkeit einer derartigen Verwaltungsvorschrift ist daher äußerst fraglich, wenn – wie hier – „die individuelle Ermessensentscheidung zum Subsumtionsakt verkümmert.“¹⁸

Die IMS wurden durch die Einführung des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG nicht gänzlich überholt. Bei den Gerichten sind nach wie vor viele Fälle anhängig, die vor Einführung dieser Norm spielen. Darüber hinaus greift diese Vorschrift nur, wenn die Asylanträge vor dem 31.8.2015 gestellt wurden. Wie das Schreiben vom September 2016 klarstellt, gilt für alle anderen Fälle weiter das durch das Innenministerium ausgesprochene Beschäftigungsverbot. Nach einer Statistik des Bayerischen Landtags aus dem Jahr 2015 waren beispielsweise von den knapp 2.500 in Bayern lebenden Senegalesen, die kürzer als vier Jahre in Deutschland sind, lediglich 18 erwerbstätig.¹⁹ Auch wenn bei diesen Zahlen nicht nach den unterschiedlichen Aufenthaltsstatus differenziert wird, verdeutlichen sie, wie viele Menschen allein aus diesem einen Land von dem Beschäftigungsverbot betroffen sind.

Im August 2015 richtete die Europaabgeordnete Barbara Lochbihler daher eine Anfrage an die Kommission, um zu klären, ob die bayerische Praxis mit der EU-

15 Zur Definition siehe *F. Ossenbühl*, Autonome Rechtssetzung der Verwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. 2007, § 104, Rn. 4; *T. Sauerland*, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, S. 38 ff.

16 *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24, Rn. 13; *F. Ossenbühl* (Fn. 15), § 104, Rn. 25; *H. A. Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 4. Aufl. 2014, § 114 VwGO, Rn. 85 ff.

17 Vgl. etwa BVerwGE 14, 307, 309; 15, 190, 196; 31, 212, 214; 37, 57, 58 f.; *H. Maurer/C. Waldhoff* (Fn. 16), § 7, Rn. 15; *F. Ossenbühl* (Fn. 15), § 104, Rn. 25; *U. Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 18. Aufl. 2017, § 40 VwVfG, Rn. 77; *H. A. Wolff* (Fn. 16), § 114 VwGO, Rn. 87.

18 *F. Ossenbühl* (Fn. 15), § 104, Rn. 25.

19 Bayerischer Landtag, Drs. 17/9616, S. 2.

Aufnahmerichtlinie²⁰ vereinbar ist.²¹ Nach Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie tragen die „Mitgliedstaaten [...] dafür Sorge, dass der Antragsteller spätestens neun Monate nach der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz Zugang zum Arbeitsmarkt erhält, sofern die zuständige Behörde noch keine erstinstanzliche Entscheidung erlassen hat und diese Verzögerung nicht dem Antragsteller zur Last gelegt werden kann.“ Die ausweichende Antwort des EU-Kommissars Dimitris Avramopoulos kam im November 2015 (zu diesem Zeitpunkt galt bereits § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG): Er nahm die bayerische Praxis zur Kenntnis und verwies auf die durch Abs. 8 lit. b) der EU-Asylverfahrensrichtlinie²² eingeräumte Möglichkeit, die Asylverfahren bei Antragstellern aus sicheren Herkunftsstaaten zu beschleunigen.²³ Sodann führte er zwar einerseits aus, dass „die vorgenannten Ermessensvorschriften [zur Verfahrensbeschleunigung] im Einklang mit Artikel 15 der Richtlinie 2013/33/EU anzuwenden sind“.²⁴ Dabei sei es jedoch andererseits zu befürworten, dass Anreize für die Stellung unbegründeter Asylanträge vermieden werden. In diesem Zusammenhang lägen der Kommission keine Hinweise vor, dass deutsche Behörden nicht im Einklang mit der Aufnahmerichtlinie gehandelt hätten.²⁵

Aufgrund der nebulösen Formulierung stellt diese Antwort letztlich eine Nicht-Antwort dar. Die Kommission hat gegen Deutschland am 23.9.2015 zwar wegen der Verletzung der Aufnahmerichtlinie ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Bisher wurde neben dem Mahnschreiben nur eine mit Gründen versehene Stellungnahme (Art. 258 Abs. 1 AEUV) an Deutschland geschickt.²⁶ Über die Inhalte ist noch nichts bekannt. Das Antwortschreiben von Kommissar Avramopoulos lässt jedoch nicht vermuten, dass in diesem Verfahren die mangelnde Umsetzung von Art. 15 der Aufnahmerichtlinie – jetzt auch aufgrund der Neuregelung des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG – gerügt wird. Der folgende Abschnitt widmet sich daher der Frage, ob ein Beschäftigungsverbot für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten – entweder aufgrund eines Bundesgesetzes oder aufgrund einer Verwaltungsvorschrift – europarechtskonform ist.

20 Richtlinie 2013/33/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl. EU 2013 L 180/96.

21 Parlamentarische Anfrage Nr. P-012069-15, gestellt von B. Lochbihler am 12.8.2015, online einsehbar über die Website des Europäischen Parlaments unter <http://www.europarl.europa.eu/plenary/de/parliamentary-questions.html> [30.3.18].

22 Richtlinie 2013/32/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. EU 2013 L 180/60.

23 Antwort von D. Avramopoulos im Namen der Kommission vom 04.11.2015, Nr. P-012069/2015, online einsehbar über die Website des Europäischen Parlaments unter <http://www.europarl.europa.eu/plenary/de/parliamentary-questions.html> [30.3.18].

24 Ebd.

25 Ebd.

26 Europäische Kommission, Umsetzung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems: EU-Kommission geht in neun Fällen zur nächsten Verfahrensstufe über, Pressemitteilung vom 10.2.2016, online erhältlich unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-270_de.htm [30.03.18].

IV. Die Beschäftigungsverbote im Lichte des Europarechts

1. Europarechtliche Vorgaben zur Beschäftigung von Asylbewerbern

Auf der Basis von Art. 78 Abs. 2 lit. f) AEUV wurde im Juni 2013 die Aufnahme-richtlinie neu gefasst.²⁷ Zielsetzung der Aufnahme-richtlinie ist es, in allen Mitgliedstaaten der EU gleiche Aufnahme-standards und einen einheitlichen Schutz-status für Asylbewerber sicherzustellen (vgl. Art. 1 EU-Aufnahme-richtlinie). Dabei „sollten Normen für die Aufnahme von Antragstellern festgelegt werden, die diesen ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten gewährleisten“ (Erwägungsgrund 11 der EU-Aufnahme-richtlinie). Zum Bereich der Arbeitsmarktpolitik heißt es in Erwägungsgrund 23: „Um die wirtschaftliche Unabhängigkeit von Antragstellern zu fördern und erhebliche Diskrepanzen zwischen den Mitgliedstaaten zu begrenzen, muss der Zugang der Antragsteller zum Arbeitsmarkt klar geregelt werden.“

Hierzu enthält Art. 15 der Aufnahme-richtlinie weitere Vorgaben: Abs. 1 normiert die Verpflichtung, den Zugang zum Arbeitsmarkt für Asylbewerber spätestens nach neun Monaten sicherzustellen, sofern ihm die Verzögerung der Entscheidung über seinen Asylantrag nicht zur Last gelegt werden kann. In Abs. 2 UAbs. 1 wird den Mitgliedstaaten eingeräumt, „nach Maßgabe ihres einzelstaatlichen Rechts [zu beschließen], unter welchen Voraussetzungen dem Antragsteller Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird, wobei sie gleichzeitig für einen effektiven Arbeitsmarktzugang für Antragsteller sorgen.“ Abs. 2 UAbs. 2 enthält ferner die Möglichkeit, unter anderem Unionsbürgern einen vorrangigen Zugang einzuräumen.

Art. 288 Abs. 3 AEUV ordnet bei Richtlinien Verbindlichkeit hinsichtlich ihres Ziels an, überlässt den Mitgliedstaaten jedoch – soweit die Richtlinie hierzu keine Vorgaben enthält²⁸ – die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung.²⁹ Was ist also die Zielsetzung von Art. 15 der Aufnahme-richtlinie? Aus dem eindeutigen Wortlaut und der systematischen Stellung des Abs. 1 an erster Stelle ergibt sich klar die Zielsetzung, Asylbewerber spätestens nach neun Monaten den Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten. Diese Lesart wird auch gestützt durch einen Blick in die Vorgängervorschrift in Art. 11 RL 2003/9/EG: So sah diese Vorschrift vor, dass die Mitgliedstaaten „einen mit der Einreichung des Asylantrags beginnenden Zeitraum fest[legen], indem der Asylbewerber keinen Zugang zum Ar-

27 Vorgängerregelung war die Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU 2013 L 31/18.

28 Siehe dazu näher M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, AUV/AEUV, Stand: 62. EL Juni 2017, Art. 288 AEUV, Rn. 112 f.

29 Der EuGH hat dies für Art. 189 EWVG dahingehend konkretisiert, „daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, innerhalb der ihnen nach Art. 189 EWVG belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“, EuGH, Rs. 48/75 (Royer), ECLI:EU:C:1976:57, Slg. 1976, 497, Rn. 69, 73 a. E.

beitsmarkt hat.“ Nach Art. 11 Abs. 2 konnten die Mitgliedstaaten ab einem Jahr nach Einreichung des Asylantrags festlegen, „unter welchen Voraussetzungen dem Asylbewerber Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird.“

Im Vorschlag der Kommission für die Änderung der Aufnahmerichtlinie werden zahlreiche Erwägungen genannt, die für eine Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber sprechen: bessere Integration, weniger Ausgrenzung, geringere Kosten für den aufnehmenden Staat durch Wegfall von sonst zu erbringenden Sozialleistungen, Verringerung der Gefahr für Schwarzarbeit.³⁰ Vorgeschlagen wurde daher zunächst sogar eine Frist von sechs Monaten.³¹ Im Juni 2013 wurde die Aufnahmerichtlinie, wie gesagt, neu gefasst. Art. 31 der Richtlinie schreibt eine Umsetzungsfrist bis spätestens zum 20. Juli 2015 vor. Während § 61 Abs. 2 S. 1 AsylVerfG a.F. zunächst noch eine Jahresfrist für den Zugang zum Arbeitsmarkt enthielt,³² wurde diese Frist bereits im September 2013 auf neun Monate³³ und im November 2014 sogar auf drei Monate verkürzt.³⁴ Letztere Verkürzung wird explizit damit begründet, dass die Abhängigkeit der Asylbewerber von öffentlichen Sozialleistungen reduziert werden soll.³⁵ Bis zu diesem Zeitpunkt hatte Deutschland die Vorgaben des Art. 15 EU-Aufnahmerichtlinie ordnungsgemäß und später sogar überobligationsmäßig umgesetzt. Mit der Einführung des Beschäftigungsverbots in § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG im Oktober 2015 setzte sich Deutschland jedoch in Widerspruch zu den eindeutigen Vorgaben der Aufnahmerichtlinie. In Bayern widersprach die Verwaltungspraxis diesen Vorgaben bereits seit April 2015.

2. Richtlinienkonforme Auslegung?

Eine Möglichkeit zur Erteilung von Beschäftigungserlaubnissen für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten könnte sich jedoch aus einer richtlinienkonformen Auslegung von § 61 Abs. 2 AsylG ergeben. Für die Frage, ob eine geltungserhaltende Konformauslegung möglich ist, müssen grundsätzlich zwei Zeiträume unterschieden werden: der Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist und der Zeitraum danach. Ab Ablauf der Umsetzungsfrist ist eine Konformauslegung jedenfalls geboten; ob sie durchführbar ist, ist noch zu klären. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist entfalten Richtlinien zumindest dahingehend eine Vorwirkung, als Mitgliedstaaten während der Frist für die Umsetzung keine Vorschriften erlassen oder anzuwenden dürfen, die geeignet sind, das durch die Richtlinie formulierte Ziel

30 KOM (2008) 815, S. 5.

31 Ebd.

32 Vgl. zum geschichtlichen Hintergrund *J. Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 12. Aufl. 2018, § 61 AsylG, Rn. 1; *S. Schröder*, in: *Hofmann* (Fn. 6), § 61 AsylG, Rn. 1 ff.

33 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU vom 28.8.2013, BGBl. 2013 I S. 3474.

34 Gesetz zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer vom 31.10.2014, BGBl. 2014 I S. 1649.

35 BT. Drs. 183/14, S. 7.

im Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist ernstlich zu gefährden.³⁶ Besteht vor Ablauf der Umsetzungsfrist im Rahmen der Vorwirkung der Aufnahme richtlinie auch ein Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung durch die Gerichte? Dies wird von einem Teil der Literatur jedenfalls für die Konstellationen bejaht, in denen eine unterbliebene Konformauslegung in vergleichbarer Weise die Verwirklichung des Richtlinienziels ernsthaft gefährden würde.³⁷ Selbst wenn man eine Konformauslegung zwar nicht für geboten, aber zumindest für zulässig erachtet,³⁸ ist jedoch weiter zu prüfen, ob diese überhaupt möglich ist. Dabei muss zwischen der Regelung durch den Gesetzgeber und den Verwaltungsvorschriften differenziert werden:

Zunächst zur gesetzlichen Regelung: § 61 Abs. 2 S. 1 AsylG stellt die Rechtsgrundlage für eine mögliche Erlaubniserteilung dar. Auf der Rechtsfolgenseite besteht grundsätzlich ein Ermessen der entscheidenden Behörde. Hier liegt das Einfallstor für die Berücksichtigung der Regelungen der Aufnahme richtlinie. Jellinek wies schon 1931 darauf hin, dass die Verwaltungsgerichte „zum Überdusse oft betont[en]“, dass „auch das freieste Ermessen pflichtgemäßes Ermessen“ sei.³⁹ § 40 VwVfG verpflichtet die Verwaltung, die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Diese Verpflichtung zum gesetzmäßigen Handeln umfasst auch Unionsrecht.⁴⁰ Das Beschäftigungsverbot in § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG würde grundsätzlich zu einer gebundenen Entscheidung führen. Art. 15 Abs. 1 der Aufnahme richtlinie schreibt jedoch für alle Asylbewerber nach neun Monaten einen Zugang zum Arbeitsmarkt vor. Um ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen, dürfte § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG letztlich nicht angewendet werden. Diese Nichtanwendung stellt jedoch keine Auslegung mehr dar; der eindeutige Wortlaut von § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG setzt der Konformauslegung hier eine Grenze.⁴¹

Im Fall der Verwaltungsvorschriften des bayerischen Innenministeriums ist fraglich, ob überhaupt durch eine Verwaltungsvorschrift gegen Europarecht verstoßen werden kann. Sieht man in der Verwaltungspraxis in Bayern ebenfalls eine staatliche Maßnahme, die – entgegen der aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Loyalitätspflicht – die Ziele der Richtlinie (Zugang zum Arbeitsmarkt ab neun Monaten) ernsthaft in Frage stellt, ist dies zu bejahen. Auch in diesem Fall wäre ein richtlinienkonformes Ergebnis jedoch nur bei Nichtanwendung der Verwaltungsvorschriften zu erzielen. Zwar begrenzt hier nicht der Wortlaut eines Gesetzes die Auslegung. Methodisch bleibt jedoch zweifelhaft, ob von der Auslegung einer

36 Siehe etwa EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), ECLI:EU:C:1997:628, Slg. 1997, I-7411, Rn. 45; EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981, Rn. 67; EuGH, Rs. C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443, Slg. 2006, I-6091, Rn. 121.

37 So W. Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, 1994, S. 264 f.; C. Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 123; M. Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 302 f.

38 Vgl. BGHZ 138, 55, 59 ff.

39 W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 30.

40 M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 40 VwVfG, Rn. 82.

41 Zur Wortlautgrenze EuGH, Rs. C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443, Slg. 2006, I-6091, Rn. 110.

Norm gesprochen werden, wenn dazu mit der Verwaltungsvorschrift der Inhalt eines Rechtssatzes ignoriert werden muss,⁴² der zu Konkretisierung dieser Norm geschaffen wurde.

3. Unmittelbare Anwendbarkeit der EU-Aufnahmerichtlinie?

Folglich ist weiter danach zu fragen, ob zumindest nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie unmittelbar angewendet werden muss. Dies setzt voraus, dass trotz Ablauf der Umsetzungsfrist eine korrekte Umsetzung der Richtlinie nicht erfolgt ist und dass die Richtlinie hinsichtlich der anzuwendenden Vorschrift hinreichend bestimmt ist; darüber hinaus muss die Richtlinie inhaltlich unbedingt sein, d. h., für die Mitgliedstaaten darf hinsichtlich der Umsetzung kein Gestaltungsspielraum mehr bestehen.⁴³

Hier ist die Umsetzung zwar zunächst ordnungsgemäß erfolgt. Jedoch widersprach ab April 2015 die bayerische Verwaltungspraxis, und ab Oktober 2015 die nationale Rechtslage mit Einführung des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG den Vorgaben der Richtlinie. Die Umsetzung erfolgte mithin fehlerhaft. Zwar kann vor Inkrafttreten des § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG nicht von einer fehlerhaften gesetzgeberischen Umsetzung gesprochen werden. Hinsichtlich des Richtlinienziels führte jedoch die Rechtsanwendung in Bayern zu richtlinienwidrigen Ergebnissen. Dies ist ebenfalls als fehlerhafte Umsetzung zu werten.⁴⁴ Die Vorgaben des Art. 15 der Aufnahmerichtlinie, insbesondere des Abs. 1, sind auch hinreichend bestimmt, da sie unmissverständlich normieren, ab wann Menschen, die internationalen Schutz beantragt haben, der Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten ist.

Von den genannten Voraussetzungen ist lediglich problematisch, ob die Vorgaben der Aufnahmerichtlinie inhaltlich unbedingt sind. Denn Art. 15 Abs. 2 UAbs. 1 der Aufnahmerichtlinie räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, „nach Maßgabe ihres einzelstaatlichen Rechts [zu beschließen,] unter welchen Voraussetzungen dem Antragsteller Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird“. Dieser Gestaltungsspielraum betrifft jedoch lediglich Fragen der Durchführung und Ausgestaltung des Arbeitsmarktzugangs, d. h. Fragen des „Wie“ und nicht des „Ob“ des Zugangs. Hinsichtlich dieses „Ob“ räumt Art. 15 Abs. 1 gerade keinen Gestaltungsspielraum ein. Ein solcher ergibt sich, wie bereits dargestellt, auch nicht aus der Vorrangregelung in Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2. Da die Voraussetzungen hierfür vorliegen, kann und muss Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie aus Gründen des *effet utile* unmittelbar angewendet werden (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Aufgrund des Anwendungsvorrangs dieser Vorschrift und ihrer Pflicht zur Ermessensausübung in den Grenzen der Gesetze müssten die Auslän-

42 Zur Einordnung von Verwaltungsvorschriften als Rechtssätze H. Maurer/C. Waldhoff (Fn. 16), § 24, Rn. 3.

43 Zur Übersicht über die Voraussetzungen siehe M. Nettesheim (Fn. 28), Art. 288 AEUV, Rn. 142 ff.; M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 51 ff.; W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 101 ff.

44 M. Nettesheim (Fn. 28), Art. 288 AEUV, Rn. 143.

derbehörden die Beschäftigungsverbote in den Verwaltungsvorschriften und in § 61 Abs. 2 S. 4 AsylG unberücksichtigt lassen.

V. Rechtsverfolgung in der Krise?

Nach dem bisher Gesagten ist die Rechtslage eigentlich eindeutig: Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten ist spätestens ab neun Monaten seit der Stellung ihres Asylantrages der Zugang zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen. Die Rechtswirklichkeit sieht hingegen etwas anders aus, wie die folgenden Beispiele zeigen: In Bayern haben sich zahlreiche Asylbewerber in Klagen gegen die Nichterteilung der Beschäftigungserlaubnisse gewendet. Dabei ergibt eine Zusammenschau der öffentlich zugänglichen Urteile ein besorgniserregendes Bild. An dieser Stelle können nicht alle Urteile im Detail besprochen werden. Daher seien lediglich einige Aspekte herausgegriffen. So vertritt das VG München beispielsweise zur Frage der Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums (durch das Gericht als „Weisung“ bezeichnet) folgende Ansicht:

„Im Einzelfall lässt die Weisung auch Abweichungen zu. Mit der Formulierung „grundsätzlich“ wird klargestellt, dass die angewiesenen Behörden trotz der Weisung weiterhin im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen haben. Ferner wird dies auch weiter daran deutlich, dass in der Weisung klargestellt wird, dass „im Einzelfall aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Ausnahme zugelassen werden“ kann.“⁴⁵

An dieser Position ist schon zweifelhaft, ob die konkrete Bedeutung des Wortes „grundsätzlich“ in der Weisung hier zutreffend erkannt ist. Zwar kann dem Ausdruck auch die Bedeutung „eigentlich, im Allgemeinen, unter dem Vorbehalt bestimmter Ausnahmen“ zukommen.⁴⁶ Jedoch führt beispielsweise der Duden auch die genau gegenteilige Wortbedeutung im Sinne eines „aus Prinzip, ohne Ausnahme“ als ebenfalls gültige auf.⁴⁷ Welche der beiden Wortbedeutungen gemeint ist, lässt sich nur aus dem Kontext erschließen. Der Wortlaut des Schreibens, das lediglich eine einzige Ausnahmekonstellation nennt, macht sehr deutlich, dass der Begriff „grundsätzlich“ hier gerade nicht so zu verstehen ist, wie es das VG München sieht. Dies wäre vielleicht klarer geworden, hätte das Gericht das Schreiben vollständig zitiert. In seinem Zitat lässt es bei der Ausnahmeregel jedoch gerade die Stellen aus, in denen deutlich wird, dass eine Ausnahme nur möglich ist, wenn „bereits eine Beschäftigungserlaubnis erteilt [wurde] und hat der Ausländer daraufhin eine Berufsausbildung begonnen [hat].“ Wie bereits dargelegt, besteht darüber hinaus kein weiter gehender Spielraum für Ausnahmen.

45 VG München, Urteil vom 17.3.2016, Az. 12 K 15.2933, juris, Rn. 36.

46 Duden online, einsehbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/grundsatzlich> [30.3.18].

47 Ebd.

In weiteren Entscheidungen des VG München wird ferner die Ansicht vertreten, einem Asylbewerber aus einem sicheren Herkunftsstaat keine Arbeitserlaubnis zu erteilen, sei auch von Art. 15 der Aufnahmerichtlinie gedeckt. Begründet wird dies mit zwei Gesichtspunkten: Zum einen sei bei Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten „das Recht auf einen effektiven Zugang [zum Arbeitsmarkt] zwangsläufig schwächer, da bei diesen die gesetzliche Vermutung besteht, dass ihr Schutzgesuch ohne Erfolg bleiben wird und kein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt im Bundesgebiet erfolgen wird“.⁴⁸ Zur Begründung wird auf zwei Stellen im Gesetzesentwurf für das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz verwiesen;⁴⁹ nur stützt keine der beiden Fundstellen diese Position. Zum anderen erlaube Art. 15 Abs. 2 Satz 2 der Aufnahmerichtlinie, Unionsbürgern einen vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt einzuräumen. Die umständliche Begründung hierfür hinterlässt jedoch mehr Fragen als Antworten:

„Dass dies keine abschließende Grenze für den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten ist, zeigt sich daran, dass Art. 15 Abs. 2 Satz 1 a.E. RL 2013/33/EU die insoweit maßgebliche Grenze auf Tatbestandsseite errichtet, nämlich die Sorge für einen effektiven Arbeitsmarktzugang. Insoweit ist durch die Verwendung des Plurals („für Antragssteller“; englische Sprachfassung: „that applicants“) klargestellt, dass das Gebot des effizienten Arbeitsmarktzugangs sich auf den generell-abstrakten Umsetzungsakt der Mitgliedstaaten bezieht, nicht aber auf die konkret-individuelle Anwendungsentscheidung des gesetzlichen Umsetzungsakt“.⁵⁰

Die Umsetzung von EU-Richtlinie erfolgt grundsätzlich im Wege abstrakt-genereller Regelungen der Mitgliedstaaten. Natürlich bezieht sich daher das Gebot des effizienten Arbeitsmarktzugangs in der Richtlinie auf die abstrakt-generelle Regelung zur Umsetzung dieses Gebots. Wie dies hingegen begründen soll, dass entgegen des Wortlauts von Art. 15 Abs. 1 und 2 der Aufnahmerichtlinie weitere Gruppen von Asylbewerbern gänzlich vom Zugang zum Arbeitsmarkt – den Abs. 1 ja gerade gewährt – ausgeschlossen werden soll, ist nur schwer nachvollziehbar.

Um noch einen weiteren problematischen Aspekt zu nennen: Gerade wenn es um Beschäftigungsplätze geht, ist oftmals Eile geboten. Der potenzielle Arbeitgeber möchte die Stelle rasch besetzen und kann nicht erst den Ausgang eines Verwaltungsrechtsstreits abwarten. So wurde teilweise auch eine Erteilung der Beschäftigungserlaubnis im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes beantragt.⁵¹ Die Gerichte begründeten ihre ablehnenden Entscheidungen damit, eine stattgebende Entscheidung (also eine einstweilige Erteilung der Beschäftigungserlaubnis) wür-

48 VG München, Urteil vom 15.11.2016, Az. M 4 K 16.673, juris, Rn. 26.

49 Ebd. („vgl. auch BT-Drs. 18/6185, S. 29 sub b, S. 49 sub 7“).

50 VG München, Urteil vom 3.2.2016, Az. M 9 K 15.3496, juris, Rn. 24.

51 Natürlich könnte ein Gericht eine solche Erlaubnis im Wege einer Regulationsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO – bei Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes – nur im Fall einer Ermessensreduzierung auf Null aussprechen.

de die Hauptsache in unzulässiger Weise vorwegnehmen. In diesem Zusammenhang hat bereits Schoch in seiner vor drei Jahrzehnten veröffentlichten Habilitationsschrift darauf hingewiesen, dass zwischen einer vorläufigen und einer endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache zu differenzieren ist.⁵²

Dabei entspricht es der Zielsetzung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz, dass das Gericht zur Vermeidung sonst entstehender Nachteile vorab eine Entscheidung *in der Sache* trifft. Diese Entscheidung betrifft zwangsläufig den Gegenstand des Hauptsacheverfahrens. Sofern mit der Eilrechtsentscheidung die Hauptsache jedoch nur temporär vorweggenommen wird, kann dies kein Ausschlussgrund sein. Ein so verstandenes Verbot „liefere auf ein Verbot des einstweiligen Rechtsschutzes selbst hinaus“.⁵³ Die Rechtsprechungspraxis legt hier also sehenden Auges ein falsches Verständnis des Begriffs „Vorwegnahme der Hauptsache“ zugrunde – mit erheblichen Konsequenzen für die Rechtssuchenden.

Die zuvor genannten Beispiele zeigen bereits einige Grenzen der Effektivität des Rechtsschutzes für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten auf. Eklatanter wird diese Begrenzung des Rechtsschutzes noch, wenn man die Begründung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zur Frage betrachtet, warum im Hinblick auf die Auslegung von Art. 15 Aufnahme richtlinie keine Vorlage an den EuGH erforderlich ist.⁵⁴ Nach Art. 267 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b) AEUV können nicht-letztinstanzliche Gerichte dem EuGH Fragen zur Auslegung von Handlungen der Organe – im vorliegenden Fall: der Richtlinien – vorlegen, nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sind letztinstanzliche Gerichte zur einer entsprechenden Vorlage verpflichtet, wenn die Vorlagefrage nach der Ansicht des vorlegenden Gerichts für die Entscheidung des Rechtsstreits entscheidungserheblich ist. Ausnahmen gelten nur, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig (*acte clair*) oder die Rechtsfrage gerichtlich bereits geklärt ist (*acte éclairé*).⁵⁵ Für die Beurteilung der Klagen gegen die Versagung der Beschäftigungserlaubnisse für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten ist entscheidungserheblich, ob Art. 15 der Aufnahme richtlinie einer rein an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Versagung(spraxis) auch für den Zeitraum nach neun Monaten ab Asylantragstellung entgegensteht.

Daher ist es erstaunlich, dass sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in einer Entscheidung zu dieser Thematik vor allem an den vom Klägervertreter vorge-

52 F. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 152 ff., 740 ff., 1402 ff.

53 M. Hong, Verbot der endgültigen und Gebot der vorläufigen Vorwegnahme der Hauptsache im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, NVwZ 2012, S. 468, 470.

54 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 21.4.2017, Az. 10 ZB 16.2281, juris.

55 Der EuGH hat drei Fallgruppen entwickelt, in denen keine Vorlagepflicht besteht: 1. Die Frage war in einem gleich gelagerten Fall bereits Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens (EuGH, verb. Rs. 28/62 bis 30/62 (Da Costa), ECLI:EU:C:1963:6, Slg. 1963, 63, 80 f.; EuGH, Rs. 283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415, Rn. 13). 2. Es existiert bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser Rechtsfrage, selbst wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind (*acte éclairé*; EuGH, Rs. 283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415, Rn. 14). 3. Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung des EuGH bleibt (*acte clair*, ebd., Rn. 16).

schlagenen Vorlagefragen abarbeitet und diese allesamt für untauglich erklärt,⁵⁶ statt der im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht stehenden Verpflichtung des Gerichts nachzukommen, selbständig zu klären, ob hinsichtlich eines für die Entscheidung erheblichen Aspekts die Auslegung europarechtlicher Vorgaben bedeutsam ist. Dies ist für die zuvor genannte Fragestellung zu bejahen. Insbesondere kann auch weder von einem *acte éclairé* noch von einem *acte clair* ausgegangen werden: Eine Entscheidung des EuGH zur Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie gibt es nicht. Und die Rechtslage ist zwar nach der hier vertretenen Auffassung klar; jedoch sind die Gerichte und vor allem der deutsche Gesetzgeber gerade anderer Ansicht. Daniel Thym hat in der Anhörung vor dem Innenausschuss des Bundestages zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz explizit auf den Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie hingewiesen. Sein Vorschlag, die Neun-Monats-Frist ins Gesetz aufzunehmen, blieb erfolglos.⁵⁷ Die Begründung der Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs unterstreicht hingegen, dass dieser die Entscheidungserheblichkeit der Auslegung von Art. 15 Aufnahmerichtlinie gerade nicht erkennt: Argumentiert wird dabei zum einen damit, dass „[d]ie Frage, welche Anforderungen sich aus Art. 15 [der Aufnahmerichtlinie] für das im Rahmen des § 61 Abs. 2 Satz 1 AsylG im Einzelfall auszuübende Ermessen ergäben, [...] letztlich wieder vom innerstaatlichen Gericht zu entscheiden [wäre].“⁵⁸ Dies ändert jedoch nichts an der für die Durchführung der Ermessensentscheidung erforderliche Kenntnis der korrekten Auslegung von Art. 15. Ferner wird zur Vorlagefrage, ob die Aufnahmerichtlinie einer rein an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Versagung(spraxis) auch für den Zeitraum nach neun Monaten ab Asylantragstellung entgegensteht, Folgendes behauptet:

*„Eine solche Regelung trifft die für den Kläger allein maßgebliche nationale Rechtsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 1 AsylG jedoch nicht, so dass die gestellte Frage für das innerstaatliche Gericht auch nicht entscheidungserheblich ist und damit nicht Gegenstand einer Vorlage an den Gerichtshof sein kann. Soweit der Kläger auch in diesem Zusammenhang wieder auf das IMS vom 31. März 2015 abstellt, wird auf die obigen diesbezüglichen Ausführungen verwiesen.“*⁵⁹

Übersetzt lautet diese Argumentation: Eine Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Aufnahmerichtlinie kommt nicht in Betracht, weil das möglicherweise richtlinienwidrige Vorgehen der Staaten auf einer Verwaltungsvorschrift basiert und

⁵⁶ Bayer. VerwGH, Beschluss vom 21.4.2017, Az. 10 ZB 16.2281, juris, Rn. 22 ff.

⁵⁷ D. Thym, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 12. Oktober 2015, Deutscher Bundestag – Innenausschuss, Ausschussdrucksache 18(4)404 H, S. 7.

⁵⁸ Bayer. VerwGH, Beschluss vom 21.4.2017, Az. 10 ZB 16.2281, juris, Rn. 23.

⁵⁹ Ebd.

nicht auf einer gesetzlichen Regelung. Würde diese Lesart zutreffen, wäre dies eine untragbare Aushöhlung des *effet utile*-Grundsatzes.

Kann Bayern bzw. Deutschland Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten komplett vom Arbeitsmarkt ausschließen, oder widerspricht Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie einer solchen Praxis? Bisher sind alle Ansätze gescheitert, diese Frage durch das zentrale Entscheidungsorgan für diese Frage, den EuGH, klären zu lassen. Derzeit ist eine Verfassungsbeschwerde anhängig, die in der Nichtvorlage an den EuGH eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf Gewährleistung des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sieht. Über die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist noch nicht entschieden. Sollte das Bundesverfassungsgericht die Annahme ablehnen, bleibt allenfalls noch zu hoffen, dass ein Gericht aus einem anderen Mitgliedstaat dem EuGH die Frage der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Aufnahmerichtlinie vorlegt. Und selbst dann ist nicht gesichert, dass das, was im großen Kontext „Flüchtlingskrise“ auf Ebene der nationalen Gerichte zu geschehen scheint, irgendwann einmal auch den EuGH erreicht: Eine vermeintlich klare Rechtslage wird durch rechtspolitische Maßgaben überlagert.

Asylbewerber leben in Deutschland in einer Situation, in der ihnen zentrale Menschenrechtsgewährleistungen verwehrt bleiben – mit der formellen Begründung ihres ungeklärten Aufenthaltsstatus. Das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt ist hier nur eines der eingeschränkten Rechte: Nur einem geringen Prozentsatz der Asylbewerber wird der Status „Asylberechtigter“ oder „Konventions-Flüchtling“ zuerkannt; der Großteil erhält lediglich einen subsidiären Schutzstatus – mit der Folge erheblich eingeschränkter Rechte. Die Sozialleistungen für Asylbewerber wurden immer weiter begrenzt – die gesetzlichen Regelungen verstoßen gegen den UN-Sozialpakt, die Behindertenrechtskonvention, die Kinderrechtskonvention (um nur einige zu nennen). Besonders prekär ist die Situation psychisch kranker oder unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge. Die zeitweilige Praxis beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge sah vor, dass die Anhörungen zu den Asylanträgen nicht diejenigen Personen durchführen, die auch über diese Anträge entscheiden. Wie jemand, der einen Menschen nie gesehen hat, entscheiden soll, ob dieser Mensch glaubwürdig ist, erscheint mehr als zweifelhaft. Die Liste der Probleme ließe sich noch weiter fortführen. Wer in diesem Zusammenhang auf Rechtsschutz – und damit verbundene Sicherheit – durch die unterinstanzlichen Gerichte hofft, der hofft vielfach vergeblich.