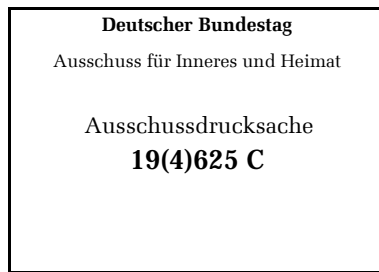


RaVG Dr. Philipp Wittmann¹



Karlsruhe, den 29. Oktober 2020

**Entwurf eines Gesetzes zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung
des Aufenthaltsgesetzes**

– Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.09.2020 (BT-Drs. 19/22848) –

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 19. Wahlperiode am 2. November 2020

Die Stellungnahme zu den aufenthaltsrechtlichen Aspekten des Gesetzesentwurfs² dient der Vorbereitung der öffentlichen Anhörung am 2. November 2020 und beruht auf dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.09.2020³ sowie auf der Stellungnahme des Bundesrates mit Gegenäußerung der Bundesregierung vom 21.10.2020⁴.

Die Bearbeitung wurde nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, kann jedoch – zumal angesichts der Komplexität der Sachmaterie und des eng gesetzten Zeitrahmens⁵ – keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Zu einzelnen Fragen kann im Rahmen der Anhörung gerne vertiefende oder klarstellende Auskunft gegeben werden.

¹ Der Verfasser ist Richter am Verwaltungsgericht Karlsruhe, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg und Lehrbeauftragter für Migrationsrecht an den Universitäten Heidelberg und Freiburg i.Br. Die Stellungnahme beruht auf eigenen Rechtsauffassungen des Sachverständigen und spiegelt nicht die Rechtsauffassung der Stammdienststelle oder früherer bzw. gegenwärtiger Abordnungsdienststellen des Verfassers wider.

² Die Stellungnahme beschränkt sich auf Art. 3 – 5 des Gesetzesentwurfes und Nr. 2 der Stellungnahme des Bundesrates, da der Sachverständige im Rahmen einer früheren Abordnung mit Verfahren befasst war, die das mit Art. 1 und Art. 2 des Gesetzesentwurfs zu ändernde Gesetz zum Gegenstand hatten bzw. noch haben (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 06.02.2019 – 1 BvQ 4/19 –, juris (einstweilige Anordnung) und 1 BvR 1287/19 (anhängiges Hauptsacheverfahren).

³ BT-Drs. 19/22848.

⁴ BT-Drs. 19/23566.

⁵ Die Einladung als Sachverständiger erfolgte am 28.10.2020; der Sachverhalt wurde vorab mitgeteilt.

A. Gesetzgebungsvorhaben

I. Gesetzesentwurf der Bundesregierung

Grundlage der Begutachtung ist der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.09.2020.⁶

Demnach soll § 62c AufenthG-E neu in das AufenthG eingefügt werden:

§ 62c AufenthG – Ergänzende Vorbereitungshaft

(1) ¹Ein Ausländer, der sich entgegen einem bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Absatz 1 Satz 2 im Bundesgebiet aufhält und keine Betretenserlaubnis nach § 11 Absatz 8 besitzt, ist zur Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen, wenn von ihm eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht oder er auf Grund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Absatz 1 ausgewiesen worden ist. ²Die Haft darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes nicht erforderlich ist.

(2) ¹Die Haft nach Absatz 1 endet mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, spätestens jedoch vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, es sei denn, der Asylantrag wurde als unzulässig nach § 29 Absatz 1 Nummer 4 des Asylgesetzes oder als offensichtlich unbegründet abgelehnt. ²In den Fällen, in denen der Asylantrag als unzulässig nach § 29 Absatz 1 Nummer 4 des Asylgesetzes oder als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, endet die Haft nach Absatz 1 mit dem Ablauf der Frist nach § 36 Absatz 3 Satz 1 des Asylgesetzes, bei rechtzeitiger Antragstellung mit der gerichtlichen Entscheidung. ³In den Fällen, in denen der Antrag nach § 80 Absatz 5 der Verwaltungsgerichtsordnung gegen die Abschiebungsandrohung vom Verwaltungsgericht abgelehnt worden ist, endet die Haft spätestens eine Woche nach der gerichtlichen Entscheidung.

(3) ¹Die Haft wird grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen vollzogen. ²Sind spezielle Hafteinrichtungen im Bundesgebiet nicht vorhanden oder geht von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit aus, kann sie in sonstigen Haftanstalten vollzogen werden; der Ausländer ist in diesem Fall getrennt von Strafgefangenen unterzubringen. ³§ 62 Absatz 1 sowie § 62a Absatz 2 bis 5 finden entsprechend Anwendung.

(4) ¹Die für den Haftantrag zuständige Behörde kann einen Ausländer ohne vorherige richterliche Anordnung festhalten und vorläufig in Gewahrsam nehmen, wenn

1. der dringende Verdacht für das Vorliegen der Voraussetzungen nach Absatz 1 besteht,
2. die richterliche Entscheidung über die Anordnung der Haft nach Absatz 1 nicht vorher eingeholt werden kann und
3. der begründete Verdacht vorliegt, dass sich der Ausländer der Anordnung der Haft nach Absatz 1 entziehen will.

²Der Ausländer ist unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung der Haft nach Absatz 1 vorzuführen.

⁶ BT-Drs. 19/22848.

II. Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung

Weiterer Gegenstand der Begutachtung ist Nr. 2 der Stellungnahme des Bundesrates vom 21.10.2020.⁷ Demnach soll § 58 Abs. 8 AufenthG, der einen Richtervorbehalt für die Durchsuchung von Wohnungen zum Zweck der Abschiebung vorsieht, wie folgt ergänzt werden (Änderungen im Fettdruck):

(8) ¹Durchsuchungen nach Absatz 6 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die die Abschiebung durchführende Behörde angeordnet werden. ²Die Annahme von Gefahr im Verzug kann nach Betreten der Wohnung nach Absatz 5 nicht darauf gestützt werden, dass der Ausländer nicht angetroffen wurde. ³**Zuständig für richterliche Anordnungen ist das für die Anordnung von Abschiebungshaft zuständige Amtsgericht.** ⁴**Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.**

⁷ BT-Drs. 19/23566.

B. Sachverständige Stellungnahme zu § 62c AufenthG-E

In der nachfolgenden Stellungnahme soll zunächst der Regulationsanlass umschrieben (sogleich I.) und die einfachgesetzliche Rechtslage im Hinblick auf diesen Regulationsanlass analysiert werden (unten II.). Hierauf aufbauend erfolgt eine Prüfung der Eignung des Regelungsvorschlags zur Erreichung des postulierten Gesetzeszwecks (unten III.) unter Prüfung seiner Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (unten IV.). Es folgt eine Stellungnahme zu Einzelfragen des Gesetzesentwurfs (unten V.) sowie – im Anschluss an eine Stellungnahme zu § 58 Abs. 8 Sätze 3 und 4 AufenthG-E – ein abschließendes Fazit.

I. Regulationsanlass: Schließung einer „Regelungslücke“ bei Asylantragstellung vor der Inhaftnahme

Nach der Gesetzesbegründung⁸ dürfen Ausländer, die gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verstoßen, unter den im Gesetz im Übrigen genannten Voraussetzungen grundsätzlich in Sicherungshaft genommen werden, da in diesem Fall die Fluchtgefahr widerleglich vermutet wird (§ 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG i. V. m. § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG). In der Regel sei bei unerlaubter Einreise zudem der Haftgrund nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG gegeben. Die aktuelle Rechtslage weist nach Auffassung der Bundesregierung jedoch eine Regelungslücke auf, da die Anordnung der Sicherungshaft voraussetze, dass der Ausländer zum Zeitpunkt der Haftanordnung vollziehbar ausreisepflichtig ist. Die Anordnung von Sicherungshaft sei daher nicht möglich, wenn der Ausländer vor Haftanordnung einen Asylantrag stelle, da der Asylantrag ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Durchführung des Asylverfahrens erlaube und damit keine vollziehbare Ausreisepflicht besteht. Der Gesetzesentwurf soll daher der Schließung einer Regelungslücke dienen.⁹

II. Analyse des Regulationsanlasses (einfachgesetzliche Rechtslage)

1. Aufenthaltsrechtliche Ausgangssituation

Ein Ausländer, der unter Verletzung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG einreist, ist kraft Gesetzes vollziehbar ausreisepflichtig (§ 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG). Ab dem Zeitpunkt der Ausstellung eines Ankunftsnaachweises für Asylbewer-

⁸ BT-Drs. 19/22848, S. 17 f.

⁹ BT-Drs. 19/22848, S. 11, 18.

ber bzw. der Stellung eines förmlichen Asylantrags beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ist der Aufenthalt des Ausländers jedoch nach § 55 Abs. 1 AsylG zur Durchführung des Asylverfahrens gestattet; d.h. der Ausländer erhält ein gesetzliches Aufenthaltsrecht bis zur wirksamen bzw. bestandskräftigen Ablehnung des Asylantrags (§ 67 Abs. 1 AsylG). Nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AsylG steht die Asylantragstellung der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft (nur dann) nicht entgegen, wenn sich der Ausländer bei Asylantragstellung in Haft befindet.

2. Voraussetzungen der Sicherungshaft

Die Möglichkeit der Verhängung von Sicherungshaft in Fällen der Fluchtgefahr ergibt sich aus § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, wobei das Bestehen der Fluchtgefahr bei Verstößen gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG widerleglich vermutet wird (§ 62 Abs. 3a Nr. 1 AufenthG). Das von der Gesetzesbegründung zugrunde gelegte Erfordernis, dass Abschiebungshaft in Form der Sicherungshaft nur bei vollziehbarer Ausreisepflicht verhängt werden kann, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Aufenthaltsgesetzes.¹⁰ Dies zeigt schon die auch im Regierungsentwurf zitierte Vorschrift des § 62 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, die als Tatbestandsvoraussetzungen der Sicherungshaft das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht aufgrund unerlaubter Einreise, das Bestehen einer nicht unmittelbar vollziehbaren¹¹ Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG oder – im Sinne eines Alternativitätsverhältnisses – das Bestehen von Fluchtgefahr zur Voraussetzung der Verhängung von Sicherungshaft macht. Auch § 14 Abs. 3 Satz 1 AsylG zeigt, dass das nachträgliche Entstehen einer Aufenthaltsgestattung der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft nach nationalem Recht¹² jedenfalls dann nicht entgegensteht, wenn sich der Ausländer bei Asylantragstellung in Haft befindet.

¹⁰ Vgl. Bergmann/Dienelt/Winkelmann, § 62 AufenthG Rn. 56 f. (auch zu früheren Normfassungen).

¹¹ Der hier verwendete Begriff der Vollziehbarkeit bezieht sich nicht auf die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht im Sinne des § 58 Abs. 2 AufenthG, sondern auf mögliche Gründe für eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung im Sinne des § 60a AufenthG, auf eine Verfahrensduldung nach § 58a Abs. 4 Satz 3 AufenthG und – unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit (vgl. NK-AuslR/Keßler, § 62 AufenthG Rn. 27)

¹² Vgl. zu unionsrechtlichen Bedenken gegen die bestehende Vorschrift des § 14 Abs. 3 AsylG unten D. sowie Fn. 113.

Dessen ungeachtet fordern die rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung, dass die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht jedenfalls im Zeitpunkt der richterlichen Haftentscheidung gegeben ist.¹³ Dies ist jedenfalls im Grundsatz zutreffend, da es zumindest der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, von der Sicherungshaft abzusehen, wenn die Abschiebung nicht durchführbar und die Freiheitsentziehung deshalb nicht erforderlich ist.¹⁴ Einfachgesetzlich schließt § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG die Sicherungshaft jedenfalls dann aus, wenn feststeht, dass die Abschiebung aus nicht vom Ausländer zu vertretenden Gründen nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann.¹⁵ Dennoch wäre nach dem Wortlaut des Gesetzes auch die Anordnung von Sicherungshaft in Fällen denkbar, in denen der Eintritt der vollziehbaren Ausreisepflicht lediglich unmittelbar bevorsteht.¹⁶

Ein plastisches Beispiel hierfür wäre die Durchführung eines beschleunigten Asylverfahrens nach § 30a Abs. 1 AsylG, dessen Abschluss gemäß § 30a Abs. 2 AsylG innerhalb einer Woche nach Stellung des Asylantrags erfolgen muss. Soweit die Anwendung des beschleunigten Verfahrens hierbei auf den in § 30a Abs. 1 Nr. 1 (sicherer Herkunftsstaat), Nr. 2 (offensichtliche Identitätstäuschung), Nr. 3 (mutwillige Vernichtung von Identitätsdokumenten), Nr. 5 (Absicht der Verhinderung oder Verzögerung der Abschiebung) oder Nr. 6 AsylG (verweigerter Abgabe von Fingerabdrücken) genannten Gründen beruht, wäre in der Regel auch ein negativer Ausgang des Asylverfahrens absehbar.¹⁷ Die Verhängung von Sicherungshaft wäre in diesen Fällen daher – entgegen der Annahme des Gesetzesentwurfs – mit dem Wortlaut des § 62 Abs. 3 AufenthG vereinbar.¹⁸

¹³ Vgl. Bergmann/Dienelt/Winkelmann, § 62 AufenthG Rn. 56; BeckOK AusIR/Houben, § 14 AsylG Rn. 15a; BeckOK AusIR/Kluth § 62 AufenthG Rn. 14; BeckOK MigR/Kretschmer § 62 AufenthG Rn. 7 sowie GK-AufenthG, § 62 AufenthG Rn. 33, 47 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 15.07.2010 – V ZB 10/10 –, juris, Rn. 11. Die Entscheidung ist allerdings nicht eindeutig, da sie auf den Haftgrund des § 62 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG a.F. (§ 62 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG n.F.) gestützt war, der – anders als die anderen Haftgründe – schon seinem Wortlaut nach die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht erfordert.

¹⁴ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15.12.2000 – 2 BvR 347/00 –, juris, Rn. 27.

¹⁵ Vgl. aber § 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG: Abweichend von Satz 3 ist die Sicherungshaft bei einem Ausländer, von dem eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht, auch dann zulässig, wenn die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann.

¹⁶ Entsprechende Fälle hierzu sind dem Sachverständigen aber aus der Praxis nicht bekannt.

¹⁷ Vgl. § 29a Abs. 1, § 30 Abs. 3 Nr. 2 – 5 AsylG: Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet. Zu beachten ist jedoch, dass die Unbegründetheitsvermutung im Einzelfall widerlegt werden kann und gesundheitsbedingte Abschiebungshindernisse einer Abschiebung auch dann entgegenstehen können, wenn der eigentliche Asylantrag erfolglos bleibt.

¹⁸ Vgl. zu verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken aber unten D. sowie Fn. 113.

3. Voraussetzungen der Vorbereitungshaft

Weiterhin hat der Gesetzgeber sogar ausdrücklich vorgesehen, dass Abschiebungshaft gegenüber Gefährdern bereits vor Erlöschen eines bestehenden Aufenthaltsrechts verhängt werden kann.¹⁹ Das ursprünglich nur für die Vorbereitung der Ausweisung bestimmte Rechtsinstitut der „Vorbereitungshaft“ wurde mit Gesetz vom 15.08.2019²⁰ auch auf die Vorbereitung von Abschiebungsanordnungen gegenüber Gefährdern nach § 58a AufenthG erstreckt (§ 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Voraussetzung der Vorbereitungshaft ist dabei, dass über eine beabsichtigte Ausweisung oder Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG nicht sofort entschieden werden kann und die im Nachgang zu erwartende Abschiebung ohne die Inhaftnahme wesentlich erschwert oder vereitelt würde (§ 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Die Dauer der Vorbereitungshaft soll sechs Wochen nicht überschreiten (§ 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG); an die Vorbereitungshaft kann sich ggf. aber eine nachfolgende Sicherungshaft anschließen, wenn die beabsichtigte Entscheidung innerhalb der Sechswochenfrist ergeht und die Voraussetzungen für die Anordnung von Sicherungshaft in diesem Zeitpunkt vorliegen.

Nach aktueller Rechtslage erfasst das Instrument der Vorbereitungshaft jedoch ausschließlich Fälle, in denen ein bestehendes, z.B. durch Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis begründetes Aufenthaltsrecht aufgrund vom Ausländer ausgehender Gefahren durch Ausweisung oder Abschiebungsanordnung beendet werden soll, und zu erwarten ist, dass der Betroffene sich bis zum Erlass der behördlichen Entscheidung einer dann drohenden Abschiebung entzieht. Fälle, in denen sich ein Gefährder durch Asylantragstellung einer sonst drohenden Inhaftierung entzieht, sind hiervon nicht bzw. nur dann erfasst, wenn eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG wegen terroristischer Gefährdungen bevorsteht.

4. Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht in Folge einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG

Allerdings bringt die Bekanntgabe einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG nicht nur bestehende Aufenthaltstitel zum Erlöschen (§ 51 Abs. 1 Nr. 5a AufenthG) und begründet nach Maßgabe des § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht,

¹⁹ Ursprünglich § 62 Abs. 1 AufenthG 2004, seit Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex Gesetz vom 22.11.2011 (BGBl. I, 2258) § 62 Abs. 2 AufenthG.

²⁰ BGBl. I, 1294.

sondern beseitigt nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a AsylG auch die Wirkungen einer asylverfahrensbezogenen Aufenthaltsgestattung. Der Betroffene könnte daher nicht nur – bei bestehender Fluchtgefahr – nach Maßgabe des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG in Sicherungshaft genommen werden, sondern unterfällt auch dem spezifisch auf § 58a AufenthG zugeschnittenen Haftgrund des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Da Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 1 – 7 AufenthG dem Erlass einer Abschiebungsanordnung nicht entgegenstehen und von der zuständigen obersten Landesbehörde ggf. im Vollstreckungsverfahren zu prüfen sind (§ 58a Abs. 3 AufenthG), dürfte entsprechendes auch in Fällen der Asylantragstellung nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG gelten. Ein spezifisches Regelungsbedürfnis für die Schaffung der erweiterten Vorbereitungshaft im Hinblick auf Gefährder im Sinne des § 58a AufenthG ist daher nicht erkennbar,²¹ da eine Regelungslücke insoweit – soweit ersichtlich – nicht besteht; sie wird jedenfalls auch in der Gesetzesbegründung nicht beschrieben. Der Gefährderbegriff des § 58a AufenthG²² ist jedoch enger gefasst als der Gefährderbegriff des § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E und erfasst daher nur einen Bruchteil der von der Neuregelung potentiell erfassten Fälle.

5. Zwischenergebnis, Ausblick auf höherrangiges Recht und Einordnung der Problematik

Im Hinblick auf den Sonderfall terroristischer Gefährder im Sinne des § 58a AufenthG erscheint eine Regelungslücke derzeit nicht erkennbar, da die Regelungen über die Vorbereitungs- und Sicherungshaft in diesen Fällen von den Wirkungen der Asylantragstellung unberührt bleiben. Im Übrigen sieht das Rechtsinstitut der Vorbereitungshaft die Inhaftnahme vor Erlöschen eines bestehenden Aufenthaltsrechts zwar ausdrücklich vor, ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung aber nicht geeignet, der von der Bundesregierung wahrgenommenen Problemstellung der Asylantragstellung vor Inhaftnahme zu begegnen. Die Anordnung von Sicherungshaft in Fällen, in denen der Eintritt der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht lediglich – wenngleich ggf. mit hoher Wahrscheinlichkeit – unmittelbar bevorsteht, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes

²¹ Eine Prüfung der Vereinbarkeit von § 58a AufenthG mit verfassungs-, konventions- und unionsrechtlichen Anforderungen übersteigt den Begutachtungsauftrag und kann daher in diesem Zusammenhang nicht geleistet werden. Vgl. hierzu aber – am Rande – Wittmann, BT-Drs.(A) 19(25)218(neu), S. 22.

²² Vgl. § 58a Abs. 1 Satz 1 AufenthG: „zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“.

demgegenüber nicht ausgeschlossen. Sie wäre jedoch rechtsstaatlich problematisch, da es an einer klaren gesetzlichen Ermächtigung ebenso fehlt wie an Vorgaben zur erforderlichen Prognosesicherheit oder der maximalen Dauer bis zum Eintritt der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht. Unabhängig davon ist der Ausgang z.B. eines Asylverfahrens vor dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge für die Ausländerbehörden und den zur Entscheidung berufenen Richter am Amtsgericht oft schwer vorhersehbar.

Aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH²³ zu Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/32/EU (Neufassung der Verfahrensrichtlinie 2013 – VerfRL)²⁴ wäre die Verhängung von Abschiebungshaft für Antragsteller auf internationalen Schutz zudem bis zum Erlöschen des unionsrechtlich begründeten Bleiberechts nur unter Berücksichtigung der besonderen Vorgaben des Art. 8 der Richtlinie 2013/33/EU (Neufassung der Aufnahme richtlinie 2013 – AufnRL)²⁵ zulässig, der Voraussetzungen und Grenzen der Inhaftnahme von Asylbewerbern regelt.²⁶ Da die Aufnahme richtlinie die Mitgliedstaaten hier zu einer normenklaren Regelung der Haftgründe verpflichtet,²⁷ kann das Ziel des Gesetzesentwurfs nach bisheriger Rechtslage in der Tat nicht verwirklicht werden. Die Ursache hierfür alleine in einer Regelungslücke zu sehen, greift jedoch zu kurz; vielmehr beruht die gegenwärtige Rechtslage maßgeblich auf den unions- und verfassungsrechtlich vorgegebenen Strukturen.²⁸

Dessen ungeachtet ist jedenfalls in Fällen, in denen der Asylantrag erkennbar ohne sachliche Erfolgsaussichten oder mit dem Ziel einer Verzögerung der Abschiebung gestellt wird, ein Bedürfnis nach Verhängung von Abschiebungshaft zwar nicht aufgrund der Asylantragstellung, aber auch ungeachtet der (dann missbräuchlichen) Asylantragstellung erkennbar. Eine Schließung dieser „Lücke“ kann jedoch nicht ohne Weiteres erfolgen, sondern muss verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen gleichermaßen Rechnung tragen.

Ob eine solche Lückenschließung rechtspolitisch sinnvoll ist, ist nicht Gegenstand des Begutachtungsauftrags. Hinzuweisen ist allerdings auf drei Umstände: Zwar kann die Regelung des

²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2018 – C-181/16 [Gnandi] –, juris und EuGH, Beschluss vom 05.07.2018 – C-269/18 PPU –, juris. Vgl. hierzu Wittmann, ZAR 2019, 45 (45 ff.).

²⁴ Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

²⁵ Richtlinie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung).

²⁶ Vgl. unten IV.

²⁷ Art. 8 Abs. 3 Satz 2 AufnRL.

²⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen unten IV.2.

§ 14 Abs. 3 AsylG, die die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft trotz Asylantragstellung nur dann erlaubt, wenn der Betroffene sich im Zeitpunkt der Asylantragstellung bereits in Haft befindet, z.B. im Fall einer Asylantragstellung unmittelbar vor Inhaftierung zu im Einzelfall schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führen. Allerdings ist die Zahl der von der Neuregelung Betroffenen mutmaßlich gering, da eine klare Datenbasis nicht bekannt ist und auch die Gesetzesbegründung von einer jährlichen Fallzahl von lediglich 45 Betroffenen ausgeht.²⁹ In Fällen, in denen die Anwendung der Neuregelung mit dem Vorliegen einer Ausweisung aufgrund eines besonders schweren Ausweisungsinteresses – d.h. z.B. wegen einer Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem bzw. zwei Jahren³⁰ – begründet würde, dürften zudem oftmals Fälle vorliegen, in denen im Zusammenhang mit der vorangegangenen Abschiebung von der Vollstreckung eines Teils der Haftstrafe abgesehen wurde (§ 456a Abs. 1 StPO). In diesen Fällen soll die Vollstreckung im Fall einer Rückkehr des Betroffenen jedoch nachgeholt werden (sog. Restverbüßung nach Wiedereinreise), wobei der Betroffene i.d.R. schon zugleich mit dem Absehen von der Vollstreckung zur Festnahme ausgeschrieben wird (§ 456a Abs. 2 Satz 1 und 3 StPO, § 17 Abs. 2 Strafvollstreckungsordnung). In diesen Fällen dürfte schon die Dauer der Restverbüßung regelmäßig einer baldigen erneuten Abschiebung entgegenstehen,³¹ so dass die Voraussetzungen für die Verhängung von Abschiebungshaft i.d.R. nicht vorliegen werden; zudem ist ein über die bestehende Inhaftierung hinausgehendes Sicherheitsinteresse („Überhaft“) kaum erkennbar. In Fällen einer terroristischen Gefährdung ermöglichen § 58a i.V. § 62 Abs. 2 und Abs. 3 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG bereits jetzt eine adäquate Situationsbewältigung. Die konstatierte „Regelungslücke“ kann daher festgestellt werden, fällt aber kleiner als erwartet aus und kommt insbesondere in Fällen terroristischer Gefährder oder erheblich vorbestrafter Ausländer kaum zum Tragen.

III. Eignung des Regelungsvorschlags zur Erreichung des Gesetzeszwecks

Nachfolgend soll untersucht werden, inwieweit sich der Gesetzesentwurf zur Schließung der von der Bundesregierung benannten Regelungslücke eignet.

²⁹ BT-Drs. 19/22848, S. 13.

³⁰ § 54 Abs. 1 Nrn. 1 – 1b AufenthG.

³¹ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.11.2000 – 3 VAs 45/00 –, juris, Rn. 1.

1. Zugleich unvollständige und überschießende Lückenschließung durch Hybridregelung zwischen Vorbereitungs- und Sicherungshaft

Durch die Bezugnahme auf die Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung „nach § 34 AsylG“ macht der Gesetzesentwurf deutlich, dass er sich ausschließlich auf Fälle bezieht, in denen – auf Grundlage der von der Bundesregierung vertretenen Rechtsauffassung – aufgrund des durch die Asylantragstellung bedingten Entfalls der Ausreisepflicht de lege lata keine Möglichkeit zur Anordnung von Abschiebungshaft besteht. Ein weiterer, von der Asylantragstellung unabhängiger Haftgrund wird damit nicht geschaffen; vielmehr ist der Entwurf grundsätzlich zur Schließung der vorgenannten Lücke geeignet.

Ungewöhnlich an der gewählten Regelungstechnik ist jedoch der Versuch, eine vermeintliche oder tatsächliche Lücke der Voraussetzungen der Sicherungshaft (§ 62 Abs. 3 AufenthG) durch eine Regelung zu schließen, die schon formal als Form der „ergänzenden“ Vorbereitungshaft bezeichnet wird und auch inhaltlich nicht an die Sicherungshaft, sondern an die Regelungen über die Vorbereitungshaft (§ 62 Abs. 2 AufenthG) anknüpft. Deutlich wird diese inhaltliche Anknüpfung u.a. durch die zu § 62 Abs. 2 AufenthG³² parallele Formulierung „zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG“ (§ 62c Abs. 1 AufenthG-E). Diese Formulierung ist jedoch schon im Anwendungsbereich des § 62 Abs. 2 AufenthG missglückt, da die „vorbereitenden“ behördlichen Entscheidungen i.d.R. nicht der persönlichen Anwesenheit des Betroffenen bedürfen und daher – auch im Fall der Entscheidung über den Asylantrag³³ – ggf. auch gegenüber einem flüchtigen Betroffenen ergehen könnten.³⁴ Allerdings kompensiert § 62 Abs. 2 AufenthG dies durch das weitere Erfordernis, dass „die Abschiebung ohne die Inhaftnahme wesentlich erschwert oder vereitelt würde“. Die Norm macht hierdurch nicht nur den eigentlichen Zweck der Vorbereitungshaft – die Sicherung der Durchführbarkeit der auf

³² Vgl. § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG:

„Ein Ausländer ist zur Vorbereitung der Ausweisung oder der Abschiebungsanordnung nach § 58a auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen [...]“.

³³ Vgl. § 25 Abs. 4 Satz 5, Abs. 5 Satz 3 (Entscheidung nach Aktenlage) und § 33 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 AsylG (Einstellung des Verfahrens). Vgl. zum Verhältnis der Vorschriften zueinander Wittmann, Asylmagazin 2016, 328 (334 f.).

³⁴ Problematisch kann ggf. alleine die Zustellung der Entscheidung sein, da eine öffentliche Zustellung ggf. weitere Zeit in Anspruch nehmen kann (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 6 VwZG und entsprechende Parallelbestimmungen des Landesrechts). Im Asylverfahren kann durch Anwendung des § 10 Abs. 2 Satz 1 AsylG jedoch jegliche weitere Verzögerung vermieden werden.

die Entscheidung folgenden Abschiebung – deutlich, sondern beschränkt ihren Anwendungsbereich überdies auf Fälle, in denen z.B. mit Entziehungs- oder Vereitelungsversuchen des Betroffenen zu rechnen ist. In § 62c AufenthG-E fehlt es demgegenüber an einer solchen Beschränkung oder Normzweckkonkretisierung, so dass die Anlehnung an § 62 Abs. 2 AufenthG oberflächlich (und unvollständig) bleibt. Dementsprechend geht auch der beschränkende § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E,³⁵ der ersichtlich der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dienen soll, ins Leere, da der Anknüpfungspunkt der „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ falsch bzw. irreführend gewählt ist.³⁶ Zur „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ dürfte die Inhaftnahme nämlich in keinem Fall erforderlich sein; dies ist ersichtlich auch nicht der angestrebte Zweck der Neuregelung, die eine Inhaftnahme trotz – und nicht wegen – des durchzuführenden Asylverfahrens ermöglichen soll.

Eine solche Beschränkung oder Normzweckkonkretisierung wird auch durch das Erfordernis einer erheblichen Gefahr oder einer Ausweisung aufgrund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nicht erreicht. Denn diese Einschränkung dient ersichtlich dem Zweck, unionsrechtlichen Anforderungen an die Inhaftierung von Asylbewerbern Rechnung zu tragen,³⁷ lässt den eigentlichen Haftgrund aber nicht erkennen. Denn die Norm zielt nicht allgemein auf die Abwehr von Gefahren durch „gefährliche“ Ausländer ab, da es an vergleichbaren Regelungen über die Inhaftierung „gefährlicher“ Ausländer fehlt, die keinen Asylantrag gestellt haben bzw. aus anderen Gründen nicht abgeschoben werden können; eine derartige rein gefahrenabwehrrechtliche Regelung wäre zudem aus Gründen der Ungleichbehandlung gegenüber Deutschen bedenklich (Art. 3 Abs. 1 GG).³⁸ Eine solche Regelung ohne Bezug zum Aufenthalt oder der Aufenthaltsbeendigung von Ausländern wäre zudem von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr.

³⁵ „Die Haft darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes nicht erforderlich ist.“

³⁶ Bei wortlautgetreuer Anwendung dieser Norm gäbe es für § 62c AufenthG-E keinen Anwendungsbereich, da die Sicherstellung der Anwesenheit zur „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ niemals erforderlich ist. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich wohl, dass stattdessen die Sicherung der Abschiebung nach Erlass der Abschiebungsandrohung gemeint ist; im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit empfiehlt sich jedoch eine Richtigstellung.

³⁷ Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL

³⁸ Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die Ungleichbehandlung gegenüber Deutschen nicht generell, fordert hierfür aber einen hinreichenden Sachgrund. Da ausländische Gefährder nicht strukturell gefährlicher sind als inländische Gefährder, ist ein solcher Sachgrund für eine rein gefahrenabwehrrechtlich motivierte Inhaftierung von Ausländern nicht erkennbar.

4 GG) nicht gedeckt. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 62 Abs. 3b Nr. 3 (erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit) und Nr. 4 AufenthG (rechtskräftige Verurteilung zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe wegen vorsätzlicher Straftaten) durch Gesetz vom 15.08.2019³⁹ Fallgruppen benannt, in denen die Gefährlichkeit des Ausländers im Einzelfall als Anhaltspunkt für das Bestehen von Fluchtgefahr verstanden werden kann; anders als § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG fordert § 62c AufenthG jedoch keine Fluchtgefahr und erlaubt daher weder eine Prüfung im Einzelfall noch eine Widerlegung möglicher Fluchtindizien für den Betroffenen.

Ein gewisses Maß an Normzweckkonkretisierung wird allerdings durch die Beschränkung auf Fälle erreicht, in denen der Ausländer sich entgegen einem bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Absatz 1 Satz 2 AufenthG im Bundesgebiet aufhält. Sie erinnert damit an eine Unterfallgruppe der Sicherungshaft wegen Fluchtgefahr (§ 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG), die nach § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG dann vermutet wird, wenn der Ausländer sich entgegen § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG im Bundesgebiet aufhält. Andere typische Fälle der Fluchtgefahr – wie etwa Fälle der Identitätstäuschung (§ 62 Abs. 3a Nr. 1 AufenthG), früherer Abschiebungsverhinderungsversuche (§ 62 Abs. 3a Nr. 5 AufenthG) oder einer ausdrücklich erklärten Entziehungsabsicht (§ 62 Abs. 3a Nr. 6 AufenthG) erfasst die Norm hingegen nicht. Dies lässt die vorgeschlagene Norm zum Teil als ungeeignet erscheinen, den beabsichtigten Lückenschließungszweck zu erfüllen: Denn ein Ausländer, der – ohne von einem Einreise- und Aufenthaltsverbot betroffen zu sein – ausdrücklich erklärt, sich einer möglichen Abschiebung entziehen zu wollen, kann nach derzeitiger Rechtslage nur dann in Abschiebungshaft genommen werden, wenn er sich bei Asylantragstellung bereits in Haft befindet (§ 14 Abs. 3 Satz 1 AsylG); bei Asylantragstellung vor Inhaftnahme fehlt es hingegen weiterhin an der von der Bundesregierung – in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsansicht – für erforderlich gehaltenen vollziehbaren Ausreisepflicht.

Zugleich wirkt die Neuregelung zum Teil strenger als die bisherigen Regelungen zur Sicherungshaft bei Fluchtgefahr. Denn in den Fällen des § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG wird eine Fluchtgefahr lediglich widerleglich vermutet, während § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E die ergänzende Sicherungshaft grundsätzlich zwingend anordnet.⁴⁰ Zwar ordnet auch § 62 Abs. 3

³⁹ Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019 (BGBl. I, 1294).

⁴⁰ Vgl. zu den mit einer Bezugnahme auf die

Satz 1 Nr. 2 AufenthG die Sicherungshaft bereits dann an, wenn der Betroffene auf Grund einer unerlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig ist; von der Anordnung der Sicherungshaft nach § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kann nach Satz 2 der Vorschrift indes ausnahmsweise abgesehen werden, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will. Eine vergleichbare Regelung ist in § 62c AufenthG-E nicht vorgesehen, so dass ergänzende Vorbereitungshaft nach dem Normwortlaut auch dann angeordnet werden muss, wenn nicht von einer Fluchtgefahr ausgegangen werden kann. Ob die Gegen Ausnahme des § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E⁴¹ in der Sache auf jene Fälle verweist, in denen die Vermutungswirkung des § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG widerlegt ist oder das Nichtvorliegen von Fluchtgefahr glaubhaft gemacht wurde, ist aufgrund des unterschiedlichen Normwortlauts und der missglückten Bezugnahme auf den Erlass der Abschiebungsandrohung jedenfalls nicht eindeutig. Die hieraus resultierenden Probleme stellen sich auch in der Praxis, da – was schon die Regelung des § 62c Abs. 3 Satz 2 AufenthG zeigt – aus einer Verletzung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nicht zwingend auf das Vorliegen von Fluchtgefahr geschlossen werden kann.⁴²

Insgesamt stellt sich die Neuregelung damit als Hybridregelung aus den Regelungen über die Vorbereitungshaft und die Sicherungshaft dar. Sie übernimmt zum Teil die Normstruktur des § 62 Abs. 2 AufenthG („zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“) und damit auch dessen missglückte Anknüpfung an die Vorbereitung einer ausländer- bzw. asylrechtlichen Sachentscheidung, enthält – anders als dieser – aber keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Notwendigkeit der Gefährdung des Abschiebungserfolgs. Stattdessen enthält sie zum Teil Tatbestandselemente, die an Elemente der Regelung über die Sicherungshaft (§ 62 Abs. 3 – 3b AufenthG) erinnern, deren Lücken die Neuregelung schließen soll; sie übernimmt diese Tatbestandselemente aber nur unvollständig bzw. zum Teil strenger als die gedanklich in Bezug genommene Regelung und schließt die wahrgenommene Lücke somit zugleich unzureichend und überschießend.

⁴¹ „Die Haft darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes nicht erforderlich ist.“

⁴² Vgl. Bergmann/Dienelt/Winkelmann, § 14 Rn. 21 AsylG.

2. Unzureichende Lückenschließung bei Folgeanträgen

Ein weiteres Defizit der Regelung ergibt sich aus der Bezugnahme auf die „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ im Hinblick auf die Behandlung von Asylfolgeanträgen. Denn nach derzeitiger Praxis des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge ergeht – übereinstimmend mit § 71 Abs. 5 Satz 1 AsylG – in Fällen unzulässiger Folgeanträge keine Abschiebungsandrohung, da die Abschiebung auf Grundlage der im vorangegangenen Asylverfahren erlassenen Abschiebungsandrohung erfolgen soll; dementsprechend könnte die ergänzende Vorbereitungshaft nach ihrer bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung gerade in Folgeantragsfällen keine Anwendung finden.

Dieses auf den ersten Blick sinnwidrige Ergebnis beruht ersichtlich auf der Annahme der Bundesregierung, dass im Fall einer Asylfolgeantragstellung keine Aufenthaltsgestattung nach Maßgabe des § 55 Abs. 1 AsylG entsteht, so dass der Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig bleibt und nach allgemeinen Bestimmungen in Sicherungshaft genommen werden kann (§ 62 Abs. 3 AufenthG). Diese Prämisse, die auch von der bisherigen Rechtsprechung geteilt wird,⁴³ beruht jedoch auf einer überholten Rechtslage und kann nach Auffassung des Sachverständigen nicht mehr zugrunde gelegt werden; sie ist zudem auch mit unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

Einfachrechtlich sieht § 71 Abs. 2 Satz 2 AsylG in seiner durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015⁴⁴ begründeten aktuellen Fassung ausdrücklich vor, dass in Fällen, in denen der Ausländer das Bundesgebiet zwischenzeitlich verlassen hatte, die §§ 47 bis 67 AsylG entsprechend gelten. Zwar begründet die Gesetzesbegründung dies lediglich mit der Absicht, die in §§ 47 – 54 AsylG geregelte Wohnverpflichtung in der Erstaufnahmeeinrichtung auch auf Asylfolgeantragsteller zu erstrecken;⁴⁵ der ausdrückliche Verweis auch auf die Vorschriften über die Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) und deren Erlöschen (§ 67 AsylG) kann jedoch schwerlich als bloßes Redaktionsversehen des Gesetzgebers verstanden werden. Vielmehr ist in Folge dieser Gesetzesänderung davon auszugehen, dass – anders als nach früherer Rechtslage – auch die Asylfolgeantragstellung in diesen Fällen eine Aufenthaltsgestattung begründet, die erst in entsprechender Anwendung des § 67 AsylG erlischt.⁴⁶ Bei Zugrundelegung

⁴³ Vgl. BGH, Beschluss vom 10.01.2019 – V ZB 159/17 –, juris, Rn. 20 m.w.N.

⁴⁴ BGBl. I, 1722.

⁴⁵ BT-Drs. 18/6185, S. 36.

⁴⁶ Vgl. Wittmann, ZAR 2019, 45 (53) sowie Gutmann, NVwZ 2018, 1625 (1630).

dieser Auslegung der aktuellen Gesetzesfassung tritt die zu schließende Lücke jedoch auch bei Folgeanträgen auf, da die Ausreisepflicht des Betroffenen mit Entstehung der Aufenthaltsgestattung erlischt.

Nur diese Auslegung ist auch mit den Anforderungen der Verfahrensrichtlinie vereinbar, die Ausnahmen vom Entstehen des durch Art. 8 VerfRL gewährleisteten Bleiberechts für Asylantragsteller auch bei Folgeanträgen nur in besonderen Ausnahmefällen – nämlich bei missbräuchlicher oder wiederholter Folgeantragstellung – vorsieht.⁴⁷ Unter dieser – von den Verfassern des Gesetzesentwurfs ersichtlich nicht berücksichtigten bzw. geteilten – Prämisse könnte die Neuregelung aber gerade in jenen Fällen keine Anwendung finden, in denen die Folgeantragstellung eine Aufenthaltsgestattung begründet, aufgrund der nationalen Ausgestaltung des Folgeantragsverfahrens aber gerade keine (weitere) Abschiebungsandrohung ergeht. Zwar erlaubt § 71 Abs. 8 AsylG ausdrücklich die Verhängung von Abschiebungshaft in Form der Sicherungshaft auch ungeachtet der Folgeantragstellung und ihrer ausländerrechtlichen Wirkungen;⁴⁸ so dass nach nationalem Recht ggf. trotz bestehender Aufenthaltsgestattung auf die allgemeinen Regeln des § 62 Abs. 3 AufenthG zurückgegriffen werden könnte. Da der EuGH die Anwendung des allgemeinen Abschiebungshaftrechts während der Geltung des durch die Verfahrensrichtlinie – auch bei Folgeanträgen – begründeten asylverfahrensbezogenen Bleiberechts aber für unzulässig erklärt hat,⁴⁹ könnte die Anordnung von Abschiebungshaft hierauf jedoch nicht (mehr) gestützt werden.⁵⁰ Vielmehr bedürfte es auch für die Anordnung von Abschiebungshaft gegenüber Folgeantragstellerin einer speziellen gesetzlichen Grundlage unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen des Art. 8 Abs. 3 AufnRL.⁵¹ Der vorliegende Gesetzesentwurf schließt diese – bislang übersehene – Regelungslücke jedoch nicht, da er die Anordnung ergänzender Vorbereitungshaft vom Erlass einer Abschiebungsandrohung abhängig macht (§ 62c Abs. 1 Reg-E), die im Fall eines Asylfolgeantrags regelmäßig nicht ergeht (§ 71 Abs. 5 Satz 1 AsylG).

⁴⁷ Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 41 Abs. 1 VerfRL. Vgl. auch insoweit Wittmann, ZAR 2019, 45 (53).

⁴⁸ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 10.09.2018 – V ZB 182/17 –, juris, Rn. 6.

⁴⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2018 – C-181/16 [Gnandi] –, juris, Rn. 62; EuGH, Beschluss vom 05.07.2018 – C-269/18 PPU –, juris, Rn. 54.

⁵⁰ Vgl. Wittmann, ZAR 2019, 45 (53); Gutmann, NVwZ 2018, 1625 (1630).

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 74.

3. Erschwerung der Prüfung von Haftalternativen aufgrund unklarer Zwecksetzung

Die letztlich unklare Zwecksetzung der Norm begründet zum Teil auch Folgeprobleme bei deren Anwendung: Nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist Abschiebungshaft – und damit auch vorbereitende Abschiebungshaft – unzulässig, wenn der Zweck der Haft durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. Da § 62c AufenthG-E die Zwecksetzung der ergänzenden Vorbereitungshaft aber nicht ausdrücklich benennt und durch die verunglückte Bezugnahme auf die „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ und die tatbestandliche Anknüpfung an das Vorliegen einer Gefährdung den – irreführenden – Eindruck erweckt, statt der Sicherstellung der Abschiebung der Ermöglichung einer Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge bzw. allgemein dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (z.B. vor Straftaten während der Dauer des Asylverfahrens) zu dienen, wird auch die Prüfung möglicher milderer Mittel in der Praxis erschwert.

4. Dauer der ergänzenden Vorbereitungshaft

Weitere Probleme wirft die Dauer der ergänzenden Vorbereitungshaft auf. Deren Dauer ist nach der allgemeinen Regelung des § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken; sie endet nach § 62c Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E jedoch jedenfalls mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge bzw. spätestens vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, wenn der Asylantrag nicht als unzulässig nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 AsylG oder als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde.

Aus grundrechtlichen Erwägungen kommt die Anordnung von Abschiebungshaft allerdings auch dann nicht in Betracht, wenn eine Abschiebung innerhalb der gesetzlichen Höchstfrist vorhersehbar nicht erfolgen kann;⁵² dies ist im Hinblick auf die Sicherungshaft auch ausdrücklich gesetzlich geregelt (§ 62 Abs. 2 Satz 3 AufenthG). Eine solche Prognose ist in § 62c AufenthG allerdings nicht vorgesehen. Sie erweist sich in der Praxis – zumal für den für die Haftentscheidung zuständigen Richter am Amtsgericht, der mit der Entscheidungspraxis des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge nicht vertraut sein kann⁵³ – auch als schwierig. So

⁵² Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Februar 2009 – 2 BvR 538/07 –, juris, Rn. 19.

⁵³ Die Zuständigkeit für die Haftentscheidung ergibt sich aus § 415 Abs. 1 FamFG, § 23a GVG (Zuständigkeit der Amtsgerichte); gegen Entscheidungen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

weist die Entscheidungsstatistik des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge im Januar 2020 eine Gesamtverfahrensdauer von 6,3 Monaten aus; über den Zeitraum bei Antragstellung im Zeitraum Januar 2019 – Dezember 2019 aber von 3,3 Monaten.⁵⁴ In der jüngeren Vergangenheit lag die durchschnittliche Verfahrensdauer zum Teil bei über 10 Monaten, wobei die tatsächliche Bearbeitungsdauer der Praxis wesentlich vom jeweiligen Herkunftsland abhing und zum Teil deutlich von dem Gesamtdurchschnitt unterschied.⁵⁵ Sämtliche dieser Durchschnittsangaben liegen weit über der in § 62c Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E vorgesehenen Höchstdauer der ergänzenden Vorbereitungshaft bis zur Zustellung der Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, so dass eine ergänzende Vorbereitungshaft auf dieser Tatsachengrundlage regelmäßig nicht angeordnet werden dürfte. Auch wenn in den von § 62c Abs. 1 AufenthG-E erfassten Gefährderfällen möglicherweise davon ausgegangen werden kann, dass – in Absprache mit den Ausländerbehörden – eine bevorzugte Bearbeitung durch das Bundesamt erfolgt, ist eine Beachtung des Beschleunigungsgebots bzw. ein Absehen von der Inhaftnahme bei vorhersehbarer Überschreitung der zulässigen Höchsthaftdauer weder rechtlich noch tatsächlich sichergestellt.

5. Keine Beschränkung auf missbräuchliche Asylanträge

Darüber hinaus stellt die gesetzliche Regelung nicht sicher, dass sich die Anwendung des § 62c AufenthG-E auf missbräuchliche bzw. aus sonstigen Gründen nicht aussichtsreiche Asylanträge beschränkt. Denn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG kann zwar – ausnahmsweise – eine unmittelbare Folge eines abgelehnten Asylantrags sein,⁵⁶ ergeht regelmäßig jedoch im Hinblick auf eine erfolgte Abschiebung oder eine Ausweisungsentscheidung, die keine spezifischen Bezüge zu Verfolgungssicherheit im Herkunftsland aufweist. Dementsprechend wird es sich bei Asylanträgen, die die oben konstatierte „Gesetzeslücke“ auslösen, in der Sache sogar regelmäßig⁵⁷ um – ggf. sogar aussichtsreiche – Erstanträge handeln. Die in § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E genannten Voraussetzungen⁵⁸ sind auch nicht

⁵⁴ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge: Aktuelle Zahlen – Tabellen, Diagramme, Erläuterungen (Januar 2020), S. 13.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 19/7552, S. 1 ff.

⁵⁶ § 11 Abs. 7 Satz 1 AufenthG (besonderes Einreise- und Aufenthaltsverbot bei Ablehnung eines Asylantrags aus sicheren Herkunftsstaaten oder bei wiederholter Antragsablehnung).

⁵⁷ Der Regierungsentwurf scheint nach dem Gesamtzusammenhang sogar davon auszugehen, dass § 62c AufenthG-E nur auf Asylerstanträge Anwendung finden soll. Diese Annahme ist indes problematisch (vgl. oben III.2).

⁵⁸ Erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit / Ausweisung auf Grund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 AufenthG.

mit jenen Voraussetzungen deckungsgleich, unter denen ein Asylantrag schon wegen der Schutzunwürdigkeit oder Gefährlichkeit des Betroffenen abgelehnt werden kann (§ 3 Abs. 2 AsylG,⁵⁹ § 3 Abs. 4 AsylG i.V.m. § 60 Abs. 8 AufenthG⁶⁰). Zudem enthalten die ergänzend zu prüfenden nationalen Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 (Verbot der grausamen und unmenschlichen Behandlung) und Abs. 7 Satz 1 AufenthG (dringende Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit) als unabdingbarer humanitärer Mindeststandard keine entsprechenden Ausnahmeklauseln, so dass entsprechende Rückkehrgefährdungen stets zu prüfen sind.

Exemplarisch seien hier die folgenden fiktiven Beispielfälle skizziert:

- Ein politisch aktiver türkischer Student, der sich nach Ablauf seines Studentervisums mit Sozialbetrug „über Wasser hielt“ und vor seiner Ausweisung und Abschiebung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt wurde,⁶¹ gerät aufgrund seiner in Deutschland geknüpften Kontakte in den Verdacht einer Nähe zur Gülen-Bewegung. Einer drohenden Verhaftung entzieht er sich durch Rückkehr in das Bundesgebiet unter Verletzung des Einreise- und Aufenthaltsverbots.
- Eine in Deutschland aufgewachsene, wegen schwerer Brandstiftung zu zwei Jahren auf Bewährung verurteilte⁶² und im Anschluss ausgewiesene Chinesin setzt sich nach ihrer Einreise nach China für die Belange von Minderheiten in der Volksrepublik China ein und gerät so unter Verfolgungsdruck, so dass Sie – unter Verletzung eines bis zu fünfjährigen Einreise- und Aufenthaltsverbots – in das Bundesgebiet zurückkehrt.
- Eine wegen des wiederholten Besitzes von Kinderpornographie zu einer Bewährungsstrafe von einem Jahr⁶³ verurteilte Nigerianerin gerät nach ihrer Abschiebung und Ausweisung auch in den Verdacht sexueller Übergriffe gegenüber Minderjährigen. Aufgrund einer jüngeren Gesetzesänderung droht ihr daraufhin die Verurteilung zur Todesstrafe bei vorheriger chirurgischer Entfernung der Eileiter.⁶⁴ Sie flieht daraufhin zu ihrem im Bundesgebiet verbliebenen Partner.
- Ein wegen Totschlags zu einer zwölfjährigen Freiheitsstrafe verurteilter Afghane wird nach Teilverbüßung seiner Haftstrafe nach Afghanistan abgeschoben. Nach seiner

⁵⁹ Kriegsverbrechen / schwere Auslandstaten / Verstoß gegen Ziele und Grundsätze der vereinten Nationen. Vgl. im Einzelnen BeckOK MigR/Wittmann, § 3 Rn. 41 ff., Rn. 68 ff. AsylG.

⁶⁰ Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder die Allgemeinheit, die durch Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren belegt wurde oder die sich im Einzelfall aus einer Verurteilung zu einer mindestens einjährigen Freiheits- oder Jugendstrafe wegen Gewaltdelikten i.w.S. ergibt.

⁶¹ Die Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr wegen Betrugs zu Lasten eines Sozialleistungsträgers begründet nach § 54 Abs. 1 Nr. 1b AufenthG ein „besonders schweres Ausweisungsinteresse“.

⁶² Die Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren begründet nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ein „besonders schweres Ausweisungsinteresse“.

⁶³ Die Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von einem Jahr wegen Straftaten nach § 184b StGB begründet nach § 54 Abs. 1 Nr. 1a) c) AufenthG ein „besonders schweres Ausweisungsinteresse“.

⁶⁴ Vgl. Thielke, Vergewaltigungen in Nigeria – Strafen bis hin zur Kastration, FAZ Online vom 04.10.2020.

Rückkehr findet er keinen familiären oder gesellschaftlichen Anschluss und hat – nicht zuletzt aufgrund der in Folge der COVID-19-Pandemie verschlechterten Arbeitsmarktsituation und gestiegenen Lebensmittelpreise – keine Möglichkeit, selbst ein Existenzminimum zu verdienen. Er kehrt daher mit Hilfe von Bekannten aus Deutschland nach Deutschland zurück und macht zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote geltend.⁶⁵

Dessen ungeachtet spricht die Gesetzesbegründung davon, dass § 62c „in Konstellationen missbräuchlicher Asylantragstellung die Haftanordnung [vereinfacht]“,⁶⁶ und verweist auf eine Anwendung „insbesondere in Konstellationen, in denen der Asylantrag voraussichtlich aus sachfremden Motiven gestellt wird“.⁶⁷ Auch wenn derartige Fälle Anlass für die vorgeschlagene Gesetzesänderung gewesen sein sollten, enthält das Gesetz keine Beschränkung auf derartige Fälle. Der Gesetzentwurf enthält insbesondere keine Kriterien, anhand deren es dem für die Haftentscheidung zuständigen Amtsrichter eine Prognose über die voraussichtliche Verfahrensdauer (oder auch nur den voraussichtlichen Verfahrensausgang) ermöglicht, zumal dieser für die Anhörung zu den eigentlichen Fluchtgründen nicht zuständig ist und mit materiell asylrechtlichen Fragen ebenso wenig vertraut sein kann wie mit der aktuellen Entscheidungspraxis des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge.

IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die vorstehenden Ausführungen beschränken sich auf eine Analyse der nationalen Rechtslage sowie der Eignung der Norm zur Erreichung des intendierten Regelungszwecks. Da die bisherige Ausgestaltung der nationalen Rechtslage aber maßgeblich auf unions- und konventionsrechtlichen Vorgaben beruht bzw. sich jedenfalls zum Teil an diesen anlehnt, muss nachstehend auch die unions- und konventionsrechtliche Rechtslage ebenso näher beleuchtet werden wie die verfassungsrechtliche Ausgangslage.

1. Grundsätzliches Verbot der Inhaftierung aufgrund der Asylantragstellung

Wie oben dargestellt ermöglicht § 62c AufenthG-E die Anordnung von ergänzender Vorbereitungshaft gegenüber Asylantragstellern zum Teil auch in Konstellationen, in denen – mangels Fluchtgefahr – gegenüber Nichtasylantragstellern keine Sicherungshaft verhängt werden könnte. Eine solche „überschießende“ Lückenschließung ist insbesondere vor dem Hinter-

⁶⁵ Vgl. zur aktuellen Problematik VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.07.2020 – A 11 S 1196/20 –, juris, Rn. 6 sowie Beweisbeschlüsse vom 02.10.2020 – A 11 S 2091/20 und A 11 S 2042/20 –, n.v.

⁶⁶ BT-Drs. 19/22848, S. 12.

⁶⁷ BT-Drs. 19/22848, S. 18.

grund der bereits oben angesprochenen Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 (Verfahrensrichtlinie 2013 – VerfRL) und der Richtlinie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 (Aufnahmerichtlinie 2013 – AufnRL) problematisch, die eine Ingewahrsamnahme alleine aufgrund der Asylantragstellung ausschließen (Art. 26 Satz 1 VerfRL, Art. 8 AufnRL). Zwar sieht § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E mit der Einreise unter Verletzung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots und der Gefährlichkeit des Betroffenen Tatbestandsvoraussetzungen vor, die gerade nicht an die Asylantragstellung anknüpfen; da § 62 Abs. 3 AufenthG unter den im Übrigen gleichen Umständen aber keine Inhaftierung vorsieht, wenn keine Fluchtgefahr besteht, erweist sich die Asylantragstellung letztlich doch als ausschlaggebender Faktor. Da die Aufnahmerichtlinie nur solche im nationalen Recht vorgesehenen Haftgründe unberührt lässt, die nach dem einzelstaatlichen Recht unabhängig vom Antrag auf internationalen Schutz anwendbar sind,⁶⁸ erweist sich eine überschießende Regelung im o.g. Sinne daher als hochproblematisch.

2. Inhaftierung bei Asylantragstellung zum Zweck der Verzögerung der Abschiebung

Zwar sieht die Aufnahmerichtlinie zwei eigenständige Haftgründe in Fällen des Asylmissbrauchs und der Erforderlichkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, die vorliegend fruchtbar gemacht werden könnten. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL fordert jedoch, dass sich der Betroffene bereits in Abschiebungshaft befindet und der betreffende Mitgliedstaat auf der Grundlage objektiver Kriterien belegen kann, dass berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass der Betroffene den Antrag auf internationalen Schutz nur gestellt hat, um die Vollstreckung der Abschiebung zu verzögern oder zu vereiteln. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL ist als Grundlage für die Schließung einer gesetzlichen Lücke, die gerade bei Asylantragstellung vor Inhaftnahme des Betroffenen auftritt, daher strukturell ungeeignet; er dürfte vielmehr der maßgebliche unionsrechtliche Grund für die bisherige Ausgestaltung des § 14 Abs. 3 AsylG sein, der Abschiebungshaft gegenüber Asylantragstellern ebenfalls nur bei bestehender Inhaftierung ermöglicht. Zudem setzt der aktuelle Gesetzesentwurf eine Prüfung der Missbräuchlichkeit des Asylbegehrens gerade nicht voraus,⁶⁹ so dass § 62c AufenthG-E auf Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL nicht gestützt werden könnte.

⁶⁸ Erwägungsgrund 17 RL 2013/33/EU (AufnRL 2013).

⁶⁹ Vgl. oben III.5.

3. Inhaftierung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

a) Problematik der überschießenden Lückenschließung

Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL erlaubt demgegenüber zwar – ergänzend hierzu – die Inhaftnahme auch dann, wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist; gemeint ist hiermit jedoch normsystematisch eine Inhaftierung unabhängig von der Ausländereigenschaft des Betroffenen oder einer möglicherweise in Betracht kommenden Abschiebung z.B. in Form einer Straf- oder Präventionshaft. Während die Restverbüßung einer verhängten Freiheitsstrafe nach Wiedereinreise bereits bundesgesetzlich geregelt ist (§ 456a Abs. 2 Satz 1 StPO), so dass es insoweit keiner Nachbesserungen bedarf,⁷⁰ fiele eine rein gefahrenabwehrrechtlich motivierte Präventivhaft – die nach bisheriger Rechtslage i.d.R. engen tatsächlichen und zeitlichen Schranken unterliegt⁷¹ – auch gegenüber Ausländern in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Zwar fiele eine Regelung zur Abschiebungshaft gegenüber Gefährdern gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG wiederum in den Kompetenzbereich des Bundes, insoweit erscheint jedoch materiell kaum begründbar, dass eine solche Inhaftnahme eines Gefährders gerade dann unter erleichterten Bedingungen möglich wird, wenn der Betroffene einen Asylantrag stellt. Eine solche „überschießende Lückenschließung“ ist nicht nur vor dem Hintergrund der Art. 26 Satz 1 VerfRL, Art. 8 Abs. 1 AufnRL problematisch, sondern auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) jedenfalls dann nicht zu rechtfertigen, wenn keine belastbaren Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Asylantragstellung bestehen.⁷²

b) Vereinbarkeit einer nicht-überschießenden Lückenschließung mit unions-, konventions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen

Auch eine nicht überschießende Lückenschließung, die eine Inhaftnahme nach Asylantragstellung unter denselben Voraussetzungen wie gegenüber Nichtantragstellern zuließe, erscheint unions- und verfassungsrechtlich allerdings nicht unproblematisch. Denn die bisherige Rechtslage, die Abschiebungshaft während des Asylverfahrens nur in Fällen der Asylantragstellung aus der Haft heraus ermöglicht, entspricht in ihren Grundstrukturen der Regelung des Art. 8

⁷⁰ Vgl. oben II.5.

⁷¹ Vgl. exemplarisch § 28 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 PolG BW (Höchstdauer des Präventivgewahrsams von zwei Wochen). Verfassungsrechtlich hoch umstritten ist etwa die Neuregelung der Art. 18, 20 BayPAG, die keine entsprechenden Beschränkungen enthält; hiergegen sind mehrere Verfassungsbeschwerden anhängig.

⁷² Vgl. oben III.1.

Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL, die eine Fortsetzung der Abschiebungshaft nur dann vorsieht, wenn sich der Betroffene bei Asylantragstellung bereits in Haft befand und berechtigte Gründe für eine Asylantragstellung in Verzögerungsabsicht sprechen. Zwar hat es der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 für zulässig gehalten, die Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft während eines Asylverfahrens auch unabhängig von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL (missbräuchliche Asylantragstellung) auf Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL (Gründe der nationalen Sicherheit und Ordnung) zu stützen;⁷³ da die Inhaftnahme im zu entscheidenden Fall aber nicht der Ermöglichung der Abschiebung diene,⁷⁴ bestand für den EuGH kein Anlass zur Erörterung einer möglichen Sperrwirkung des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL. Da der EuGH zugleich auf den „autonomen Charakter“ beider Haftgründe hinwies,⁷⁵ er in der Sache aber die Bedeutung des effektiven Abschiebungsvollzugs betonte,⁷⁶ ist die Haltung des EuGH zur Möglichkeit einer „gekreuzten“ Anwendung beider Haftgründe kaum zu prognostizieren.

Unabhängig ist jedoch festzuhalten, dass sowohl der EuGH – gestützt u.a. auf Art. 5 EMRK, Art. 6 der Europäischen Grundrechtecharta und Art. 8 Abs. 2 und 4 AufnRL – als auch das BVerfG – gestützt auf Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 GG (Freiheit der Person) – in ständiger Rechtsprechung die Bedeutung des Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Verhängung von Freiheitsentziehungen betonen.⁷⁷ Insoweit sieht § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E zwar eine Beschränkung auf Fälle vor, in denen die Vorbereitungshaft „zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG“ erforderlich ist; es fehlt jedoch an einer Beschränkung der Anwendung auf Fälle, in denen innerhalb der in § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG-E genannten Höchstfrist mit einer Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge gerechnet werden kann.⁷⁸ Da der Zweck der Maßnahme, eine Gefährdung des Abschiebevollzugs zu verhindern, im Fall einer absehbaren Freilassung vor Entscheidung des Bundesamts

⁷³ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 78 ff.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 30.

⁷⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 59.

⁷⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 75 ff.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 56 ff.; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 29.02.2000 – 2 BvR 347/00 –, juris, Rn. 15.

⁷⁸ Siehe schon oben III.4.

für Migration und Flüchtlinge nicht erreicht werden kann, wäre die Anordnung von Abschiebungshaft jedoch in einem solchen Fall weder unions- noch verfassungsrechtlich zulässig.⁷⁹ Insbesondere ist die Verhängung von Abschiebungshaft auch gegenüber Gefährdern nur dann zulässig, wenn das Abschiebungsverfahren tatsächlich betrieben wird.⁸⁰

Der vorliegende Mangel des Gesetzesentwurfs wird auch durch § 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG⁸¹ allenfalls unzureichend behoben. Denn unabhängig davon, dass die Bezugnahme auf die Erforderlichkeit „zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung“ den Charakter und Zweck des Regelungsentwurfs verfehlt,⁸² ist den betroffenen Rechtsanwendern – sowohl der antragstellenden Ausländer bzw. Polizeibehörde als auch dem zur Entscheidung berufenen Richter am Amtsgericht – ohne eine sachliche Prüfung des Asylbegehrens und intimer Kenntnisse sowohl der internen Verfahrensabläufe des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge als auch dessen gegenwärtiger Entscheidungspraxis – nicht möglich, eine auch nur im Ansatz belastbare Prognose über die voraussichtliche Verfahrensdauer zu treffen. Der Gesetzentwurf müsste daher um eine Pflicht des Bundesamts zur Vorabprüfung der zu erwartenden Verfahrensdauer⁸³ und – dies wäre im Interesse einer höheren Kompatibilität mit den Anforderungen der Aufnahme richtlinie jedenfalls zu empfehlen⁸⁴ – durch eine Aufzählung tatsächlicher Umstände ergänzt werden, aus denen sich Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Asylantragstellung ergeben. Auch eine Beschränkung auf Anwendungsfälle, in denen ohnehin ein beschleunigtes Verfahren nach Maßgabe des § 30a AsylG durchgeführt wird, erschiene in diesem Zusammenhang denkbar.

⁷⁹ Vgl. zur Erforderlichkeit einer solchen Prognoseentscheidung bei Asylantragstellung nach Vollziehung der Abschiebungshaft BGH, Beschluss vom 10.09.2018 – V ZB 182/17 –, juris, Rn. 6; BGH, Beschluss vom 05.10.2010 – V ZB 222/10 –, juris, Rn. 6; BGH, Beschluss vom 10.01.2019 – V ZB 159/17 –, juris, Rn. 21.

⁸⁰ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19.02. 2009 – 3455/05 [A. u. a./Vereinigtes Königreich] –, § 164.

⁸¹ „Die Inhaftnahme ist auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken.“

⁸² Oben III.1.

⁸³ Vgl. zu einer entsprechenden Erkundigungspflicht des Haftrichters BGH, Beschluss vom 10.09.2018 – V ZB 182/17 –, juris, Rn. 7; BGH, Beschluss vom 10.01.2019 – V ZB 159/17 –, juris, Rn. 23.

⁸⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL.

4. Keine weitergehenden Anforderungen aus der Rückkehrrichtlinie

Keine weitergehenden Anforderungen an die Ausgestaltung des Haftgrundes ergeben sich demgegenüber aus der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie – RückfRL)⁸⁵ und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH.⁸⁶ Zwar hat der EuGH hier im Hinblick auf das durch Art. 9 Abs. 1 VerfRL begründete Bleiberecht für die Dauer des Asylverfahrens ausgeführt, dass die Anordnung von Abschiebungshaft während der Geltung des Bleiberechts nicht auf Art. 15 RückfRL gestützt werden kann;⁸⁷ die Voraussetzungen für die Anordnung von Abschiebungshaft auch während der Geltung des verfahrensbezogenen Bleiberechts nach Art. 9 Abs. 1 VerfRL sind in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 AufnRL jedoch abschließend (und gegenüber der Rückführungsrichtlinie vorrangig) geregelt.⁸⁸ Mittelbar zu berücksichtigen sind die Auswirkungen der o.g. Entscheidungen zwar bei der Bestimmung der maximalen Haftdauer, um ggf. einen gesetzlich gewollten gleitenden Übergang von der ergänzenden Vorbereitungshaft zur Sicherungshaft zu ermöglichen; § 62c Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E trägt den verfahrensrechtlichen Auswirkungen dieser Entscheidungen⁸⁹ aber in ausreichender Weise Rechnung.

V. Einzelfragen

1. Tatbestandsvoraussetzungen der ergänzenden Vorbereitungshaft

a) Einreise entgegen einem bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot

Die Zielrichtung dieses Tatbestandsmerkmals ist für den Sachverständigen nicht nachvollziehbar; auch die Gesetzesbegründung enthält insoweit keine Anhaltspunkte.

Es führt im Vergleich zur Abschiebungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG zum Teil zu einer großzügigeren Ausgestaltung gegenüber dem sonstigen Abschiebungshaftrecht, da nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG die vollziehbare Ausreisepflicht aufgrund unerlaubter Einreise auch dann genügt, wenn der Betroffene – z.B. im Fall einer Ersteinreise – kein Einreise- und Aufenthaltsverbot verletzt. Es bewirkt zugleich, dass Abschiebungshaft in derartigen Fällen

⁸⁵ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

⁸⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2018 – C-181/16 [Gnandi] –, juris und EuGH, Beschluss vom 05.07.2018 – C-269/18 PPU –, juris. Vgl. hierzu Wittmann, ZAR 2019, 45 (45 ff.).

⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2018 – C-181/16 [Gnandi] –, juris, Rn. 62; EuGH, Beschluss vom 05.07.2018 – C-269/18 PPU –, juris, Rn. 54.

⁸⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 74. A.A. aber wohl Gutmann, NVwZ 2018, 1625 (1629 f.).

⁸⁹

auch dann nicht angeordnet werden kann, wenn – z.B. aufgrund entsprechender Aussagen des Betroffenen – unzweifelhaft Fluchtgefahr besteht.⁹⁰

Das Tatbestandsmerkmal führt zugleich aber zu einer schwer nachvollziehbaren – und rechtlich problematischen⁹¹ – Schlechterstellung von Asylantragstellern (bzw. asylantragstellenden Gefährdern), da ein Haftgrund bei Verletzung von Einreise- und Aufenthaltsverboten im Fall des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. AufenthG (Sicherungshaft bei Fluchtgefahr) lediglich widerleglich vermutet wird (§ 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG) und Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (Sicherungshaft bei unerlaubter Einreise) jedenfalls dann nicht erfolgen darf, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will (§ 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG).

Soweit das Tatbestandsmerkmal der verbotswidrigen Einreise als unwiderlegliches Indiz für eine missbräuchliche Asylantragstellung gedacht sein sollte – die Gesetzesbegründung schweigt sich insoweit aus –, wird dies weder unionsrechtlichen Anforderungen noch der Komplexität der möglichen Fallkonstellationen gerecht. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL erlaubt eine Inhaftnahme von Asylantragstellern nämlich nur dann, wenn – kumulativ – sich der Betroffene im Zeitpunkt der Asylantragstellung bereits in Haft befindet und der betreffende Mitgliedstaat auf der Grundlage objektiver Kriterien belegen kann, dass berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass er den Antrag auf internationalen Schutz nur beantragt, um die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern oder zu vereiteln. Selbst bei Asylantragstellung aus der Haft heraus bedürfte es nach den unionsrechtlichen Vorgaben daher einer Einzelfallprüfung,⁹² ob der Asylantrag des Betroffenen im konkreten Fall missbräuchlich ist. Nichts anderes kann jedoch gelten, wenn die Abschiebungshaft hier – wie wohl nach Auffassung des Bundesministeriums des Innern⁹³ – auf Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL („Gründe der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“) gestützt werden soll, da die Abschiebungshaft hier sonst – entgegen Art. 8 Abs. 1 AufnRL – gerade aus Anlass der Asylantrag-

⁹⁰ Vgl. zu dieser Schieflage schon oben III.1.

⁹¹ Vgl. oben IV.3.a).

⁹² Vgl. Art. 8 Abs. 2 AufnRL.

⁹³ Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung von Einreise- und Aufenthaltsverboten (EAVDurchsG), Bearbeitungsstand 04.02.2019, S. 19 f.

stellung angeordnet würde und schon aus Gründen der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht unabhängig von einem konkreten Abschiebungsinteresse verhängt werden kann.⁹⁴ Zwar erlaubt die Aufnahmerichtlinie hier die Berücksichtigung der Tatsache, dass der Antragsteller – z.B. im Rahmen eines früheren Inlandsaufenthalts, der mit der Verhängung des Einreise- und Aufenthaltsverbots endete – bereits Gelegenheit zum Zugang zum Asylverfahren hatte;⁹⁵ jedenfalls bei nachträglich entstandenen Fluchtgründen⁹⁶ kann dies die erforderliche Einzelfallprüfung jedoch nicht ersetzen.

b) Gefährdereigenschaft

i. Keine (hinreichende) Indizwirkung für missbräuchliche bzw. aussichtslose Asylantragstellung

Soweit der Gesetzesentwurf die Anwendung der Norm auf Gefährder beschränken will, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht bzw. die aufgrund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 AufenthG ausgewiesen wurden, dient dies ersichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL.⁹⁷ Da der Gesetzesentwurf die Norm nicht als „klassische“ Präventivhaft,⁹⁸ sondern als Sonderform der Abschiebungshaft spezifisch für Gefährder ausgestaltet hat, kann sie aus Gründen höherrangigen Rechts jedoch nur dann verhängt werden, wenn eine Abschiebung – und damit sowohl der (negative) Ausgang als auch der Zeitpunkt des Abschlusses des Asylverfahrens – vorhersehbar ist.⁹⁹ Insoweit entfaltet jedoch auch die Gefährdereigenschaft im o.g. Sinne keine hinreichende Indizwirkung für das

⁹⁴ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19.02. 2009 – 3455/05 [A. u. a./Vereinigtes Königreich] –, § 164.

⁹⁵ Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL:

„Ein Antragsteller darf nur in Haft genommen werden,
[...]

d) wenn [...] der betreffende Mitgliedstaat auf der Grundlage objektiver Kriterien, einschließlich der Tatsache, dass der Antragsteller bereits Gelegenheit zum Zugang zum Asylverfahren hatte, belegen kann, dass berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass er den Antrag auf internationalen Schutz nur beantragt, um die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern oder zu vereiteln; [...]

⁹⁶ Vgl. zu Beispielen oben III.5.

⁹⁷ Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung von Einreise- und Aufenthaltsverboten (EAVDurchsG), Bearbeitungsstand 04.02.2019, S. 19 f. sowie oben IV.3.

⁹⁸ Vgl. zu kompetenziellen und materiell verfassungsrechtlichen Einwänden gegen eine „klassische“ – hier in der Sache nicht intendierte – Präventivhaft oben IV.3.a).

⁹⁹ Siehe oben IV.3.b).

Vorliegen eines missbräuchlichen bzw. aussichtslosen Asylantrags. So sind die materiellen Voraussetzungen der Gefährdereigenschaft nach § 62c Abs. 1 AufenthG schon nicht deckungsgleich mit den Voraussetzungen, unter denen ein Asylbegehren schon aufgrund der Asylwürdigkeit oder Gefährlichkeit des Betroffenen abgelehnt werden kann.¹⁰⁰ Zudem enthalten die nationalen Abschiebungsverbote als unabdingbarer humanitärer Mindeststandard keine entsprechenden Ausnahmeklauseln, so dass entsprechende Rückkehrgefährdungen stets zu prüfen sind. Exemplarische Anwendungsfälle wurden oben skizziert.¹⁰¹

Auch formal kann aus der Asylantragstellung trotz bestehender Gefährdereigenschaft nicht auf eine Missbräuchlichkeit des Asylantrags geschlossen werden. Während dies bei der Asylantragstellung aus der Abschiebungshaft heraus nicht fernliegen mag, kann die Neuregelung auch auf Fälle Anwendung finden, in denen die Rückkehrgefährdung erst unmittelbar vor der Rückkehr in das Bundesgebiet entstanden ist, so dass bislang kein wirksamer Zugang zum Asylverfahren bestand. Auch aus den zeitlichen Abläufen kann eine Missbrauchsabsicht weder regelmäßig noch unwiderleglich geschlossen werden, da dem Betroffenen – anders als bei Asylantragstellung aus der Haft heraus – die ihm akut drohende Aufenthaltsbeendigung im Zeitpunkt der Asylantragstellung nicht notwendigerweise bewusst ist.

ii. [Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e\) AufnRL](#)
Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL ermöglicht die Inhaftnahme von Asylbewerbern, wenn dies aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Die in § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E vorgesehen Gefährdermerkmale müssten daher mit diesen unionsrechtlichen Voraussetzungen in Übereinstimmung zu bringen sein.

Hierzu hat der EuGH ausgeführt, dass eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung die Inhaftierung eines Antragstellers nur dann erforderlich machen kann, wenn dessen individuelles Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder die innere oder äußere Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats berührt.¹⁰² Dies dürfte bei erheblichen Gefahren für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit im

¹⁰⁰ Siehe oben III.5.

¹⁰¹ Oben III.5.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 15.02.2016 – C-601/15 PPU –, juris, Rn. 66.

Sinne des § 62c Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AufenthG-E grundsätzlich gegeben sein. Bei der Ausweisung aufgrund eines schwerwiegenden Ausweisungsinteresses (§ 62c Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AufenthG-E) könnte dies jedenfalls in Randbereichen des § 54 Abs. 1 AufenthG zweifelhaft sein, da dieser z.B. auch Fälle des Sozialbetrugs oder des serienmäßigen Diebstahls erfasst.¹⁰³ Problematisch dürfte aber v.a. der Umstand sein, dass § 62c Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AufenthG-E – anders als Alt. 1 – an vergangene Ausweisungsentscheidungen anknüpft und daher keine tatsächliche und gegenwärtige Gefahrenprognose voraussetzt. Zwar legt die Wiedereinreise vor Ablauf der nach § 11 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vorzunehmenden Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots, die sich maßgeblich an einer Gefährlichkeitsprognose im Zeitpunkt der Befristungsentscheidung orientiert (§ 11 Abs. 3 – 5b AufenthG), das Bestehen einer Gefährlichkeit auch im Zeitpunkt der potentiellen Inhaftnahme nahe; nachträgliche Änderungen der Prognosegrundlage werden insoweit jedoch nicht berücksichtigt. Zwar ist es grundsätzlich die Obliegenheit des Ausländers, derartige Änderungen vor der Wiedereinreise im Rahmen eines Verfahrens nach § 11 Abs. 4 AufenthG geltend zu machen; eine solche Obliegenheitsverletzung kann die Prüfung der Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. e) AufnRL im Zeitpunkt der Haftentscheidung jedoch nicht ersetzen.

2. Dauer der ergänzenden Vorbereitungshaft

Die in § 62c Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 AufenthG-E geregelte Vierwochenfrist entspricht der Frist nach § 14 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 AsylG; sie dürfte insgesamt nicht unverhältnismäßig sein. Es fehlt jedoch eine ausdrückliche Regelung für Fälle, in denen ein Abschluss des Asylverfahrens innerhalb der genannten Frist nicht absehbar ist, sowie an geeigneten Prognosekriterien für die zu erwartende Verfahrensdauer.¹⁰⁴

Da die ergänzende Vorbereitungshaft in der Sache jedoch nicht auf die Ermöglichung eines Abschlusses des Asylverfahrens,¹⁰⁵ sondern auf die Ermöglichung der darauffolgenden Abschiebung (bzw. der Überleitung hin zur Sicherungshaft) abzielt, müsste insoweit zudem ergänzend auf die reale Abschiebungsprognose abgestellt werden, da die Ablehnung des Asylanspruchs nicht notwendigerweise mit der Möglichkeit der Durchführung der Abschiebung einhergeht. Da Art. 9 Abs. 1 VerfRL die Verhängung von Abschiebungshaft im Anschluss an das

¹⁰³ § 54 Abs. 1 Nr. 1a lit. e), Nr. 1b AufenthG.

¹⁰⁴ Siehe oben III.4.

¹⁰⁵ Siehe oben III.1.

Asylverfahren erst nach Ablauf der Ausreisefrist ermöglicht, kann auch ergänzende Vorbereitungshaft nur in Fällen einer zu erwartenden Ablehnung des Asylantrags als unzulässig bzw. offensichtlich unbegründet zulässig sein. Auch in Fällen, in denen der Abschiebung voraussichtlich ein zielstaatsbezogenes Abschiebungshindernis – das selbst bei Ablehnung des eigentlichen Asylantrags als offensichtlich unbegründet festgestellt kann¹⁰⁶ – entgegensteht oder die Abschiebung z.B. aufgrund fehlender Passersatzpapiere auf absehbare Zeit unmöglich ist, dürfte auch die ergänzende Vorbereitungshaft aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht angeordnet werden. Dies kommt im Gesetzesentwurf nicht zum Ausdruck.

Die Haftverlängerung im Fall einer Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet (§ 62c Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 AufenthG-E) berücksichtigt nicht hinreichend, dass auch bei Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet Abschiebungsverbote bzw. dauerhafte Duldungsgründe vorliegen können, die aufgrund einer negativen Abschiebungsprognose zur Unzulässigkeit der Abschiebungshaft führen müssen.

Die Fristenregelung des § 62c Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E trägt der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 9 Abs. 1 VLR¹⁰⁷ angemessen Rechnung; auch hier fehlt jedoch das Erfordernis einer positiven Abschiebungsprognose in absehbarer Zeit.

Die Regelung des § 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E erscheint unverständlich, da die Haft nach § 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E ohnehin mit der gerichtlichen Entscheidung endet. Soweit hiermit ein Übergang von der ergänzenden Vorbereitungshaft zur Abschiebungshaft ermöglicht werden soll,¹⁰⁸ kommt dies in der Norm nicht zum Ausdruck; ggf. müsste das Wort „spätestens“ gestrichen und in § 62c Abs. 2 Satz 2 AufenthG klargestellt werden, dass sich dieser nur auf Fälle stattgebender verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen bezieht.

3. Vollzug der Haft in speziellen Hafteinrichtungen

Die Regelung über den Vollzug der ergänzenden Vorbereitungshaft beruht auf den Vorgaben der Richtlinie 2008/115/EG vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfah-

¹⁰⁶ Z.B. im Fall einer schweren – flüchtlingsrechtlich irrelevanten – Erkrankung.

¹⁰⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2018 – C-181/16 [Gnandi] –, juris und EuGH, Beschluss vom 05.07.2018 – C-269/18 PPU –, juris.

¹⁰⁸ BT-Drs. 19/22848, S. 19.

ren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie – RückfRL). Die in § 62c Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E enthaltene Ausnahmeregelung ist an Art. 16 Abs. 1 RückfRL zu messen; insoweit wird auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH verwiesen.¹⁰⁹

4. Vorläufige Ingewahrsamnahme (§ 62c Abs. 4 AufenthG-E)

Die vorgeschlagene Regelung entspricht der Regelung des § 62 Abs. 5 AufenthG. Verfassungs- oder unionsrechtliche Bedenken hiergegen sind nicht ersichtlich; sie erscheint zweckmäßig.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 17.07. 2014 – C-473/13 und C-514/13 [Bero und Bouzalmate] –, juris, Rn. 28 ff.; EuGH, Urteil vom 02.07.2020 – C-18/19 [WM] –, juris, Rn. 36 ff. verwiesen.

C. Sachverständige Stellungnahme zu § 58 Abs. 8 Sätze 3 und 4 AufenthG-E

Regelungsanlass und die zugrundeliegende Problematik sind in der Begründung der Stellungnahme des Bundesrates vom 21.10.2020¹¹⁰ adäquat beschrieben. Dem ist grundsätzlich nichts hinzuzufügen: Die Problematik ergibt sich aus dem klaren Normwortlaut der einschlägigen Bestimmungen, die nur auf Freiheitsentziehungssachen Bezug nehmen. Eine parallele Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf Wohnraumdurchsuchungen zum Zweck der Ermöglichung der Abschiebung wäre zweckmäßig, ist dem Gesetz aber nicht bzw. nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen. Die Diskussion um eine mögliche Verlagerung der Zuständigkeit für die Anordnung von Abschiebungshaft aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit in die sachnähere, auf die Behandlung eilbedürftiger Haftsaachen in räumlicher Nähe zum Wohn- bzw. Ergreifungsort des Betroffenen aber personell und strukturell nicht ausgerichtete Verwaltungsgerichtsbarkeit¹¹¹ soll an dieser Stelle nicht wiederholt werden. Eine Zuständigkeitskonzentration bei den zur Entscheidung über den Haftantrag zuständigen Amtsgerichten erscheint daher nach derzeitiger Sach- und Rechtslage sachgerecht.

Fraglich erscheint allerdings, ob ein pauschaler Verweis auf die entsprechende Anwendbarkeit des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zweckmäßig ist. Im Interesse einer parallelen Führung der Verfahren über Durchsuchungs- und Haftanordnungen dürfte es grundsätzlich zweckmäßig(er) sein, an Stelle der Bezugnahme auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 2 ff. FamFG weitestmöglich auf eine entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmungen über Freiheitsentziehungssachen (§ 415 ff. FamFG) zu verweisen. Letztere sind zum Teil jedoch auf spezifische Verfahrensanforderungen der Freiheitsentziehung (Art. 104 GG) zugeschnitten, so dass ein bloßer Verweis auf eine „entsprechende“ Anwendung ggf. erhebliche Folgeprobleme aufwerfen könnte. Der Gesetzgeber sollte daher prüfen, inwieweit sich die jeweiligen Vorschriften für eine Anwendung im spezifischen Kontext eignen.

¹¹⁰ BT-Drs. 19/23566, S. 2 ff.

¹¹¹ Exemplarisch am Fall Baden-Württemberg: Das Land Baden-Württemberg verfügt über mehr als 100 Amtsgerichte, aber nur über vier erstinstanzliche Verwaltungsgerichte (Freiburg, Karlsruhe, Sigmaringen und Stuttgart).

D. Fazit

Die für den Gesetzesentwurf anlassgebene Fallkonstellation, in der die missbräuchliche Stellung eines Asylantrags die Anordnung von Abschiebungshaft vereitelt, kann in der Praxis tatsächlich auftreten. Ihre Bedeutung wird jedoch durch den Umstand gemindert, dass mit der Restverbüßung verwirkter Straftaten (§ 456a StPO) und der Vorbereitungs- bzw. Sicherungshaft gegenüber terroristischen Gefährdern im Sinne des § 58a AufenthG geeignete Instrumente zur Verfügung stehen, um jedenfalls die gravierendsten Fälle rückkehrender Straftäter und terroristischer Gefährder adäquat zu bewältigen. Im Übrigen ist die Praxisbedeutung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung nur schwer abschätzbar.

Hinzuweisen ist darauf, dass der vom Gesetzgeber wahrgenommene Regelungsbedarf seine Ursache allerdings nicht bzw. nicht vorrangig in einer bloßen „Regelungslücke“ hat, sondern maßgeblich auf den Umstand zurückzuführen ist, dass eine Abschiebung vor Prüfung der Stichhaltigkeit des Schutzbegehrens schon aus Gründen zwingenden Völkerrechts¹¹² nicht erfolgen kann und das nationale Recht – übereinstimmend mit den Vorgaben des Unionsrechts – dem Betroffenen im erforderlichen Prüfzeitraum ein Bleiberecht einräumt. Dies gilt im Grundsatz auch für „Gefährder“, da eine Rückkehrgefährdung auch ungeachtet der eigenen Gefährlichkeit bestehen kann. Die Inanspruchnahme dieser Rechtsposition kann missbraucht werden, ist aber – auch bei Gefährdern – nicht per se missbräuchlich.

Die vorgeschlagene Regelung stellt eine Hybridregelung zwischen Abschiebungs- und Präventivhaft dar, deren unionsrechtliche Zulässigkeit ohne unmittelbar einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung nicht verbindlich beurteilt werden kann. Jedenfalls bedenklich ist der Umstand, dass die „ergänzende Vorbereitungshaft“ die Verhängung von Abschiebungshaft auch in Fällen ermöglicht, in denen nach derzeitiger Rechtslage vor Stellung des Asylantrags keine Inhaftnahme möglich gewesen wäre („überschießende Lückenschließung“). Da der Gesetzesentwurf zwar auf Missbrauchsfälle reagieren soll, eine konkrete Missbrauchsprüfung aber nicht vorsieht und sich auch aus den gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen keine Indizwirkung für das Vorliegen einer Missbrauchsabsicht ergibt, erscheint hier Nachbesserungsbedarf geboten. Zweckmäßig erschiene es dabei etwa, die Regelung des § 14 Abs. 3 AsylG dahingehend

¹¹² Art. 33 Abs. 1 GFK i.V.m. Art. 3 EMRK.

zu ergänzen, dass die bestehenden Haftgründe auch dann Anwendung finden, wenn der Asylantragsteller im Zeitpunkt der Inhaftnahme die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Gefährderbegriffs erfüllt und – kumulativ – belastbare Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Asylantragstellung vorliegen.¹¹³ Eine weder rechtlich noch sachlich gerechtfertigte Benachteiligung von Asylantragstellern würde so effektiv vermieden.

Unabhängig davon müsste schon aus verfassungsrechtlichen Gründen sichergestellt werden, dass eine Inhaftierung nur dann erfolgt, wenn eine Sachentscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge voraussichtlich innerhalb der vorgesehenen Höchsthaftdauer ergehen wird und eine Durchführung der Abschiebung in absehbarer Zeit erfolgen kann. Dies erfordert belastbare Prognosekriterien über die voraussichtliche Verfahrensdauer ebenso wie über den zu erwartenden Verfahrensausgang, um dem – mit der Entscheidungspraxis des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge ebenso wenig wie mit dem Verfolgungsvortrag des Betroffenen vertrauten – Haftrichter am Amtsgericht eine Prognoseentscheidung zu ermöglichen, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht wird.

Soweit die vorgeschlagene Regelung im Hinblick auf Gefährder, die keinem Einreise- und Aufenthaltsverbot unterliegen, hinter den Möglichkeiten der Verhängung von Sicherungshaft bei (z.B. ausdrücklich erklärter) Fluchtgefahr zurückbleibt, wird eine optimale „Lückenschließung“ mit dem Gesetzesentwurf nicht erreicht; ob eine solche angestrebt werden sollte, entzieht sich der gutachterlichen Bewertung. Eine vollständige „Lückenschließung“ – im Sinne einer Gleichbehandlung der Asylantragstellung vor und nach Inhaftnahme auch gegenüber Nichtgefährdern – könnte allerdings schon aufgrund der zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben nicht erreicht werden. Auf die nach Auffassung des Sachverständigen bestehende „echte“ Regelungslücke bei missbräuchlicher Asylfolgeantragstellung, die auf der Annahme einer Unvereinbarkeit des bisherigen Verständnisses des § 71 AsylG mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. Art. 41 der Verfahrensrichtlinie beruht, wird hingewiesen.¹¹⁴ Dieses Grundver-

¹¹³ Eine entsprechende Ergänzung des § 14 Abs. 3 AsylG auch in Fällen der Asylantragstellung aus der Haft heraus erscheint ohnehin geboten, da dieser den zwingenden Vorgaben des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 lit. d) AufnRL nicht gerecht wird.

¹¹⁴ Siehe oben III.2.

ständnis müsste möglicherweise ebenso überdacht werden wie die seit 1997 im Kern unverändert gebliebene Regelung des § 14 Abs. 3 AsylG,¹¹⁵ die bislang nicht an die Vorgaben der Neufassung der Aufnahmerichtlinie aus dem Jahr 2013¹¹⁶ angepasst wurde.¹¹⁷

Karlsruhe, den 29. Oktober 2020

RaVG Dr. Philipp Wittmann

¹¹⁵ § 14 Abs. 4 AsylG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung ausländer- und asylverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 29.10.1997 (BGBl. I, 2584); nunmehr § 14 Abs. 3 AsylG.

¹¹⁶ Richtlinie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung).

¹¹⁷ Siehe oben Fn. 113.