



Stellungnahme zur BT-Drucks. 19/22848 Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes

I. Gegenstand und Zielsetzung der vorgeschlagenen Regelung

Gegenstand der nachfolgenden Stellungnahme ist der oben erwähnte Gesetzentwurf. Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Änderung des Aufenthaltsgesetzes. Der vorgelegte Gesetzentwurf sieht die Einführung einer ergänzenden Vorbereitungshaft für Asylantragsteller zum Zweck der Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung nach §34AsylG vor. Sachlich gehört er damit teilweise zum Regelungsbereich des Asylgesetzes, teilweise zum Regelungsbereich des Aufenthaltsgesetzes. Die Zuordnung zum Aufenthaltsgesetz erklärt sich aus der Einführung einer neuen Kategorie von Haftanordnung, während es im Schwerpunkt eigentlich um die Rechtstellung von Asylantragstellern geht, die bezüglich der Haftanordnung in § 14 AsylG geregelt ist.

Zur Bestimmung des rechtlichen Rahmens erscheint es zunächst sinnvoll, sich Klarheit über den personellen Anwendungsbereich zu verschaffen. Erfasst werden nur Ausländer, gegen die ein *Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG* ergangen ist. Ein derartiges Aufenthaltsverbot wird befristet gegenüber Ausländern erlassen, die ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben werden. Dies setzt im Falle der Ausweisung einen Ausweisungsgrund voraus, der in der großen Mehrzahl auf die Begehung gravierender Straftaten im Bundesgebiet gestützt ist. Nach § 11 Abs. 7 AufenthG können aber auch Ausländer, die bereits früher im Bundesgebiet erfolglos Asyl beantragt haben, mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt werden, wenn der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde oder der Folgeantrag abgewiesen wurde. Im Falle der schlichten Abschiebung ist das Einreiseverbot an den Vollzug einer Ausreisepflicht geknüpft, so z.B. wenn ein mangels eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung „vollziehbar ausreisepflichtiger“ Ausländer - wie z.B. ein bestandskräftig abgelehnter Asylbewerber nach Ablauf der Ausreisefrist nicht ausreist und mit polizeilichen Mitteln abgeschoben wird. Reist er umgehend danach wieder ein, kann er mittels eines Asylantrags eine Aufenthaltsgestattung erlangen und damit einer potentiellen Inhaftnahme ausweichen.

Hinzukommen muss nach § 62 c Abs. 1 Entwurf, dass von dem _Ausländer 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 Abs.1 ausgewiesen worden ist. Mit dieser Formulierung wird eine hohe Schwelle errichtet. In der ersten Variante wird eine Wiederholungsgefahr von besonders gravierenden Straftaten im Bereich der Gewaltkriminalität oder eine terroristische Bedrohung vorausgesetzt; in der zweiten Variante wird auf besonders schwerwiegende Ausweisungsinteressen nach § 54 Abs. 1 verwiesen, die im Bereich der Straftaten an eine strafgerichtliche Verurteilung von mindestens einem Jahr wegen schwerer Straftaten oder die Begehung gravierender Delikte, die die innere Sicherheit gefährden, anknüpfen. Vereinfacht ausgedrückt sollen damit | schwer kriminelle Ausländer und Terroristen erfasst werden. . Die Formulierung, die das Gesetz verwendet,

findet sich auch anderweitig im Aufenthaltsrecht. Sie ist uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar und wirft m.E. keine rechtsstaatlichen Probleme der Bestimmtheit auf. Eine Wiederholungsgefahr ist allerdings bei der Ausweisung nach § 54 Abs. 1 AufenthG nicht zwingend erforderlich, jedoch beim Erlass des Einreise- und Aufenthaltsverbots zu berücksichtigen.

Weitere Voraussetzung ist die Stellung eines Asylantrags. Das ist zwar nicht unmittelbar in § 62c Abs. 1 Entwurf vorgesehen, ergibt sich aber mittelbar daraus, dass die vorgesehene Inhaftnahme zur *Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung* nach § 34 AsylG erfolgen soll. Die in § 34 AsylG geregelte Abschiebungsandrohung ist lediglich auf Personen, die i.S. von § 1 AsylG Asyl beantragen, anwendbar. Personen, die einen Asylantrag gestellt haben, können jedoch nicht in Abschiebungshaft zur Sicherung der Abschiebung genommen werden, weil sie auf Grund der –Stellung eines Asylantrags eine Aufenthaltsgestattung kraft Gesetzes erlangen. Dies ist in der Rechtsprechung unbestritten (vgl. im Einzelnen Hailbronner, *Ausländerrecht*, Stand April 2020, § 62, Rn. 286ff).

Die Aufenthaltsgestattung entsteht grundsätzlich mit der Ausstellung des Ankunftsnahtweises nach § 63a Abs. 1; wird kein Ankunftsnahtweis ausgestellt, mit der Stellung eines Asylantrags. Die bloße Verwendung des Begriffs Asyl reicht nicht aus. Ein Asylantrag gilt erst dann als gestellt mit der Wirkung einer Aufenthaltsgestattung, wenn den zuständigen Behörden (Bundesamt) ein vom Asylbewerber eingereicher Antrag oder behördliches Protokoll zugegangen ist. (vgl. *Schmidt-Räntsch*, NVwZ 2014, 113; *BGH* v. 6. 5. 2010, V ZB 213/09, Rn. 9; 1. 3. 2012, V ZB 206/11, Rn. 10; v. 14. 10. 2010, V ZB 78/10; v. 15. 7. 2010, V ZB 10/10, NVwZ 2011, 127). Damit sind diese Personen nicht mehr vollziehbar ausreisepflichtig, was sich für die unerlaubte Einreise unmittelbar aus § 62 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG, im übrigen aus der Systematik des § 62 ergibt.

Zwar schließt das Asylgesetz die *Anordnung oder Aufrechterhaltung* einer Haft gegenüber Asylantragstellern *auch nach Erlangung der Aufenthaltsgestattung* während des laufenden Asylverfahrens nicht völlig aus. § 14 AsylG enthält eine Reihe von Tatbeständen, unter denen eine Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft trotz Asylantragstellung zulässig ist. Dies setzt aber voraus, dass sich die betreffende Person bereits aus einem der Gründe des § 14 Abs. 3 in Haft befindet. Diese Gründe umfassen auch die Sicherungshaft in dem Fall der unerlaubten Einreise.

Der Fall der Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot ist quasi der Standardfall, bei dem die Fluchtgefahr kraft Gesetzes vermutet wird (§ 62 Abs. 3 a Nr. 4) und bei dem der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse einer wirksamen Durchsetzung der Ausreisepflicht als Regelfall die Inhaftnahme vorsieht. Das bedeutet für § 14 Abs. 3 AsylG, dass bei einem Ausländer, der unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot erneut ins Bundesgebiet einreist und einen Asylantrag stellt im Allgemeinen angenommen wird, dass der Asylantrag nur als Mittel zur Vermeidung der Durchsetzung der (latenten) Ausreisepflicht gestellt wird und daher eine befristete Haftanordnung erforderlich und verhältnismässig im Hinblick auf die Freiheitsbeschränkung ist. Im übrigen gelten die allgemeinen Anforderungen an die Anordnung und Aufrechterhaltung der Haftanordnung weiter, insbes. die Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit.

Dass sich die gesetzliche Vermutung der Absicht einer Vereitelung einer Abschiebung allein durch die Stellung eines Asylantrags nicht ändert, ergibt sich aus § 14 AsylG, für den Fall, dass *im Anschluss an die Inhaftnahme* ein Asylantrag gestellt wird. Der Gesetzgeber geht in diesem Fall davon aus, dass das öffentliche Interesse an der Sicherung der Ausreisepflicht, die sich bei einem negativen Asylaussgang ergibt, vorrangig ist gegenüber dem privaten Interesse an der Bewegungsfreiheit eines Asylantragstellers, zumal die Inhaftnahme auf die Zustellung der Entscheidung des Bundesamts und spätestens auf 4 Wochen nach Eingang des Asylantrags befristet ist, sofern der Asylantrag nicht als unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde (und demgemäß keine reale Chance auf eine Duldung oder humanitäres Aufenthaltsrecht besteht). Grundgedanke ist die Verhinderung einer mißbräuchlichen Antragstellung nur zum Zweck, die Abschiebung zu verhindern. Der ausreisepflichtige Ausländer soll die Aufenthaltsbeendigung nicht dadurch verhindern können, dass er einen Asylantrag stellt und aus der Haft entlassen werden muss (BT-Drs. 13/4948; zu den Voraussetzungen für die Anwendung von § 14 AsylG vgl. *Hailbronner*, Komm. Ausländerrecht, Stand März 2020, § 14 AsylG, Rn. 18-34)

Hieraus ergibt sich die vom Gesetzgeber konstatierte Regelungslücke. Es ist kaum plausibel erklärbar, warum für die Zulässigkeit der Inhaftnahme auch im Hinblick auf die Motivation für die Asylbeantragung entscheidend sein soll, ob der Asylantrag kurze Zeit vor oder nach einer Inhaftnahme eines unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eingereisten Ausländers gestellt wird. Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass es „externe Faktoren“ sind, die die Zeitpunkte von Inhaft oder Ingewahrsamnahme einerseits und Asylantragstellung andererseits bestimmen. Angesichts dieser Umstände liegt es nahe, dass typischerweise bei beiden Fallgestaltungen das gewichtige öffentliche Interesse daran, zu verhindern, dass mittels einer Asylantragstellung die Durchsetzung der Ausreisepflicht erschwert oder verhindert wird, gegenüber dem privaten Freiheitsinteresse des Ausländers vorrangig zu gewichten ist.

. Diese Annahme verstärkt sich noch in der von § 62c vorausgesetzten Fallgestaltung, dass ein Ausländer bereits einmal aus dem Bundesgebiet ausgewiesen oder abgeschoben wird und danach unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot wieder eingereist ist. Erschwerend kommt zu Lasten des Ausländers in den Fällen des § 62 c hinzu, dass es sich hier um die Asylantragstellung eines für die öffentliche Ordnung und innere Sicherheit in hohem Maße gefährlichen Ausländers handelt, der nach illegaler Einreise einen Asylantrag stellt. Der gesetzliche Anspruch auf Durchführung eines Asylverfahrens wird dadurch – wie in den Fällen des § 14 AsylG – nicht tangiert. Die gesetzlich indizierte Fluchtgefahr für eine Sicherungshaft und das öffentliche Interesse an der Inhaftnahme zur Durchsetzung der Ausreisepflicht erhalten in dieser Fallgestaltung ein so hohes Gewicht, dass es schlechterdings kaum verständlich wäre, für die Zulässigkeit einer Haftanordnung danach zu unterscheiden, ob der Asylantrag vor oder nach der Inhaftnahme gestellt wird.

Die Lösung des Gesetzgebers ist die Schaffung eines neuen Tatbestandes der ergänzenden_Vorbereitungshaft. Ihrem Wortlaut nach dient die neue Haftkategorie nur der Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach erfolgloser Durchführung eines Asylverfahrens gemäß § 34 AsylG geht Es handelt sich nach dem Wortlaut der Vorschrift um eine besondere

Kategorie der Vorbereitungshaft, die in § 62 Abs. 2 S. 1 AufenthG ansonsten nur für die Vorbereitung einer Ausweisung oder Abschiebungsanordnung nach § 58a vorgesehen ist. Auch dort geht es um die Haft zur „Vorbereitung der Ausweisung“, die jedoch präzisiert wird durch die nachfolgende Präzisierung, dass über die Ausweisung oder Abschiebung nicht sofort entschieden werden kann und die Abschiebung ohne die Inhaftnahme wesentlich erschwert oder vereitelt würde. Bei § 62c fehlt eine derartige Präzisierung, was die Frage aufwirft, ob es tatsächlich nur um die Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung (die ggfs. auch ohne Anwesenheit erfolgen kann) geht (siehe auch III.1).

Der in der Gesetzesbegründung aufgeführte Zweck der Neuregelung, der auf die Parallelität mit § 14 AsylG hinweist, deutet auf einen weitergehenden Zweck, nämlich die Sicherstellung der beschleunigten Bescheidung eines mißbräuchlichen Asylantrags und der anschließenden Durchsetzung der Ausreisepflicht hin. Künftig soll ein Ausländer der im Bundesgebiet nach illegaler Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot angetroffen wird, unter den Voraussetzungen des § 62c Abs. 1 auch nach Asylantragstellung auf richterliche Anordnung in (Vorbereitungs)haft genommen werden, „um damit den Wettlauf zwischen Haft und Antragstellung zu verhindern“ (Ges. begründung)

Bezüglich der Dauer der Haftanordnung übernimmt § 62c Abs. 2 im wesentlichen die Regelung des § 14 Abs. 2 AsylG, da insoweit eine vergleichbare Konstellation vorliegt. Die Beendigung der Haft vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt und im Falle der Ablehnung des Asylantrags als unzulässig oder offensichtlich unbegründet, mit dem Ablauf der Frist nach § 36 Abs. 3 S. 1 AsylG (Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Abschiebungsandrohung) erklärt sich aus der Zwecksetzung (Vorbereitung der Abschiebungsandrohung). Ist die Abschiebungsandrohung nach Ablehnung des Asylantrags als unzulässig oder offensichtlich unbegründet ergangen und der vorläufige Rechtsschutz abgewiesen, so gibt es kein Bedürfnis mehr für eine ergänzende Haftanordnung, da der Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist und gegen ihn Abschiebungshaft angeordnet werden kann.

Ihre entscheidende Prägung erhält die Vorschrift freilich durch die Beschränkung auf besonders gefährliche Ausländer, von denen eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder Allgemeinheit ausgeht. Zur Vermeidung von Mißverständnissen in der öffentlichen Wahrnehmung ist darauf hinzuweisen, dass es nicht um eine quasi strafrechtliche Vorbeugungshaft geht. Eine solche ist im deutschen Recht nicht zugelassen. Selbst bei schwersten Verbrechen gegen die innere Sicherheit können Gefährder solange nicht in Haft genommen werden, als keine konkreten Vorbereitungshandlungen für Gefährdungen der inneren Sicherheit oder sonstige Straftaten vorliegen, die ein polizeirechtliches Einschreiten oder UHaft wegen des Verdachts strafbarer Handlungen rechtfertigen.

Aufenthaltsrechtlich finden derartige Gefährdungen auch anderweitig im Zusammenhang mit Haftanordnungen als konkrete Anhaltspunkte für eine Fluchtgefahr Berücksichtigung (§ 62 Abs. 3b Nr. 3 AufenthG). Es erscheint sachlich gerechtfertigt, die von Ausländern ausgehende Gefahr der Begehung von Straftaten oder Gefährdungen der inneren Sicherheit als Indiz dafür heranzuziehen, dass ein Ausländer keinen ernsthaften Asylantrag stellt, sondern seine mit der Asylbeantragung verfolgte Zielsetzung auf die Vermeidung der Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit im Bundesgebiet und Vermeidung eines raschen Asylverfahrens und aufenthaltsbeendender Maßnahmen gerichtet ist.

Die Vorbereitungshaft soll nach der Gesetzesbegründung andere Haftgründe nicht ausschließen. Das ist unzweifelhaft in Fällen einer auf strafrechtliche Tatbestände gestützten Haft. Für eine Sicherungshaft zur Durchsetzung der Abschiebung bedarf es jedoch bislang der Gefahr einer Verhinderung oder Vereitelung der Ausreisepflicht, die zwar im Falle einer Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot – wie dargelegt – grundsätzlich vom Gesetzgeber vermutet wird. Aber im Falle von Ausländern, die bereits im Besitz einer Aufenthaltsgestattung sind, an der fehlenden Ausreisepflicht scheitert.

II. Rechtlicher Rahmen (Unions- und Verfassungsrecht)

Die EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33 und die Verfahrensrichtlinie 2013/32 postulieren in Art. 8 bzw. Art. 26 den Grundsatz, dass ein Ausländer nicht allein wegen einer Asylantragstellung in Haft genommen werden kann. Haftgründe sind in der Aufnahmerichtlinie detailliert niedergelegt. Nicht anwendbar sind nach der EuGH Rechtsprechung die Vorschriften der Rückführungsrichtlinie 2008/115 während eines laufenden Asylverfahrens, einschließlich der dort vorgesehenen Regelungen über eine Inhaftnahme zum Zweck der Durchführung einer Rückkehrentscheidung (vgl. EuGH v. 19.6. 2018, C- 181/16, Gnandi, Rn. 43 und 62)

. Der EuGH hat daraus abgeleitet, dass das Unionsrecht eine Inhaftnahme aus anderen Gründen nach nationalem Recht nicht ausschließt. Die Inhaftierung eines Ausländers, der nach Art. 15 der Rückführungsrichtlinie 2008/115 in Abschiebungshaft genommen worden ist, darf daher aufrechterhalten werden, wenn sich auf Grund einer fallspezifischen Beurteilung sämtlicher relevanter Umstände herausstellt, dass ein Asylantrag allein zu dem Zweck gestellt wurde, den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden, und es objektiv erforderlich ist, die Haftmaßnahme aufrechtzuerhalten, um zu verhindern, dass sich der Betreffende seiner Rückführung entzieht (*EuGH v. 30. 5. 2013, Rs. C534 /11, Arslan*, Rn. 64).

Mit dem Inkrafttreten der Aufnahmerichtlinie Nr. 2013/33 v. 26. 6. 2013 sind die Gründe für die Inhaftierung von Asylsuchenden geregelt worden. Ein Antragsteller darf nach Art. 8 Abs. 3 nur in Haft genommen werden:

- a um seine Identität zu überprüfen,
- b um Beweise zu sichern, auf die sich ein Asylantrag stützt,
- c um im Rahmen eines Verfahrens über das Recht eines Antragstellers auf Einreise in das Hoheitsgebiet zu entscheiden,
- d. wenn sich der Betreffende auf Grund eines Rückkehrverfahrens zur Vorbereitung seiner Rückführung und /oder Fortsetzung des Abschiebungshaftverfahrens in Haft befindet und der Betreffende Mitgliedstaat auf Grund objektiver Kriterien, einschließlich der Tatsache, dass der Betreffende bereits Gelegenheit zum Zugang zum Asylverfahren hatte, belegen kann, dass berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass er den Antrag auf internationalen Schutz nur stellt, um die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern oder zu vereiteln.
- e. wenn es erforderlich ist aus Gründen der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung

Im Ergebnis genügt § 62 c Entwurf den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung (vgl. zu den verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben im Einzelnen *Hailbronner*, § 62, Stand April 2020, Rn. 19- 37) in vollem Umfang. Die Voraussetzungen einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit liegen vor. Die Gefahrenlage durch die Einreise des Ausländers wird noch dadurch verstärkt, dass der Ausländer bereits mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt worden ist und in das Bundesgebiet unter Mißachtung des Einreise- und Aufenthaltsverbots eingereist ist.

In seinem Urteil v. 15.2.2016 (C-601/15, PPU) hat der EuGH die Inhaftierung eines Asylbewerbers, die auf mehreren Straftaten sowie darauf, beruhte, dass er rechtskräftig zum Verlassen des niederländischen Hoheitsgebiets aufgefordert und mit einem Einreiseverbot belegt wurde, für unionsrechtskonform erklärt. Der EuGH legt Art. 8 Abs. 3 dahin aus, dass Haft nur in Ausnahmefällen verhängt werden darf und einem legitimen Zweck dienen muss und dass es drei Zwecke gibt, für die Haft im Einzelfall notwendig sein kann und die allgemein dem Völkerrecht entsprechen, nämlich die öffentliche Ordnung, die öffentliche Gesundheit und die nationale Sicherheit.

Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ setzt voraus, dass außer der Störung der sozialen Ordnung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Urteile Zh. und O., C-554/13, EU:C:2015:377, Rn. 60). Was ein derartiges Grundinteresse darstellt, ist aus der EuGH Rechtsprechung nicht eindeutig zu entnehmen.

Zwar ist die Urteilsbegründung im Fall PPU (Urteil v. 15.2. 2016) auf die Zielsetzung der Gefahrenabwehr im Hinblick auf strafbare Handlungen bezogen. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass die in Art. 8 Abs. 3 e aufgeführten Anforderungen nicht auch die Zielsetzung der Durchsetzung einer Ausreisepflicht und Vollziehung einer Ausreisepflicht bzw. der Verhinderung der Nutzung des Asylverfahrens zur Verhinderung einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit als Instrument der Gefahrenabwehr eine Haftanordnung einbeziehen können.

Darauf deuten die Ausführungen des EuGH zur Vereinbarkeit der Haftanordnung mit der EMRK und der Europäischen Grundrechtecharta hin (Rn. 77 ff). Der EuGH weist darauf hin, dass Art. 8 Abs. 3 Unterabs. 1 e der Richtlinie 2013/33 im Einklang mit Art. 5 Abs. 1 f zweiter Satzteil EMRK auszulegen sein. Die letztere Bestimmung gestattet die rechtmäßige Freiheitsentziehung bei einer Person, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren in Gang sei. Demgemäß so der EuGH- stehe im Ausgangsverfahren die Asylantragstellung, nachdem dem Asylbewerber unter Auferlegung eines Einreise und Aufenthaltsverbots aufgegeben worden sei, das niederländische Hoheitsgebiet zu verlassen, der Haftanordnung nicht entgegen, da an der wirksamen Durchsetzung der Ausreisepflicht ein hohes öffentliches Interesse bestehe. „Eine solche Inhaftierung nehme dem Antragsteller nämlich nicht die Berechtigung, nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/32, ausschließlich zum Zweck des Verfahrens des internationalen Schutzes im Mitgliedstaat zu verbleiben, bis die Asylbehörde erstinstanzlich über seinen Antrag auf internationalen Schutz entschieden hat“ (Rn. 74). Der EuGH führt weiter aus, dass aus diesem Grunde die Durchsetzung einer Ausreisepflicht durch die Asylantragstellung quasi lediglich temporär überlagert werde, aber nach Beendigung des Asylverfahrens zu und dass hieran ein großes öffentliches Interesse bestehe.

Auch wenn diese Erwägungen nicht unmittelbar auf die Fallgestaltungen des § 62c- Entwurf übertragbar sind, weil es - im Gegensatz zu dem niederländischen Fall an einem durch das Einreise und Aufenthaltsverbot eingeleiteten Rückkehrverfahren fehlt, so zeigen sie doch parallele Erwägungen, die für den Begriff der öffentlichen Ordnung von Bedeutung sind. Aus Art. 8 Abs. 3e kann daher die Beschränkung auf eine ausschließlich gefahrpräventiv begründete Haftanordnung nicht abgeleitet werden kann. Andernfalls wären auch die Ausführungen des EuGH zum hohen Stellenwert der Durchsetzung von Ausreisepflichten illegal aufhältiger Ausländer, die sich unter Verstoß gegen ein Einreise und Aufenthaltsverbot weiterhin im Inland aufhalten, kaum verständlich.

Darüber hinaus sind auch die Anforderungen des Art. 8 Abs. 3 c der Aufnahmerichtlinie erfüllt, da die Anwesenheit des Asylbewerbers erforderlich ist, um das Asylverfahren durchzuführen. Bei einem Ausländer, der sich unter Verstoß gegen ein Einreise und Aufenthaltsverbot im Bundesgebiet aufhält, kann angenommen werden, dass er sich der zügigen Durchführung eines Asylverfahrens und der damit verbundenen Abschiebungsandrohung entziehen wird. Ein – Rekurs auf die Gefährdung der öff. Ordnung und Sicherheit ist daher kein zwingendes Erfordernis. An der zügigen Durchführung des Asylverfahrens besteht in diesen Fällen ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse.

Da nach dem Wortlaut des § 62 c AufenthG Entwurf der Zweck auf die Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung beschränkt ist und mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamts oder spätestens vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt endet, wenn der Antrag nicht als unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, ist sichergestellt, dass mit der Zweckerreichung, Erlass der Abschiebungsandrohung die Haft endet

III. Alternativen zur vorgeschlagenen Regelung und Anmerkungen zur Praktikabilität

1. Praktikabilität und Regelungsbedarf

§ 62c Entwurf sieht die Haftanordnung zur Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung vor. Ausdrücklich wird dann auch noch eine Erforderlichkeitsprüfung verlangt. Da das Bundesamt zusammen mit der Ablehnung des Asylantrags eine Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG erlässt, bedarf es eigentlich hierzu keiner besonderen Vorkehrungen, wenn das Asylverfahren in Gang gesetzt wird. Es ist daher nicht ganz klar, was mit Vorbereitung der Abschiebungsandrohung im Gegensatz zur Sicherung der Durchsetzung der Ausreisepflicht gemeint ist. Die Regelung ist insoweit unklar und zu eng gefasst.

Entsprechendes gilt für die zusätzliche Erforderlichkeitsprüfung. Unter welchen Umständen eine Haftanordnung für die Bescheidung des Asylantrags und den Erlass der Abschiebungsandrohung erforderlich ist, richtet sich nach den Modalitäten des Asylverfahrens. Im Grunde geht es wohl um die Vornahme der erforderlichen Verfahrensschritte (Anhörung usw). Hier könnten sich Probleme im Hinblick auf den Erforderlichkeitsnachweis ergeben, wenn ein Asylbewerber angibt, für eine Anhörung verfügbar zu sein.

Die Regelung über die Beendigung der Haftanordnung orientiert sich an § 14 Abs. 3 AsylG. Offenbar soll eine zügige Entscheidung über den Asylantrag und den Erlass einer Abschiebungsandrohung nach Antragstellung ermöglicht werden. Wird aber nicht innerhalb von vier Wochen nach Antragstellung entschieden, ist -wie im Falle des §14 eine Haftentlassung zwingend vorgesehen, was im Hinblick auf die fortdauernde Gefährdung und die Gefahr einer Vereitelung der Aufenthaltsbeendigung nicht unproblematisch erscheint.

M.E. wäre es daher sinnvoll, die ergänzende Vorbereitungshaft in eine Haft zur Sicherung der beschleunigten Durchführung des Asylverfahrens und zur Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung umzuändern und den Satz über die Erforderlichkeit zu streichen. (Erforderlichkeit gilt allgemein als verfassungsrechtliches Erfordernis bei Freiheitsentziehungen)

Ein Regelungsbedarf besteht ferner über die in § 62c angesprochene Personengruppe für alle Personen, die entgegen einem Einreise und Aufenthaltsverbot ins Bundesgebiet einreisen und deren Asylantrag mit hoher Wahrscheinlichkeit nur zu dem Zweck gestellt wird, die aus dem Einreise- und Aufenthaltsverbot resultierende Ausreisepflicht zu unterlaufen und eine Beschränkung ihrer Bewegungsfreiheit zu verhindern.

Auch für die Gruppe der gefährlichen Ausländer wird in Bezug auf terroristische Ausländer ein Regelungsbedarf nicht bereits durch § 58a befriedigt. Zwar ermöglicht § 62 Abs. 3 Nr.3 die Verhängung einer Sicherungshaft nach Erlass einer Abschiebungsanordnung; § 62 Abs. 2 sieht eine Vorbereitungshaft zur Vorbereitung einer Abschiebungsanordnung oder Ausweisung und erlaubt insoweit auch eine Abweichung von der Voraussetzung der bestehenden Ausreisepflicht. Die Voraussetzungen nach § 58a AufenthG sind aber auf einen wesentlich engeren Personenkreis der Gefährder bezogen, gegen die (ausnahmsweise) ohne vorausgehende Ausweisung eine Abschiebungsanordnung erlassen werden kann.

2. Haft zur Sicherung der Rückführung von Asylbewerbern, deren Asylantrag zum Zweck des Unterlaufens des Einreise- und Aufenthaltsverbots und der Verhinderung aufenthaltsbeendender Maßnahmen gestellt wird.

Zweck der vorgeschlagenen Regelung ist die Schließung einer Gesetzeslücke, die sich aus der begrenzten Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 AsylG auf die Fälle der Antragstellung für bereits in Haft befindliche Ausländer ergibt. Diese Zielsetzung würde es an sich nahelegen, die Regelung von § 14 Abs.3 AsylG über die Anordnung und den Fortbestand der Haftanordnung bei Bestehen einer Gefahr der Verhinderung aufenthaltsbeendender Maßnahmen auszuweiten auf Ausländer, die unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot ins Bundesgebiet einreisen und noch vor dem Erlass einer Haftanordnung einen Asylantrag stellen. Soll die Zufälligkeit des Zeitpunkts der Antragstellung nicht mehr entscheidend sein, läge es nahe, den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 3 AsylG zu erweitern. Damit wäre gleichzeitig der Gleichklang von vor und nach Asylantragstellung angeordneter Haft zur Durchsetzung der Ausreisepflicht aus dem Einreise- und Aufenthaltsverbot gewährleistet. Zugleich würden damit im Prinzip die gleichen Anforderungen an die Verhängung von Haft anwendbar, einschließlich der Haftvoraussetzungen, die bei der Anwendung des § 14 AsylG gelten.

§62c AufenthG sieht allerdings keine zu den Voraussetzungen von § 14 Abs. 3 AsylG parallele Regelung vor, sondern ist durch die Beschränkung auf in hohem Maße gefährliche Ausländer und den Zweck der Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung nach § 34a AsylG weitaus enger gefasst. Dies erklärt sich vermutlich aus einer Rücksichtnahme auf die unionsrechtlichen Vorgaben und insbes. Art. 8 Abs. 3 e (Gründe der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung).

Zwingend ist diese Beschränkung m.E. im Hinblick auf die auch in der Gesetzesbegründung implizit angenommene Interessenlage nicht. Es erscheint kaum sinnvoll, in hohem Maße gefährliche Ausländer, gegen die bereits ein Einreise- und Aufenthaltsverbot besteht, nur dann in ergänzende Vorbereitungshaft nehmen zu können, wenn dies zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung erforderlich ist und ggfs. nach vier Wochen aus der Haft entlassen zu müssen, wenn es nicht zu einer Entscheidung des Bundesamts kommt. Sinnvoll wäre es, parallel zu den Regelungen des § 14 eine Anordnung oder Aufrechterhaltung einer Sicherungshaft zur Durchsetzung einer im Falle der Ablehnung des Asylantrags vollziehbaren Ausreisepflicht vorzusehen und zur Vorbereitung einer Ingewahrsamnahme, wie bereits in § 62 c Abs. 4 vorgesehen, zu ermöglichen.

Dagegen können unionsrechtliche Einwendungen im Hinblick auf Art. 8 der Aufnahmerichtlinie vorgebracht werden. Der grundsätzliche Einwand, dass für die Dauer des Asylverfahrens keine Ausreisepflicht besteht und der Ausgang des Asylverfahrens nicht präjudiziert werden kann, ist gewichtig und hat letztlich auch dazu geführt, dass in der Aufnahmerichtlinie die Sicherung der Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Asylantragsstellers nur in dem Kontext eines eingeleiteten Rückkehrverfahrens nach der Rückführungsrichtlinie ausdrücklich erfasst ist. Dies steht aber m.E. der Erweiterung des Anwendungsbereichs des §14 AsylG auf Asylantragsteller, die sich nicht in Haft befinden, im Fall einer Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht entgegen. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass auch § 14 AsylG seiner Grundstruktur nach den Ausgang eines Asylverfahrens präjudiziert, indem davon ausgegangen wird, dass in einem relativ kurzen Zeitraum entschieden und gegen den Ausländer eine Abschiebungsandrohung erlassen werden kann. Dieselbe Annahme liegt auch § 62c zugrunde, weil die Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung ja nur dann zum Tragen kommt, wenn der Asylantrag erfolglos bleibt, was in den Fällen des § 62 c unterstellt wird.

Auch das Unionsrecht lässt insoweit Regelungsspielräume, die allerdings mit Art. 8 Abs. 3 RL 2013/33 in Einklang stehen müssen. Art. 8 Abs. 3 e ist im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und die EuGH Rechtsprechung so zu verstehen, dass im Hinblick auf die Verhängung einer Abschiebungshaft zur Sicherung der Abschiebung eine Haftanordnung zulässig ist bzw. angeordnet werden kann, wenn die Verhinderung der Durchsetzung der Ausreisepflicht zu befürchten ist. Diese Regelung kann aber im Hinblick auf das hohe Interesse an der Rückführung illegal aufhältiger Ausländer nicht auf den Regelfall eines laufenden Rückführungsverfahrens beschränkt werden,

Davon geht jedenfalls auch § 14 Abs. 3 AsylG aus, wenn angeordnet wird, dass die Asylantragstellung der Anordnung oder Fortdauer der Vorbereitungs- oder Sicherungshaft nicht entgegensteht, immer vorausgesetzt, dass die Voraussetzungen für die Haftanordnung oder –fortdauer nach § 62 AufenthG weiterhin vorliegen. Zwar wird für den Fall der Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (unerlaubte Einreise) grundsätzlich ein illegaler Voraufenthalt von einem Monat im Bundesgebiet verlangt. Das schließt aber nach Sinn und Zweck der Regelung nicht aus, dass bei Vorliegen anderer objektiver Anhaltspunkte für eine Vereitelungsabsicht eine Haftanordnung entsprechend der EuGH Rechtsprechung zulässig ist (vgl. hierzu Hailbronner, § 62 AufenthG, Stand April 2020, Rn. 291 ff.)

Für die Auslegung von Art. 8 e) ist daher relevant, dass der EuGH schon vor Inkrafttreten der Aufnahme richtlinie unter *öffentlicher Ordnung* neben der Gefährdung der Allgemeinheit und inneren Sicherheit auch das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Ausreisepflicht und die Verhinderung einer Vereitelung der Aufenthaltsbeendigung für ausreisepflichtige Ausländer einbezogen hat. Die Kodifizierung der Haftgründe in Art. 8 der RL 2013/2013schränkt daher die Haftanordnung gegenüber Asylantragstellern zur Sicherung der Durchsetzung einer Ausreisepflicht nicht ein. Ist bei einer Inhaftnahme nach § 62 Abs. 3 Nr. 2 (illegale Einreise) das Erfordernis des einmonatigen illegalen Voraufenthalts nicht erfüllt, so ist eine Haftfortdauer nach der Rückführungsrichtlinie auch dann zulässig, wenn berechtigte Gründe zu der Annahme bestehen, der Asylbewerber habe den Asylantrag nur gestellt, um die Durchsetzung der Ausreisepflicht zu verzögern oder zu vereiteln.

Diese Erwägungen sind m.E. auf die Situation eines Ausländers übertragbar, der unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eingereist ist und damit bereits unter Beweis gestellt hat, dass er nicht gewillt ist, einer Ausreisepflicht freiwillig nachzukommen und zusätzlich eine erhebliche Energie aufgewendet hat, um erneut in das Bundesgebiet illegal einzureisen. Dem lässt sich entgegenhalten, dass entscheidender Grund für die Haft in den Fällen des § 14 AsylG die Vermeidung mißbräuchlicher Asylantragstellung ist. Die bestehende Haft indiziert die Mißbräuchlichkeit der Asylbeantragung.

Einen wesentlichen Unterschied zur Asylantragstellung vor Haftanordnung begründet dies jedoch zumindest dann nicht, wenn anderweitige objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Asylantrag nur zum Zwecke des Unterlaufens der aus dem Einreise- und Aufenthaltsverbots resultierenden Ausreisepflicht gestellt wird. Sieht man solche Gründe nicht schon in der illegalen Einreise unter Verstoß gegen ein bestehendes Einreise- und Aufenthaltsverbot als gegeben an, so wird man solche qualifizierenden Gründe jedenfalls dann annehmen können, wenn das Einreiseverbot erst relativ kurze Zeit zurückliegt (und der Antragsteller keine plausiblen Gründe vorbringt, warum er nicht bereits früher Asyl beantragt hat, oder wenn das Einreise- und Aufenthaltsverbot auf strafbare Handlungen gestützt wird, oder wenn der Asylantrag aus anderen Gründen voraussichtlich keine Erfolgsaussichten hat (Herkunft aus sicheren Herkunftsstaaten, sicheren Drittstaaten usw., Identitätstäuschung, Verweis auf Vorschriften des AsylG)

Danach **könne § 14 AsylG** in der folgenden Weise ergänzt werden:

§ 14 Abs. 4.: Ist ein Ausländer unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG ins Bundesgebiet eingereist, und liegen die Voraussetzungen für eine Haftanordnung zur Sicherung der Abschiebung entsprechend Abs. 3 Nr. 1 bis 7 vor, steht die Asylantragstellung der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Haft nicht entgegen, Gründe für eine Anordnung der Haft zur Sicherung der Durchsetzung der Ausreisepflicht bei Ablehnung des Asylantrags bestehen, wenn das Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht länger als ein Jahr zurückliegt oder der Ausländer eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit darstellt oder aus den Gründen der §§ 29 und 30 AsylG die Ablehnung des Asylantrags als unzulässig oder offensichtlich unbegründet zu erwarten ist.

Zusätzlich ist es sinnvoll, die Regelung über den **Ausreisegewahrsam – wie im Entwurf vorgesehen** – in § 62b AufenthG auf den Fall der Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zu erweitern. Die bestehende Regelung erfasst nur den Fall einer Sicherung einer bereits bestehenden Abschiebungsanordnung und setzt die Durchführbarkeit der Abschiebung in einem Zeitraum von 10 Tagen voraus. Es wäre sinnvoll, diese Regelung unter Beibehaltung des 10 Tagezeitraums auf den Fall der illegalen Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zu erweitern, bis über die Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung nach § 14 Abs. 4 AsylG (Vorschlag) entschieden worden ist.

Fruthwilen, 31.10.2020

Kay Hailbronner