

Christoph Tometten, LL.M.
Rechtsanwalt

RA Christoph Tometten, LL.M. | Yorckstraße 26 | 10965 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Yorckstraße 26
10965 Berlin

Telefon (030) 455 00 00
Fax (030) 455 000 99
E-Mail tometten@kanzlei-moeckernkiez.de
Internet www.kanzlei-moeckernkiez.de

Vorab per Fax: 030 - 227 36994

In Bürogemeinschaft mit:

Benjamin Hersch
Rechtsanwalt
Susanne Lattek
Rechtsanwältin
Sonja Schlecht
Rechtsanwältin
Lena Stehle
Rechtsanwältin

Mein Zeichen

orga ct (Bitte stets angeben)

Datum

Berlin, 30. Oktober 2020

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat am 2. November 2020 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes (BT-Drs. 19/22848)

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

für die Einladung als Sachverständiger zur vorbezeichneten Anhörung bedanke ich mich. Die späte Zusendung meiner schriftlichen Stellungnahme bitte ich zu entschuldigen. Da mir die Einladung erst am 29. Oktober 2020 abends zugegangen ist, beschränkt sich meine Stellungnahme auf Artikel 3 des Gesetzentwurfs (§ 62c AufenthG-E – ergänzende Vorbereitungshaft).

Der Regelungsvorschlag einer ergänzenden Vorbereitungshaft hat meines Erachtens nur einen engen Anwendungsbereich (1.). Der ergänzenden Vorbereitungshaft bedarf es insbesondere im Bereich der Terrorismusabwehr nicht; auch in Hinblick auf Ausländer*innen, die im Bundesgebiet zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, die nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, bedarf es der Regelung nicht. In diesen Bereichen greifen bereits jetzt andere Haftregelungen (2.). Insoweit die ergänzende Vorbereitungshaft andere Personengruppen in den Blick nimmt (insbesondere Ausländer*innen, die im Bundesgebiet zu Bewährungsstrafen verurteilt worden sind), begegnet der Regelungsvorschlag erheblichen verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken (3.). Zudem überzeugt der Regelungsvorschlag in rechtssystematischer Hinsicht nicht (4.).

Bankverbindung

IBAN DE61 1001 0010 0921 3911 05
BIC PBNKDEFF
Deutsche Postbank AG

Fahrverbindung

S+U-Yorckstraße
U Mehringdamm
Bus Katzbachstraße

Bürozeiten

Mo – Fr 10 – 13 Uhr
Mo, Di, Do 15 – 18 Uhr

1. Anwendungsbereich der ergänzenden Vorbereitungshaft:

Der Regelungsvorschlag ermöglicht die Inhaftierung von Ausländer*innen, die (1) sich trotz Einreise- und Aufenthaltsverbot im Bundesgebiet aufhalten, (2) vor ihrer Inhaftierung einen Asylantrag gestellt haben, über den noch nicht entschieden worden ist, und (3) von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht oder die aufgrund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses ausgewiesen worden sind. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot entsteht zum einen im Falle der Abschiebung bzw. Zurückschiebung eines Ausländers (§ 11 Abs. 1 S. 1 AufenthG), d.h. wenn nach Ablehnung eines Asylantrags oder eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels keine freiwillige Ausreise innerhalb einer bestimmten Frist erfolgt. Insoweit betrifft der Regelungsvorschlag daher Personen, die nach einer Abschiebung erneut ins Bundesgebiet einreisen. Zum anderen wird ein Einreise- und Aufenthaltsverbot auch im Falle einer Ausweisung erlassen (§ 11 Abs. 1 S. 1 AufenthG), d.h. wenn die Ausreisepflicht durch eine behördliche Entscheidung wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Ausreise begründet wird (vgl. §§ 53 ff. AufenthG). In diesen Fällen kann der Regelungsvorschlag auch Personen betreffen, die (noch) nie abgeschoben worden sind.

Ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse ist in den in § 54 Abs. 1 AufenthG abschließend aufgezählten Fallgruppen anzunehmen. Dazu kann i.R.d. § 54 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b AufenthG auch die Verurteilung zu Bewährungsstrafen gehören. Da das Einreise- und Aufenthaltsverbot in einem solchen Falle nach § 11 Abs. 5 S. 1 AufenthG regelmäßig bis zu zehn Jahre betragen kann, kann der Regelungsvorschlag auch Personen erfassen, die als Jugendliche zu einer Jugendstrafe verurteilt worden sind, deren Vollstreckung auf Bewährung ausgesetzt worden ist, und die etliche Jahre nach ihrer Abschiebung wieder ins Bundesgebiet einreisen und dort Asyl beantragen.

Beispiel: Die türkische Staatsangehörige A ist als 17-Jährige wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Jugendstrafe von einem Jahr verurteilt worden, die zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Obwohl sie die Bewährungsauflagen einwandfrei erfüllt hat, ist sie kurz nach Vollendung der Volljährigkeit abgeschoben worden, weil sie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht mehr erfüllt hat. Ihre Eltern und ihre minderjährigen Geschwister leben weiterhin in Deutschland. Es wurde ein Einreise- und Aufenthaltsverbot von 24 Monaten erlassen. Kurz vor Ablauf dieser Frist ist sie wieder ins Bundesgebiet eingereist und hat Asyl beantragt, da sie wegen ihrer Kritik an der Regierung in der Türkei ins Visier der dortigen Behörden geraten ist.

2. Kein Regelungsbedarf im Bereich der Terrorismusabwehr und bei schwerwiegenden Straftaten:

Nach geltendem Recht können bereits jetzt auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr Abschiebungsanordnungen gem. § 58a AufenthG erlassen werden. Nach § 62 Abs. 2 AufenthG kann zur Vorbereitung einer solchen Abschiebungsanordnung (wie auch zur Vorbereitung einer Ausweisungsverfügung) schon jetzt die Vorbereitungshaft verhängt werden. Im Bereich der Terrorismusabwehr bedarf es daher einer weiteren Haftregelung nicht.

Beispiel:

Der russische Staatsangehörige B hat vor drei Jahren in Deutschland studiert, konnte sein Studium aber nicht weiter finanzieren, sodass seine Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert worden ist. Die Frist zur freiwilligen Ausreise hat er verstreichen lassen und wurde daraufhin abgeschoben; ein Einreise- und Aufenthaltsverbot von 30 Monaten wurde erlassen. Nach seiner Ausreise hat er nach nachrichtendienstlichen Erkenntnissen an der Vorbereitung terroristischer Anschläge mitgewirkt. Nun ist er wieder nach Deutschland eingereist und hat Asyl beantragt.

Der ergänzenden Vorbereitungshaft bedarf es nicht, da gegen ihn eine Abschiebungsanordnung gem. § 58a AufenthG erlassen werden kann und sie schon deshalb aufgrund § 62 Abs. 2 AufenthG in Vorbereitungshaft genommen werden kann.

Auch in Hinblick auf Ausländer*innen, die im Bundesgebiet zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, die nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, bedarf es der Regelung einer ergänzenden Vorbereitungshaft nicht, da diese Personen regelmäßig nach § 456a StPO abgeschoben werden (können), wenn sie die Hälfte bzw. zwei Drittel der Freiheitsstrafe verbüßt haben. Wenn sie anschließend erneut ins Bundesgebiet einreisen, kann die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nach § 456a Abs. 2 S. 1 StPO nachgeholt werden, sodass für eine weitere Haftregelung ebenfalls kein Bedarf besteht.

Beispiel:

Der afghanische Staatsangehörige C wurde wegen Körperverletzung zu einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt. Nach Haftantritt wurde seine Ausweisung verfügt, weil ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse vorliegt (§ 54 Abs. 1 Nr. 2b AufenthG), und ein Einreise- und Aufenthaltsverbot von acht Jahren angeordnet (vgl. § 11 Abs. 5 AufenthG). Nach sechs Monaten Haft wird er abgeschoben. Sieben Jahre später kehrt er nach Deutschland zurück und beantragt Asyl.

Der ergänzenden Vorbereitungshaft bedarf es nicht, weil die Restfreiheitsstrafe von sechs Monaten weiter vollstreckt werden kann.

3. Verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken:

Die vorstehenden Beispiele verdeutlichen, dass die ergänzende Vorbereitungshaft gerade nicht Fälle betrifft, in denen eine besonders schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit offenkundig ist. Deshalb bestehen erhebliche Bedenken in Hinblick auf die Vereinbarkeit des Regelungsvorschlags mit dem verfassungs- und unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der verlangt, dass ein Eingriff in Grund- und Menschenrechte stets einem legitimen Zweck dienen, zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich sein und darüber hinaus auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein muss.

Nach dem Wortlaut des Regelungsvorschlags soll die ergänzende Vorbereitungshaft der „Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung“ dienen. Diese Zielrichtung ist schon deshalb problematisch, weil sie impliziert, dass Asylanträge von Ausländer*innen, die in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, regelmäßig abgelehnt werden. Dies ist aber nicht der Fall. Weder die Tatsache, dass gegen eine Person bereits ein Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen worden ist, noch die Tatsache, dass sie ausgewiesen worden ist oder dass von ihr eine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht, steht der Asylgewährung von vornherein entgegen. Vielmehr kann sich zwischen dem Zeitpunkt einer früheren Ausweisung oder Abschiebung die Situation im Herkunftsland bzw. die persönliche Situation des Betroffenen maßgeblich verändert haben, sodass im fraglichen Zeitpunkt nunmehr die Voraussetzungen für die Schutzgewährung erfüllt sind. Auch wenn von einer Person erhebliche Gefahren für Leib oder Leben Dritter oder bedeutender Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgehen, ermöglicht dies nicht immer die Abschiebung, da auch in diesen Fällen die Abschiebungsverbote gem. § 60 Abs. 1, 2, 5 und 7 AufenthG zu prüfen sind. Die Schutzgewährung ist zwar nach § 60 Abs. 8 AufenthG in bestimmten Fällen, die die öffentliche Sicherheit tangieren, ausgeschlossen. Doch stellt § 60 Abs. 8 AufenthG deutlich höhere Anforderungen an den Ausschluss von der Schutzgewährung als es der Regelungsvorschlag hinsichtlich der ergänzenden Vorbereitungshaft tut. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass beide Regelungen dieselben Personengruppen erfassen.

Stellt man darauf ab, dass die ergänzende Vorbereitungshaft nicht der Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung dienen soll, sondern der ordnungsgemäßen (schleunigen?) Durchführung des Asylverfahrens, mag dies zwar an sich ein legitimes Anliegen sein, doch kommt die Inhaftierung der Betroffenen schon aus Rechtsgründen nicht als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks in Betracht. In Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2013/32/EU vom 26.06.2013 (Verfahrensrichtlinie) i.V.m. Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2013/33/EU vom 26.06.2013 (Aufnahmerichtlinie) ist nämlich abschließend geregelt, dass Schutzsuchende im laufenden Asylverfahren nur in bestimmten Fällen in Haft genommen werden dürfen. Die ergänzende Vorbereitungshaft geht jedoch über die dort geregelten Fallkonstellationen hinaus. Insbesondere betrifft sie

– anders als Art. 8 Abs. 3 lit. d der Aufnahme richtlinie – gerade nicht den Fall, dass sich ein Schutzsuchender im Zeitpunkt des Asylantrags bereits in Haft befindet (dieser Fall ist bereits in § 14 Abs. 3 S. 1 AsylG geregelt). Sie betrifft auch nicht den Fall, dass die Inhaftierung aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erforderlich ist (Art. 8 Abs. 3 lit. e der Aufnahme richtlinie), da diese Regelung nur sicherstellen soll, dass ein Asylantrag nicht die Inhaftierung oder Ingewahrsamnahme aufgrund allgemeiner straf- oder polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlagen verhindert. Der Regelungsvorschlag stellt aber gerade keine allgemeine gefahrenabwehrrechtliche Regelung dar, da er nur bestimmte Personengruppen betrifft, die von anderen Personengruppen aufgrund von Merkmalen unterschieden werden, die keine gefahrenabwehrrechtliche Relevanz haben. Es ist in Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht ersichtlich, warum Personen im Anwendungsbereich des Regelungsvorschlags anders zu behandeln wären als andere Ausländer*innen oder als auch deutsche Staatsangehörige. Ohnehin aber hat der Bundesgesetzgeber keine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr. Eine Präventivhaft für Gefährder*innen könnte kompetenzrechtlich allenfalls auf Landesebene geregelt werden, wobei ihre rechtsstaatliche Ausgestaltung hier nicht weiter erörtert werden muss.

Zum Zwecke der ordnungsgemäßen Durchführung des Asylverfahrens ist die Inhaftierung darüber hinaus auch nicht geeignet, jedenfalls nicht erforderlich. Die ordnungsgemäße Durchführung eines Asylverfahrens setzt nämlich voraus, dass Schutzsuchende effektiven Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung durch eine qualifizierte Person auf einer ihnen verständlichen Sprache erhalten (vgl. Art. 20 ff. der Aufnahme richtlinie). Dementsprechend sehen § 14 Abs. 3 S. 2 AsylG und § 18a Abs. 1 S. 5 AsylG vor, dass Schutzsuchende die Gelegenheit erhalten, Verbindung mit einem Rechtsbeistand aufzunehmen. Eine solche Regelung fehlt in dem Regelungsvorschlag. Darüber hinaus setzt die ordnungsgemäße Durchführung eines Asylverfahrens auch voraus, dass Schutzsuchende Beweismittel zur Vorlage bei den zuständigen Behörden und Gerichten auch faktisch beschaffen können. Welche Beweismittel geeignet sind, den Vortrag zu stützen, erfahren sie oftmals erst im Rahmen einer qualifizierten Verfahrensberatung. Um solche Beweismittel anschließend beschaffen zu können, ist daher der Zugang zum Internet und die Ermöglichung der Kontaktaufnahme mit Dritten (z.B. im Herkunftsland verbliebenen Familienangehörigen oder Menschenrechtsverteidiger*innen) unabdingbar. Im Regelungsvorschlag finden sich aber keine Regelungen, die dies gewährleisten.

Schließlich ist die ergänzende Vorbereitungshaft jedenfalls unverhältnismäßig. Der Gerichtshof der Europäischen Union legt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass die Abschiebungshaft stets nur der Vorbereitung bzw. Durchführung der Abschiebung dienen darf und zudem immer *ultima ratio* sein muss (vgl. EuGH, Urt. v. 05.06.2014, C-146/14 PPU – *Mahdi*; Urt. v. 30.11.2009, C-357/09 PPU – *Kadzoev*). Dies tritt auch in § 62 Abs. 1 AufenthG zutage. Solange ein Asylverfahren andauert, kommt die Abschiebung aber nicht in Betracht. Dies gilt umso

mehr, weil der Regelungsvorschlag nicht auf Fälle begrenzt ist, in denen eine Entscheidung über den Asylantrag innerhalb einer bestimmten Frist (z.B. sechs Wochen wie in § 62 Abs. 2 S. 2 AufenthG oder auch zwei Tage wie in § 18a Abs. 6 Nr. 2 AsylG) zu erwarten ist. Auch werden die in § 62 Abs. 1 S. 1 AufenthG bereits vorgesehenen milderen Mittel mit dem vorliegenden Regelungsvorschlag weiterhin nicht auskonturiert. Dies würde aber sowohl den zuständigen Behörden als auch den Gerichten die Arbeit deutlich erleichtern (zur Prüfungspflicht der Gerichte s. BGH, Beschl. v. 30.03.2017, V ZB 128/16).

4. Rechtssystematische Bedenken:

Auch in rechtssystematischer Hinsicht begegnet der Regelungsvorschlag erheblichen Bedenken. Insbesondere steht der Regelungsvorschlag im Widerspruch zu den Regelungen des §§ 34 Abs. 1, 36 Abs. 1 38 Abs. 1 AsylG i.V.m. § 59 Abs. 1 S. 1 AufenthG, wonach eine Abschiebungsandrohung in aller Regel unter Bestimmung einer Frist zur freiwilligen Ausreise erfolgt, die regelmäßig zwischen sieben und 30 Tagen liegt. Nur in Ausnahmefällen darf von der Bestimmung einer solchen Frist abgesehen werden (§ 59 Abs. 1 S. 2 AufenthG). Diese Regelungen sind letztendlich ebenfalls Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Bestimmung einer Frist zur freiwilligen Ausreise ist aber nur dann sinnvoll und effektiv, wenn die freiwillige Ausreise auch faktisch erfolgen kann. Dies ist aber bei einer Inhaftierung nicht der Fall.

Ich komme daher zu dem Schluss, dass der Regelungsvorschlag zumindest in der jetzigen Form abzulehnen ist.

Mit freundlichen Grüßen

Christoph Tometten
Rechtsanwalt