19. Wahlperiode

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Wortprotokoll
der 107. Sitzung

Ausschuss für Inneres und Heimat
Berlin, den 2. November 2020, 09:15 Uhr
Konrad-Adenauer-Str. 1
10557 Berlin
Paul-Löbe-Haus, Raum E 600

Vorsitz: Andrea Lindholz, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

BT-Drucksache 19/22848

Federführend:
Ausschuss für Inneres und Heimat

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ausschuss Digitale Agenda
Ausschuss für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen
Haushaltsausschuss (mb und § 96 GO)

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:
Abg. Alexander Throm [CDU/CSU]
Abg. Helge Lindh [SPD]
Abg. Jochen Haug [AfD]
Abg. Manuel Höferlin [FDP]
Abg. Ulla Jelpke [DIE LINKE.]
Abg. Filiz Polat [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Teilnehmerliste	3
II. Sachverständigenliste	4
III. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	5
IV. Anlagen	

Stellungnahmen der Sachverständigen

Stefan Keßler, Stellv. Direktor Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, Berlin	19(4)625 A	25
Dr. Georg Thiel, Präsident des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden	19(4)625 B	34
Dr. Philipp Wittmann, Verwaltungsgericht Karlsruhe	19(4)625 C	37
Christoph Tometten, LL.M., Rechtsanwalt, Berlin	19(4)625 D	72
Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner, Universität Konstanz	19(4)625 E	78
Prof. Dr. jur. Marcel Kau, Universität Konstanz	19(4)625 F	89

Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	**Stellvertretende Mitglieder**
CDU/CSU	Lindholz, Andrea Müller, Axel Throm, Alexander	
SPD	Lindh, Helge	
AfD	Wirth, Dr. Christian	
FDP	Strasser, Benjamin	
DIE LINKE.	Jelpke, Ulla	
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Polat, Filiz	
fraktionslos		

Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 2. November 2020, 09:15 Uhr
„Zensus“

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner
Universität Konstanz

Prof. Dr. jur. Marcel Kau
Universität Konstanz

Stefan Keßler
Stellv. Direktor des Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, Berlin

Dr. Georg Thiel
Präsident des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden

Christoph Tometten, LL.M.
Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Philipp Wittmann
Richter am Verwaltungsgericht Karlsruhe

Einziger Tagesordnungspunkt

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

BT-Drucksache 19/22848

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann darf ich Sie heute Morgen alle ganz herzlich begrüßen zu unserer 107. Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat zur Sachverständigenanhörung zum Zensus-Vorbereitungsgesetz und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes. Wir haben heute von den Sachverständigen alle zugeschaltet mit Ausnahme von Herrn Keßler, der hier im Saal ist. Grüß Gott, Herr Keßler. Bei allen anderen macht die Zuschaltung natürlich auch tatsächlich unter diesen Bedingungen Sinn, die nicht hier in Berlin vor Ort sitzen. Zugeschaltet sind uns Herr Professor Hailbronner, Herr Professor Kau, Herr Dr. Thiel, Herr Tometten und Herr Dr. Wittmann. Sind alle da sozusagen und können uns alle hören? Prima. Ich darf mich bei Ihnen allen auch ganz herzlich bedanken für die vorab eingereichten Stellungnahmen. Die Bundesregierung ist heute vertreten mit Herrn Weinbrenner und wir werden die Anhörung in einem Zwei-Stunden-Fenster von 9:15 Uhr bis 11:15 Uhr durchführen. Wie üblich wird unsere Anhörung per Videoschalte auch übertragen. Wir werden ein Wortprotokoll anfertigen, das dann auch wie üblich zusammen mit den Stellungnahmen übersandt wird und auch als Gesamtdrucksache dann zur Verfügung steht. Der eine oder andere von Ihnen war ja auch schon bei Anhörungen dabei. Wir werden zunächst alle Sachverständigen in alphabetischer Reihenfolge bitten, ein kurzes fünfminütiges Eingangsstatement abzugeben. Danach steigen wir in die Fragerunde der Fraktionen ein. Von den Fraktionen wird Frau Polat noch zu uns stoßen. Sie kommt ungefähr mit einer Viertelstunde Verspätung, hat sie ausrichten lassen, sodass alle Fraktionen dann auch vertreten sind. Wir schauen mal, ob wir ein oder zwei Fragerunden schaffen. Bei den Fragerunden ist es wie folgt: Es ist entweder möglich, zwei Fragen an einen Sachverständigen zu stellen, eine gleiche Frage an zwei Sachverständige oder an zwei Sachverständige jeweils eine unterschiedliche Frage. Wenn ich jetzt nichts vergessen habe und es keine Fragen mehr gibt, dann würden wir anfangen, und zwar mit den Eingangsstatements beginnend in dem Fall mit Herrn Professor Hailbronner.

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner** (Universität Konstanz): Guten Morgen, Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren. Die vorgeschlagene Regelung soll eine Regelungslücke schließen. Diese Regelungslücke ergibt sich daraus, dass nach geltendem Recht zwar auch gegenüber Ausländern, die sich in Haft befinden, die Haft aufrechterhalten oder neu angeordnet werden kann, wenn sie einen Asylantrag stellen. Der Gesetzgeber geht in § 14 Asylgesetz davon aus, dass es nicht möglich sein soll, sich allein durch Antragstellung der Haft zu entziehen, wenn ansonsten ein Grund für eine Haft vorliegt, etwa die Befürchtung besteht, dass der Ausländer sich der Ausreisepflicht durch Untertauchen entziehen könnte. Im Fall einer Einreise entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot wird im Übrigen vermutet, dass ein solcher Grund vorliegt und das rechtfertigt deshalb regelmäßig die Haft. Dies ist aber dann nicht möglich, wenn der Ausländer nach der illegalen Einreise einen Asylantrag stellt und damit eine Aufenthaltsgestattung erlangt. Eine Anordnung der Haft zur Sicherung der Abschiebung ist nämlich nach herrschender Meinung nur zulässig, wenn der Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist. Das ist hier nicht der Fall, weil die mit der Asylantragstellung verbundene Aufenthaltsgestattung die Ausreisepflicht ausschließt. Ein Asylantragsteller wird aber erst dann wieder ausreisepflichtig, wenn sein Asylantrag abgewiesen wird. Die Erfolgsaussichten eines Asylantrags sollen im Allgemeinen nicht durch eine Haft zur Sicherung der Abschiebung präjudiziert werden, es sei denn, dass eine Asylantragstellung nur dazu dient, eine voraussehbare Ablehnung des Asylantrags und die Abschiebung zu vereiteln, insbesondere durch Untertauchen. Nun entscheiden, wie es die Gesetzesbegründung ja darlegt, externe Faktoren darüber, ob die Asylantragstellung der Inhaftierung nachfolgt – in diesem Fall gilt § 14 Asylgesetz – oder ob die Haft nach Asylantragstellung beantragt wird. Dazu ist zu bemerken, dass die Behörden verpflichtet sind, beschleunigt einen Ankunftsnachweis auszustellen, wenn Asyl beantragt wird. Der Ankunftsnachweis löst damit die Aufenthaltsgestattung aus.

Hier setzt die neue Vorschrift an, indem sie es ermöglicht, auch gegenüber bereits im Besitz einer

Aufenthaltsgestattung befindliche Asylantragssteller in Haft zu nehmen mittels einer sogenannten ergänzenden Vorbereitungshaft, die zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung dienen soll. Damit soll eine rasche Ablehnung eines typischerweise aus sachfremden Motiven gestellten Antrags ermöglicht werden. Ist der Asylantrag abgelehnt, kann mittels einer Anordnung der Sicherungshaft die Abschiebung durchgesetzt werden. Auf die Modalitäten der Vorbereitungshaft sind im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie auf die Abschiebungshaft gegenüber Asylbewerbern anwendbar. Bezüglich der Voraussetzungen für diese ergänzende Vorbereitungshaft gibt es aber doch erhebliche Unterschiede. Die Vorbereitungshaft ist, wie schon der Name sagt, auf die Vorbereitung der behördlichen Abschiebungsandrohung beschränkt, die zugleich mit der Ablehnung des Asylantrags erfolgt. Zum anderen ist sie nur zulässig, wenn von dem Ausländer erhebliche Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgehen. Das ist ganz offensichtlich der Herstellung einer Vereinbarkeit der Neuregelung mit der EU-Aufenthaltsrichtlinie geschuldet, die als einen neben mehreren anderen Gründen die Gefahrenabwehr erwähnt. Letztendlich unterscheidet sich daher die Vorbereitungshaft inhaltlich doch erheblich von der Regelung des § 14 Asylgesetz, die keinen neuen Haftatbestand aufführt, sondern die Aufrechterhaltung von Haft aus dem § 62 Absatz 3 Aufenthaltsgesetz genannten Haftgründen vorsieht. In diesen Unterschieden liegen meines Erachtens aber auch gewisse rechtspolitische Schwachpunkte der Regelung. Warum ein neuer Haftgrund der Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung, wenn es der Sache nach nur um die Herstellung einer Parallelität mit § 14 Asylgesetz geht und warum eine Beschränkung auf höchstgefährliche Ausländer, die nach vier Wochen aus der Vorbereitungshaft zu entlassen sind, wenn nicht U-Haft angeordnet werden kann? Dazu ist es eigentlich unerlässlich, in die höchstkomplexe Materie der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Haftanordnung gegenüber Asylantragstellern während des Asylverfahrens einzusteigen.

Unproblematisch ist meines Erachtens der in Artikel 8 der Aufnahmerichtlinie ausdrücklich aufgeführte Fall der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit. Im Übrigen sind nach meiner Meinung die auf die verfassungs-, unions- und völkerrechtliche Zulässigkeit der geplanten Regelung gestützten Einwände der Unverhältnismäßigkeit nicht begründet, wobei im Wesentlichen auf die gleichen Erwägungen verwiesen werden kann, die zu § 14 Asylgesetz aus der Literatur und aus der Rechtsprechung bekannt sind. Die Interessenlage ist nicht wesentlich verschieden. Auch dem unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eingereisten Ausländer wird eine uneingeschränkte Prüfung seines Schutzanspruchs zuteil. Die Umstände, unter denen ein Schutzanspruch geltend gemacht wird, rechtfertigen aber meines Erachtens eine Einschränkung seiner persönlichen Freiheit. Dennoch, richtig ist, dass die Rechtslage komplex ist, zumal die Einschränkungstatbestände der Aufnahmerichtlinie unbestimmt sind und Auslegungsspielräume eröffnen. Das gilt in noch stärkerem Maße, wenn die Erwägungen, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) immer wieder zur Gewichtigkeit der Durchsetzung einer Ausreisepflicht anwendet, berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention), auf die der EuGH auch bei der Auslegung der Haftgründe des Artikel 8 Aufnahmerichtlinie verweist, ist meines Erachtens allerdings auch eine Haftanordnung gegenüber Asylantragstellern, die entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot eingereist sind, zulässig, wenn dies zur Sicherung der Abschiebung im Falle der Ablehnung einer typischerweise aus sachfremden Gesichtspunkten gestellten Asylbeantragung erforderlich ist. Die Sicherung der Durchsetzung der Ausreisepflicht illegal aufhältiger Ausländer würde meines Erachtens eine über die vorgeschlagene Regelung hinausgehende Anordnung von Sicherungshaft erlauben, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Asylantrag aus sachfremden Motiven gestellt wird, um das Einreise- und Aufenthaltsverbot zu unterlaufen und sich einer Ausreisepflicht nach Ablehnung des Asylantrags zu entziehen. Solche Gesichtspunkte und solche Anhaltspunkte könnten meines Erachtens typisierend festgelegt werden. Zum einen die Gefährdung der Allgemeinheit und inneren Sicherheit, zum anderen aber auch der Zeitraum, der nach Erlass des Einreise- und Aufenthaltsverbots verstrichen ist und zuletzt die im Asylgesetz auch verankerten Gründe für eine Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet oder unzulässig. Im Übrigen könnte eine Regelung erfolgen in Anlehnung an die bereits vorgeschlagene Regelung in § 62c, die eine Anordnung des Gewahrsams zur

Sicherung einer solchen Abschiebungshaftanordnung vorsieht. Das ist wie gesagt bereits in § 62c Absatz 3 vorgesehen, allerdings für den Fall der ergänzenden Vorbereitungshaft. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Hailbronner, vielen herzlichen Dank. Herr Professor Kau ist der nächste.

SV **Prof. Dr. jur. Marcel Kau** (Universität Konstanz): Vielen Dank. Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren, tatsächlich handelt es sich bei der nun vorgesehenen Vorschrift des § 62c um eine Schließung einer spezifischen Regelungslücke. Diese Schließung hängt meines Erachtens durchaus auch mit der Glaubwürdigkeit und Legitimität der gegenwärtigen Migrationspolitik zusammen und ist zudem auch noch unionsrechtlich überlagert, wie wir eben schon von Herrn Professor Hailbronner gehört haben. Insbesondere ist im Artikel 11 der Rückführungsrichtlinie grundsätzlich vorgesehen, dass ein Einreiseverbot bei Rückführungsmaßnahmen angeordnet werden soll. Dieses letztlich auch aufrechtzuerhalten und durchzusetzen und diesem Ansatz auch Substanz zu verleihen, das ist die Aufgabe der neuen Regelung. Worauf ich nochmal aufmerksam machen möchte: Es handelt sich beim § 62c nicht um eine völlig losgelöste Regelung, sondern sie ist in die Systematik der Abschiebungshaft, wie sie in den §§ 62 ff. Aufenthaltsgesetz geregelt ist, tief eingebettet. Das heißt also, alle auch dort geltenden, etwa verfassungs- oder verfahrensrechtlichen Anforderungen, wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Gebot der Zweckerreichung, das Gebot der kürzesten Haftdauer, der Grundsatz der allgemeinen Verfahrensbeschleunigung, finden auch auf die ergänzende Vorbereitungshaft Anwendung. Das heißt also, schon allein durch diese systematische Einbettung haben wir entsprechende rechtliche Vorgaben. Hinzu kommt, dass der § 62c selber eine Fülle von detaillierten Anforderungen enthält, das heißt, er gilt nicht generell, sondern sowieso nur, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 angeordnet worden ist. Das bedeutet, er wird nicht zur Standardmaßnahme im Bereich des Asylverfahrens werden. Es handelt sich dabei um ein sehr spezielles Instrument für sehr besonders gelagerte Einzelfälle.

Ich habe in der schriftlichen Ausfertigung geschrieben, im Grunde genommen betrifft er wahrscheinlich nur hochgefährliche Terroristen und umfangreich vorbestrafte Schwerverbrecher. Das heißt also, der § 62c hat eine sehr begrenzte Anwendung. Auch die Dauer der Vorbereitungshaft ist über das, was für die übrigen Formen der Abschiebungshaft gilt, nochmal genauer gefasst. Auch hier geht es um eine sehr verhältnismäßig ausgestaltete Anordnung, das heißt: eine möglichst kurze und mit dem Asylverfahren abgestimmte Haftdauer ist vorgesehen. Auch gegen die richterliche Anordnung ist überhaupt nichts einzuwenden. Das ist ein hoher rechtsstaatlicher Maßstab. Der Absatz 4 sieht Möglichkeiten vor, ausnahmsweise auch ohne richterliche Anordnung vorzugehen. Allerdings muss in diesen Fällen die richterliche Anordnung unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, nachgeholt werden. Auch das führt zu hohen rechtsstaatlichen Anforderungen, die es zu berücksichtigen gilt. Das Problem in diesem Bereich – das erfasst aber auch die übrigen Abschiebungstatbestände – ist die Frage der speziellen Abschiebungseinrichtungen. Hier erweckt der § 62c Absatz 3 den Eindruck, als sei hier alles bestens. Vor allem auch die Gesetzesbegründung stellt es so da, als ob man sich hier voll im Einklang mit der Rückführungsrichtlinie befände. Tatsächlich gibt es solche speziellen Abschiebungshafteinrichtungen in Deutschland nicht. Das ist schon vor einigen Jahren vom Europäischen Gerichtshof beanstandet worden. Das wird auch immer mal wieder vom Bundesgerichtshof in Deutschland, wenn es um die Anordnung von Abschiebungshaft geht, beanstandet. Der Gesetzgeber beziehungsweise der Haushaltsgesetzgeber sollte die Gelegenheit nutzen, hier entsprechende Mittel bereitzustellen, um solche speziellen Hafteinrichtungen zu schaffen. Das Mindeste – und davon geht auch der Gesetzentwurf aus – ist eben die Unterbringung in normalen Justizvollzugsanstalten, aber dort im getrennten Rahmen.

Im Resümee sind keine verfassungsrechtlichen oder unionsrechtlichen Aspekte zu sehen, die gegen die getroffenen Regelungen sprechen. Dass die Regelungen sehr komplex sind, dass die Regelungen sicherlich auch in der Anwendung aufgrund ihrer Komplexität auf eine sehr überschaubare Anzahl von speziellen Fällen begrenzt sein werden, davon können wir, glaube ich, ausgehen. Aber das ist natürlich auch hier gesetzgebungs- oder entstehungsgeschichtlich dadurch begründet, dass man eben spezielle Einzelfälle dieser Art

gehabt hat, insbesondere den Fall Miri aus Bremen, in dem man hiermit Abhilfe schaffen wollte. Dementsprechend spezifisch und einzelfallorientiert sind auch die Regelungen ausgefallen. Herr Professor Hailbronner hat sicherlich damit Recht, dass die Regeln zur Abschiebungshaft dadurch insgesamt nicht einfacher oder einfacher zu handhaben werden. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Kau, vielen herzlichen Dank. Dann kämen wir jetzt zu Herrn Dr. Thiel.

SV **Dr. Georg Thiel** (Präsident des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren, ich führe Sie jetzt in den Bereich des Gesetzes zum Zensus. Der Zensus ist aktuell die größte Erhebung, die wir in der amtlichen Statistik in Deutschland durchführen und ein außerordentlich wichtiges Projekt. Der Zensus wird alle zehn Jahre nach Vorgabe von EU-Recht und UN-Empfehlungen durchgeführt. Und schon diese lange Frist der Intervalle bedeutet eine ausgesprochene Herausforderung für die Organisation, für die Technik und für die fachliche Umsetzung in diesem Bereich. Die Ergebnisse des Zensus werden vielfältig gebraucht. Sie werden gebraucht für den Länderfinanzausgleich, für die kommunalen Finanzausgleiche und nicht zuletzt auch für die Bevölkerungsberechnung und für die Wahlkreiseinteilung bei Bundestagswahlen.

Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern führen wir in Deutschland einen sogenannten registergestützten Zensus durch. Insbesondere die nordischen Länder führen einen komplett registerbasierten Zensus durch, beziehen sich also nicht mehr auf Primärerhebungen und registergestützte Erhebungen wie wir in Deutschland, sondern sie beziehen sich nur auf die Register. Das führt in den anderen europäischen Staaten zu einer wesentlich leichteren und schnelleren Vorbereitung. Das wird in Zukunft noch wesentlich größere Bedeutung haben, denn aus Europa kommen Forderungen, die Bevölkerungszahl zumindest nicht alle zehn Jahre zur Verfügung zu stellen aufgrund einer Erhebung, sondern unter diesem Zehnjahresintervall zum Beispiel in Zwei- oder in Vierjahresintervallen.

Im Jahr 2018 hat das Bundesverfassungsgericht sich mit dem Zensus 2011 befasst und sowohl die Methodik wie die Durchführung als verfassungsgemäß erklärt. Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht den Statistischen Ämtern aber auch ins Stammbuch geschrieben, dass die Methodik dort, wo notwendig, weiterzuentwickeln ist. Die aktuelle Pandemie zeigt die Grenzen einer primärstatistischen Erhebung sehr gut auf. Wir können in dieser Phase nicht von Haus zu Haus gehen und alles erheben.

Jetzt möchte ich kurz darstellen, wie die Pandemie Auswirkungen auf den derzeitigen Umsetzungsstand des Zensus 2021 hat. Auf der einen Seite haben viele Statistische Ämter Personal für andere Aufgaben, zum Beispiel zur Unterstützung der Gesundheitsämter, abgezogen. Darüber hinaus arbeiten wir in der Statistik in einem Hochsicherheitsbereich mit den Daten. Ein Arbeiten in diesem Hochsicherheitsbereich ist Remote, also von zu Hause von anderen Arbeitsplätzen, nur eingeschränkt möglich. Das führt natürlich zu erheblichen Verzögerungen bei den vorbereitenden Arbeiten.

Und der letzte wichtige Punkt ist die Einrichtung der Erhebungsstellen: Dass Personen von Haustür zu Haustür gehen zum Checken, ob die Angaben richtig sind oder die Angaben vervollständigen, ist unter Pandemiebedingungen schwer möglich. Aus diesem Grund ist die Verschiebung des Stichtages um ein Jahr nach meiner Einschätzung eine ganz zwingende Voraussetzung, weil ansonsten die Qualitätsanforderungen für einen solchen Zensus nicht zu erreichen gewesen wären.

Im EU-Vergleich sieht es im Moment wie folgt aus: Verschiedene Länder haben erste zeitliche Verzögerungen der EU angezeigt. Eine Komplettverschiebung um ein Jahr hat nach unserem Kenntnisstand bisher nur Irland geplant. Wir werden, um die europäische Lieferverpflichtung aufrechtzuerhalten, vom Stichtag im Jahr 2022 rückrechnen auf den Bevölkerungsstand 2021. Wir sind derzeit mit der EU in entsprechenden Verhandlungen, um zu gewährleisten, dass diese Rückrechnung sowohl den qualitativen wie den liefermäßigen Verpflichtungen Genüge tut. Insofern mein kurzes Eingangsstatement zum Zensus. Vielen Dank, Frau Vorsitzende.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Dr. Thiel, vielen Dank. Jetzt Herr Keßler, bitte.

SV **Stefan Keßler** (Stellv. Direktor des Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, Berlin): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. In fünf Minuten kann ich eine umfangreiche Stellungnahme natürlich nur in Stichworten zusammenfassen oder einige Stichworte hervorheben. Ich werde wie zwei meiner Vorredner nur auf den § 62c eingehen und eine Bemerkung zum Vorschlag des Bundesrates machen. Ansonsten werde ich mich natürlich zum Zensus mangels Kompetenz nicht äußern. Allerdings sei mir die Vorbemerkung erlaubt, die Vermengung der Zensusverschiebung und die ergänzende Vorbereitungshaft haben aus meiner Sicht nichts miteinander zu tun. Ihre Vermischung ist problematisch, vor allem, weil die Regelung zur Zensusverschiebung eilbedürftig sein mag, das will ich gar nicht in Abrede stellen. Die Regelung zur ergänzenden Vorbereitungshaft scheint mir nicht eilbedürftig zu sein.

Für die vorgesehene Regelung des § 62c gibt es erkennbar keine Evidenzbasis. Die Zahl von 45 Fällen pro Jahr, wie sie in der Gesetzesbegründung genannt wird, ist erkennbar aus der Luft gegriffen. Für sie gibt es keinerlei Begründung und die ist auch nicht irgendwo anders zu ersehen. Von einer Person – und hier kommen wir nochmal zu dem Kreis der Betroffenen der neuen Regelung –, die nach § 54 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz ausgewiesen worden ist, gehen nicht automatisch erhebliche Gefahren für Leib und Leben Dritter oder für die öffentliche Sicherheit aus. Die Vermengung dieser Personengruppe mit Personen, von denen tatsächlich erhebliche Gefahren ausgehen, ist – ich drücke es mal höflich aus – nicht sachgerecht. Eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit wird nirgendwo klar definiert. Trotzdem soll die Einstufung als gefährliche Person oder vulgo Gefährder zur ergänzenden Vorbereitungshaft führen. Das wird in der Praxis, wenn man sich dann einzelne Haftanträge und einzelne Fälle anguckt, zu erheblichen Definitions- und Abgrenzungsproblemen führen. Ich bestreite und habe es auch begründet in der Stellungnahme, dass die vorgesehene Vorschrift mit Unionsrecht vereinbar ist. Insbesondere ist sie nicht vereinbar mit den Haftregelungen aus der Aufnahmerichtlinie oder der Rückführungsrichtlinie. Besonders wichtig ist mir aber aus der Praxis, dass in der Haft kein sachgerechtes Asylverfahren durchgeführt werden kann. Es fehlt der klar geregelte Zugang zu Informationen und Beratung. Hier handelt es sich um Personen, die erstmals einen Asylantrag gestellt haben, das heißt, noch keine Erfahrung mit Asylverfahren haben und sich dementsprechend auch überhaupt nicht auskennen. Bedenken Sie bitte, Asylverfahren sind kompliziert, das weiß jeder, der in der Praxis damit zu tun hat. Ohne sachkundige Hilfe kommt man da nicht zurecht. Und deswegen sollte zumindest überlegt werden, wenn man das Ganze schon durchführen wird, eine automatische Beiordnung eines Rechtsbeistandes analog zum Flughafenverfahren vorzusehen. Weil in der Haft ohne das kein sachgerechtes Asylverfahren durchgeführt werden kann, wird die Voraussetzung, die der § 62c vorsieht, nämlich, dass die Haft zur Durchführung des Asylverfahrens erforderlich sein muss, nie erfüllt sein. Denn, wenn kein sachgerechtes Asylverfahren durchgeführt werden kann in der Haft, kann die Haft auch nicht zur Durchführung eines Asylverfahrens erforderlich sein.

Es fehlt weiterhin – und da hätten wir eine Regelungslücke, die eigentlich geschlossen werden müsste – die Klarstellung, welche Alternativen vor einer Haftanordnung eigentlich geprüft werden müssen. Und an die Adresse der Länder gerichtet: Die Begründung schätzt die Kosten für die Länder weitaus zu gering. Ich habe mit Erstaunen gesehen, dass für einen Fall eine Prüfung beim Haftrichter von 30 Minuten angesetzt worden ist. Ich hoffe doch sehr, dass ein Haftrichter, bevor er Abschiebungshaft verhängt oder Vorbereitungshaft verhängt, sich länger als 30 Minuten mit einem Fall beschäftigt. Sonst wäre das ein 08/15-Verfahren, das mit der Bedeutung der Freiheitseinschränkung nichts mehr zu tun hat. Und abschließend – wahrscheinlich wird mir jetzt der Herr Dr. Wittmann durch die Leitung springen, aber das riskiere ich jetzt mal – der Vorschlag des Bundesrates sollte zum Anlass genommen werden, die gerichtliche Zuständigkeit für die Abschiebungshaft zu überprüfen. Also nicht nur die gerichtliche Zuständigkeit für die Durchsuchung, sondern auch die gerichtliche Zuständigkeit für die Abschiebungshaft. Wir stellen immer wieder fest, dass angesichts der Komplexität der ausländerrechtlichen Materie gerade Amtsgerichte doch überfordert sind. Hier sollte man zumindest mal diskutieren, ob die Zuständigkeit für eine Haftanordnung in diesen Fällen nicht besser bei den Verwaltungsgerichten anzusiedeln wäre. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank auch, Herr Keßler. Wir schauen mal, ob Herr Dr. Wittmann uns nachher durch die Leitung springt. Vorher kommt allerdings noch Herr Tometten an die Reihe. Bitte schön.

SV **Christoph Tometten** (Rechtsanwalt, Berlin): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich bedanke mich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Als Rechtsanwalt mit migrationsrechtlichem Schwerpunkt habe ich natürlich keine spezifische Expertise zu Fragen des Zensus und werde mich daher auch auf die ergänzende Vorbereitungshaft beschränken. Meine Vorredner haben bereits skizziert, dass der Regelungsvorschlag die Inhaftierung von Ausländern ermöglicht, die sich trotz eines Einreise- und Aufenthaltsverbots im Bundesgebiet aufhalten, vor ihrer Inhaftierung einen Asylantrag stellen, über den noch nicht entschieden worden ist und von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder für bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht oder die aufgrund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses ausgewiesen worden sind. Dieser Regelung bedarf es für den Bereich der Terrorismusabwehr meines Erachtens nicht, weil zur Abwehr einer terroristischen Gefahr bereits jetzt Abschiebungsanordnung gemäß § 58a Aufenthaltsgesetz erlassen werden kann und zur Vorbereitung, also durchaus bereits vor Erlass einer solchen Abschiebungsanordnung, bereits jetzt die sogenannte Vorbereitungshaft nach § 62 Absatz 2 Aufenthaltsgesetz in Betracht kommt. Eine weitere Haftregelung ist in diesem Bereich, also im Bereich der Terrorismusabwehr, eben überflüssig. Auch im Hinblick auf Ausländer, die im Bundesgebiet zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, die nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, bedarf es dieser Regelung meines Erachtens nicht, da in diesen Fällen die Abschiebung, also die erste Abschiebung vor einer Wiedereinreise, in aller Regel aus dem Justizvollzug erfolgt, und zwar vor Verbüßung der gesamten Strafe. Das regelt § 456a Absatz 1 der Strafprozessordnung. Wenn die Betroffenen anschließend trotz Einreise- und Aufenthaltsverbot wieder einreisen, kann die Reststrafe unabhängig von einem Asylantrag weiter vollstreckt werden. Das ergibt sich aus § 456a Absatz 2 Satz 1 der Strafprozessordnung, also ist auch insoweit eine weitere Haftregelung überflüssig.

Wir sprechen also gerade nicht über Fälle von herausragender Bedeutung für die öffentliche Sicherheit und wir sprechen insbesondere nicht über den Fall der Wiedereinreise eines Ibrahim Miri, der hier Anlass für den Gesetzentwurf war. Die bestehenden Regelungen waren ja in diesem Fall auch ausreichend, um die erneute Abschiebung durchzuführen. Anders als Professor Kau meint, würde die ergänzende Vorbereitungshaft meines Erachtens in erster Linie Ausländer betreffen, die zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden sind und anschließend abgeschoben wurden. Also zum Beispiel das fiktive Beispiel eines türkischen Staatsangehörigen, der als 17-Jähriger wegen eines Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Jugendstrafe von einem Jahr verurteilt worden ist, die zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Obwohl er die Bewährungsauflagen einwandfrei erfüllt, wird er kurz nach Vollendung der Volljährigkeit abgeschoben, weil seine Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert wird, weil er eben die Voraussetzungen für die Verlängerung nicht erfüllt. Damit geht ein Einreiseverbot – nehmen wir an von 24 Monaten – einher. Kurz vor Ablauf dieser 24 Monate reist er wieder ins Bundesgebiet ein, beantragt Asyl, weil er wegen seiner Kritik an der türkischen Regierung ins Visier der dortigen Behörden geraten ist. Ob diesem türkischen Staatsangehörigen jetzt Asyl zu gewähren ist, das muss natürlich im Detail geprüft werden. Die Anerkennungsquote bei türkischen Staatsangehörigen ist allerdings nicht ganz so niedrig. Es ist also nicht völlig fernliegend, dass das Asylverfahren in diesem Fall zum Erfolg führt. Soll er nun während dieses Asylverfahrens wegen der Regelung in § 62c Aufenthaltsgesetz inhaftiert werden? Nach dem Regelungsvorschlag, ja. Ich halte das für unverhältnismäßig. Anders als Professor Hailbronner meint, indiziert die Wiedereinreise trotz Einreiseverbot gerade nicht – das zeigt dieses Beispiel –, dass der Asylantrag von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg ist oder gar missbräuchlich ist. Zudem wäre die Inhaftierung in solchen Fällen unionsrechtswidrig. In Artikel 8 Absatz 3 der Aufnahmerichtlinie ist abschließend geregelt, in welchen Fällen Schutzsuchende im laufenden Asylverfahren in Haft genommen werden können. Einschlägig wäre hier allenfalls die Regelung in Buchstabe e, nämlich die Inhaftierung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung. Anders wiederum als Professor Hailbronner meint,

soll damit aber lediglich sichergestellt werden, dass Schutzsuchende aufgrund allgemeiner straf- und gefahrenabwehrrechtlicher Regelungen inhaftiert werden können, also beispielsweise nach den allgemeinen Regelungen in Untersuchungshaft, in Strafhaft und polizeilichem Gewahrsam nach den Regelungen der Länder genommen werden können. Der Regelungsvorschlag enthält aber gerade keine solche allgemeine Regelung daraus, dass er eben nur bestimmte Ausländergruppen trifft, nicht mal alle Ausländer und erst recht keine Deutschen und diese Ausländer, die er betrifft, von anderen eben sich nicht durch gefahrenabwehrrechtlich relevante Merkmale unterscheiden.

Darüber hinaus steht der Regelungsvorschlag nach meinem Dafürhalten im Widerspruch zu den Regelungen in §§ 34, 36, 38 Asylgesetz und § 59 Aufenthaltsgesetz, wonach vor einer Abschiebung eine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt werden muss. Das gilt auch in Fällen der Ablehnung als unzulässig oder der Ablehnung als offensichtlich unbegründet. Nur in seltenen Ausnahmefällen darf davon abgesehen werden. Eine solche Frist zur freiwilligen Ausreise muss aber auch genutzt werden können, sonst läuft sie ins Leere. Im Falle einer Inhaftierung ist das aber nicht gewährleistet. Ich komme zum Schluss. Statt zu versuchen, die Abschiebungshaft zu erweitern, wäre es meines Erachtens sinnvoll gewesen, Alternativen zur Haft endlich gesetzlich zu typisieren. Dieses Versäumnis ist der eigentliche rechtspolitische Schwachpunkt der Regelung. Behörden und Gerichte müssen schon jetzt in jedem Einzelfall prüfen, ob der Zweck der Abschiebungshaft durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. So ist es ausdrücklich in § 62 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz geregelt. Die Regelung in § 62 Absatz 1 lässt jedoch offen, welche milderen Mittel da in Betracht kommen. Das führt bei der Abschiebungshaft zu einer außerordentlich hohen Erfolgsquote vor Gericht. Daran verdient die Anwaltschaft. Sinnvoll ist das aber nicht. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Herr Dr. Wittmann, bitte.

SV **Dr. Philipp Wittmann** (Verwaltungsgericht Karlsruhe): Sehr geehrte Ausschussvorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, vielen Dank für diese Gelegenheit zur Stellungnahme. Es trifft zu, dass sich ein ausreisepflichtiger Ausländer, der die Voraussetzungen für die Verhängung von Abschiebungshaft in Form der Sicherungshaft erfüllt, durch die Stellung eines Asylantrags der Abschiebungshaft entziehen kann. Dies ist allerdings nicht in erster Linie die Folge einer zu schließenden Gesetzeslücke, sondern ein bewusstes Gestaltungsmerkmal des deutschen und europäischen Haftrechts. Dessen zentrales Wesensmerkmal ist es, dass Abschiebungshaft nur dann verhängt werden kann, wenn eine Abschiebung in absehbarer Zeit erfolgen kann. Die Stellung eines Asylantrages begründet zunächst jedoch ein Bleiberecht für die Dauer des Asylverfahrens, da eine Abschiebung ohne Prüfung der behaupteten Verfolgungsgründe nicht mit menschenrechtlichen Grundprinzipien vereinbar wäre. Nach allgemeinen Grundsätzen des Haftrechts kann ein Asylbewerber daher grundsätzlich nicht in Abschiebungshaft genommen werden, weil weder der Ausgang noch die Dauer des Asylverfahrens feststehen. Darüber hinaus regelt das europäische Recht ausdrücklich, dass ein Ausländer nicht gerade wegen der Asylantragstellung in Haft genommen werden darf. Es reagiert dabei auf Staaten wie zum Beispiel Ungarn, die Flüchtlingen generell mit Misstrauen begegnen und daher zu Recht unter erheblicher Kritik stehen.

Zu diesen Grundsätzen gibt es gesetzliche Ausnahmen. So ermöglicht es die Aufnahmerichtlinie, einen Asylbewerber in Haft zu nehmen, wenn er sich im Zeitpunkt der Asylantragstellung bereits in Haft befindet und kumulativ hierzu Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Antragstellung bestehen. Der umgekehrte Fall, in dem die Asylantragstellung der Inhaftnahme vorausgeht, ist unionsrechtlich aber gerade nicht ausdrücklich vorgesehen. Insofern beruht die gegenwärtige Rechtslage nicht auf einer Regelungslücke, sondern auf einer bewussten und grundsätzlich sinnvollen Wertentscheidung des Unionsgesetzgebers, die auch mit nationalen Wertungen übereinstimmt. Denn auch wertungsmäßig kann man hier gerade nicht aus dem Umstand, dass der Betroffene aus der Haft heraus einen Asylantrag stellt, schließen, dass er sich der Abschiebung entziehen will, denn es gibt ja eben noch keine konkret drohende Haft. Er weiß möglicherweise noch gar nichts von den Haftgründen. Wenn der Gesetzgeber diese Lücke dennoch schließen oder zumindest verengen will, muss er sich daher anderer im Unionsrecht vorgesehener Rechtfertigungsgründe bedienen. Tatsächlich sieht die Aufnahmerichtlinie hier eine Art

Präventivhaft für Gefährder vor. Eine solche Präventivhaft über längere Zeiträume entspricht jedoch nicht der deutschen Rechtstradition, ist für Gefährder mit deutscher Staatsangehörigkeit nicht vorgesehen und fiele zudem als reine gefahrenabwehrrechtliche Regelung ohne spezifischen Ausländerbezug in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Ob das Unionsrecht eine Hybridregelung zulässt, die eine im Unionsrecht ausdrücklich nicht vorgesehene Abschiebungshaft bei Asylantragsstellung vor Inhaftnahme mit der Gefährlichkeit des Betroffenen begründet, kann bis zu einer entsprechenden Entscheidung des EuGH kaum rechtssicher beurteilt werden. Ich bin hier allerdings deutlich skeptischer als zum Beispiel Herr Professor Hailbronner. Das kann funktionieren, es sind aber jedenfalls ergänzende Voraussetzungen zu beachten.

Wenn der Bundesgesetzgeber sich dieser Gefährderausnahme dennoch zu Zwecken der Abschiebungshaft bedienen will, tut er daher jedenfalls gut daran, auch die nationalen und internationalen Anforderungen an die Anordnung von Abschiebehaft einzuhalten und sicherzustellen, dass eine Inhaftnahme nur dann erfolgt, wenn eine Inhaftnahme auch ohne Asylantragstellung möglich gewesen wäre und zusätzlich, zum Beispiel aufgrund missbräuchlicher Asylantragstellung, ein zeitnahes Negativende des Asylverfahrens absehbar ist. Dies erfordert aber eine Festschreibung entsprechender Kriterien schon auf gesetzlicher Ebene, um dem zur Entscheidung berufenen Amtsrichter eine belastbare Abschiebungsprognose zu ermöglichen und eine verfassungsrechtlich unzulässige Inhaftierung „quasi auf Vorrat“ zu vermeiden. Soviel zu § 62c des Aufenthaltsgesetzes. Zum weiteren Regelungsvorschlag will ich nur ganz kurz etwas sagen. Ich muss Herrn Keßler erst enttäuschen, ich werde nicht durch die Leitung springen. Der Vorschlag einer Zuständigkeitskonzentration bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sinnvolle Gründe. Dem würde ich mich nicht generell verschließen. Es gibt aber auch gute Gründe, das nicht zu tun und ich glaube, dieses Gesetzgebungsverfahren ist nicht der richtige Anlass, diese allgemeine Frage zu diskutieren, die ja schon seit Jahren diskutiert wird. Jedenfalls aber macht es Sinn, beides in eine Hand zu geben. Und das wäre momentan die Hand des Amtsrichters. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann kommen wir zur Fragerunde. Bevor ich das Wort an die Fraktionen abgebe, würde ich selber gern zwei Fragen stellen. Eine Frage an Herrn Professor Hailbronner, ob er einfach nochmal zum Vorwurf Stellung nehmen kann, es könne so kein sachgerechtes Asylverfahren durchgeführt werden. Und an Herrn Professor Kau die Frage, ob die Haftgründe zu unbestimmt sind und die ganze Vorschrift eigentlich nicht nötig ist. Ich hatte Sie vorhin so verstanden, dass der Fall Miri durchaus zeigt, dass hier Regelungsbedarf oder Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers besteht. Vielleicht könnten Sie auf diesen Aspekt nochmal eingehen. Dann kämen wir zunächst zu Herrn Throm.

BE Abg. **Alexander Throm** (CDU/CSU): Zunächst guten Morgen, meine sehr verehrten Damen und Herren. Vielleicht eine kurze Bemerkung zu der kurzen Diskussion „Zuständigkeit Verwaltungsgerichte oder Amtsgerichte?“. Wenn ich das richtig sehe, hat der Bundesrat in der Tat darum gebeten, hier eine generelle Zuständigkeit herzustellen und hat auch vorgeschlagen, diese dann bei den Amtsgerichten vorzusehen, was ich auch persönlich als wesentlich sachgerechter ansehen würde. Jetzt zu den Fragenstellungen, insbesondere an den Herrn Professor Hailbronner. Herr Professor Hailbronner, es wird ja von Ihren Kollegen Sachverständigen kritisiert, dass hier ein sehr starker Eingriff in die Freiheitsrechte der betroffenen Personen mit einhergehen würde. Jetzt will man nur nochmal festhalten, dass es sich um Personen handeln muss, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder sonstige wichtige Rechtsgüter ausgehen. Vielleicht können Sie noch einmal darstellen, über welchen Zeithorizont wir bei dieser speziellen Vorbereitungshaft sprechen. Erste Frage.

Zweiter Punkt. Sie haben in Ihrer Stellungnahme und auch gerade nochmals in Ihrer Darstellung ausgeführt, dass Sie den Regelungsgehalt dieses § 62c neu für zu eng gefasst sehen würden. Und deswegen würde ich Sie bitten, uns nochmal darzustellen, wo Sie denn aus Ihrer Sicht, wenn Sie denn jetzt Gesetzgeber wären, diesen 62c entsprechend weiterfassen würden, wie das konkret dann aussehen müsste. Herzlichen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Herr Dr. Wirth.

Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Vielen Dank. Ich möchte mich der Frage der CDU anschließen und möchte von Herrn Professor Hailbronner vielleicht einige Ausführungen dazu haben, inwieweit es vorzugswürdig ist, dass das Verfahren bei den Amtsgerichten bleibt, da ich auch der Auffassung bin, dass dort die meiste Erfahrung ist. Und ich bin entgegen Herrn Keßler auch der Auffassung, dass 30 Minuten eigentlich für das Verfahren ausreichend sind, weil ja da nicht einbezogen wird, inwieweit der Haftrichter sich vorab mit diesem Verfahren beschäftigt, also Aktenstudium und so weiter. Das wäre meine Frage. Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Lindh.

BE Abg. **Helge Lindh** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Auch Ihnen allen einen guten Morgen und bleiben Sie gesund. Um noch kurz das zu konturieren: Für Außenstehende ist es ja auch nochmal wichtig, deutlich zu machen, was der Anlass oder der Hintergrund ist. Stichwort: Fall Miri beziehungsweise letztlich ja der Nachklapp des Falls Miri und eine infolge dessen diskutierte Regelungslücke im fachlichen wie auch zum Teil öffentlich und politisch diskutierten Raum ist ja der Ausgangspunkt. Und das wurde ja schon beschrieben, die Diagnose, die der Gesetzgebung zugrunde liegt, ist ja, dass in Fällen eines Einreise- und Aufenthaltsverbotes auch bei Fehlen einer Betretenserlaubnis es tatsächlich zu einer Lücke oder einer grundsätzlichen Lücke käme in Bezug auf den Fall der Antragstellung vor Inhaftnahme, vor der Haft. Und das ist sozusagen das Szenario, von dem wir ausgehen. Und vorgeschlagen wird ja als Instrument ein neuer § 62c, der dann an einen § 34 anknüpft, also Abschiebungsandrohung. In dem Kontext hätte ich zwei Fragen an Herrn Dr. Wittmann. Frage eins wäre, Sie haben sowohl in Ihrer schriftlichen Stellungnahme, als auch eben mündlich die Annahme einer solchen Regelungslücke zumindest – ich formuliere es mal so – kritisch gewürdigt und ja von einem Wertungsentscheid gesprochen, andererseits aber durchaus gewissen Regelungsbedarf und Regelungsmöglichkeiten benannt. Können Sie nochmal aus Ihrer Sicht genauer skizzieren, wo von Ihrer Perspektive aus durchaus Regelungslücken bestünden und gegebenenfalls in welcher Form? Stichwort, das Sie auch nennen, ist in Ihrer Stellungnahme § 14 Absatz 3, wie eine solche Antwort aussehen könnte alternativ zu der hier vorgeschlagenen. Frage zwei wäre in Bezug auf den geplanten § 62c: Wie könnten Sie vielleicht auch unter Nutzung der Begrifflichkeit Regelungslücke überschießend, aber vielleicht auch unvollständige, unzureichende Regelungen, die vorgeschlagenen Maßnahmen und den vorgeschlagenen Weg beurteilen und wo sehen Sie da einerseits ein mögliches Überschießen, andererseits aber Unvollständigkeit und mangelnde Regelungen?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Herr Strasser, bitte.

Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine erste Frage geht an Herrn Professor Dr. Kau. Sie hatten in Ihrer Stellungnahme ja darstellt, dass es hier beim § 62c neu vor allem um das Schließen einer Regelungslücke geht. Immer wieder in der Diskussion tauchen eigentlich zwei konkurrierende Normen auf. Mich würde das Verhältnis des § 62c neu aus Ihrer Sicht zu diesen zwei konkurrierenden Normen interessieren. Die eine Norm hat der Sachverständige Herr Tometten ja gerade vorhin eingebracht, also der § 58a Aufenthaltsgesetz, mit dem Hinweis, § 62c neu bräuchte es gar nicht, weil es ja den § 58a bereits gibt. Und die zweite Norm ist der Artikel 31 GFK (Genfer Flüchtlingskonvention), also das Verhältnis des § 62c zum Artikel 31 GFK, ob der Artikel 31 GFK dem entgegensteht. Meine zweite Frage geht an Herrn Dr. Thiel zum Zensus. Wir hatten im letzten parlamentarischen Verfahren zum Zensus 2021 ja einige offene Fragen, die noch nicht geklärt waren. Und eine dieser Fragen möchte ich gern rausgreifen. Die bezieht sich auf das Thema des Datenschutzes. Es gibt ja ganz allgemeine Fragen, wie dieser Datenschutz hinsichtlich Software, IT und so weiter im Verhältnis auch zu den Ländern gewährleistet werden kann und inwiefern hier das Statistische Bundesamt überhaupt Möglichkeiten hat, das zu kontrollieren. Deswegen die konkrete Frage an Sie: In Bezug auf welche konkreten Teile der Zensus-Durchführung ist das Statistische Bundesamt die verantwortliche Stelle im Sinne des Datenschutzes? Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): So, Frau Jelpke bitte.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Danke, Frau Vorsitzende. Meine beiden Fragen richten sich an Herrn Tometten. Und die erste Frage, da möchte

ich nochmal vertiefen den praktischen Anwendungsbereich beziehungsweise die Erforderlichkeit der neuen Vorschriften im Gesetzentwurf. Und hier vor allen Dingen, für welche Fälle diese Neuregelungen wirklich relevant sind. Sie haben ja schon einen Fall genannt, also den Fall des türkischen abgewiesenen oder ausgewiesenen Asylbewerbers, aber mich würden eben auch nochmal weitere Fälle interessieren, wo Sie eben vielleicht mal darstellen können, was bringt das wirklich Neues? Bringt das überhaupt was? Und wie passt das in die vorgegebenen Ziele des Gesetzgebers? Die zweite Frage geht nochmal um den Punkt Vereinbarkeit mit der Verfassung und dem Unionsrecht, also insbesondere die neu geregelten Fälle. Ist das vereinbar mit dem Grundsatz der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit, also Vermeidung von Haft als letztes Mittel und hier natürlich auch vor dem Hintergrund des Richtervorbehalts bei Inhaftierung? Also wird der tatsächlich eingehalten? Schönen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Jelpke, vielen Dank. Frau Polat, bitte.

BE Abg. **Filiz Polat** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Guten Morgen in die Runde. Meine Fragen gehen an Herrn Keßler. Zum einen würde mich interessieren, wie Sie aus Ihrer Sicht die sogenannte ergänzende Vorbereitungshaft, wie es im Gesetzestext heißt beziehungsweise Sie sprechen ja von einer aufenthaltsrechtlichen Präventivhaft in Ihrer Stellungnahme, wie ordnet die sich ein bei einer missbräuchlichen Asylantragstellung vor Inhaftnahme beziehungsweise der Gesetzgeber sagt, hier soll eben diese sogenannte Rechtslücke geschlossen werden bei missbräuchlicher Asylantragstellung vor der Inhaftnahme diese zu schließen. Und wie verhält sich das mit den in § 62c enthaltenen Haftgründen hinsichtlich der Vereinbarkeit des EU-Rechts? Herr Dr. Wittmann hat ja auch auf diese Kollision hingewiesen, spricht aber von möglicherweise Festschreibung von Kriterien. Ich nenne mal die Beschleunigung des Asylverfahrens oder eben sozusagen die Darlegung von konkreten Anhaltspunkten bzgl. einer missbräuchlichen Asylantragstellung. Wie können Sie das sozusagen aus der Praxis heraus vielleicht bewerten? Und die zweite Frage geht auch in Richtung des Einzelfalls von Ibrahim Miri, der nach erfolgter Abschiebung wieder eingereist ist und einen Asylantrag gestellt hat. Und wie bewerten Sie hier, dass dieser Einzelfall zugrunde gelegt wurde, um die Inhaftierungsmöglichkeiten nach Wiedereinreise in dieser Form auszuweiten, insbesondere im Lichte anderer Möglichkeiten, solche Einzelfälle zu adressieren, wie zum Beispiel der Priorisierung des Asylverfahrens sowohl im Verwaltungs- als auch im Gerichtsverfahren, wie im Fall Miri geschehen?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir zur Antwortrunde. Wieder in alphabetischer Reihenfolge. Wir beginnen mit Herrn Professor Hailbronner.

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner** (Universität Konstanz): Ich beginne mit der ersten Frage von Frau Lindholz. Sachgerechtes Asylverfahren möglich? Es ist alles richtig, was hier gesagt worden ist über die Anforderungen im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Garantie des Asylrechts, dass hier Zugang zu Rechtsberatung und Informationen gewährt werden muss. Alles richtig. Ich meine aber, dass die Haftanordnung dem nicht entgegensteht. Ich meine, dass ich in gewisser Weise auch dadurch bestätigt werde, dass sich verschiedentlich auch der EuGH mit der Frage befasst hat. Er hat allerdings nicht nähere Ausführungen dazu gemacht, aber in einer Entscheidung wird dann ganz deutlich gesagt, dass auch bei einer Inhaftnahme ein normales Asylverfahren möglich ist und dass deshalb die Haftanordnung nicht grundsätzlich der Fairness eines Asylverfahrens oder der vollen Aufklärung in einem Asylverfahren entgegensteht. Nur eine ganz kurze Bemerkung zum Völkerrecht. Die Genfer Flüchtlingskonvention spielt hier keine Rolle. Das Völkerrecht enthält überhaupt gar keine Anforderung, jedenfalls von Seiten der Genfer Konvention aus für das Verfahren. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, wie man aus der Genfer Konvention ableiten könnte, dass eine Haftanordnung als solche völkerrechtswidrig sein könnte. Eine allerletzte Bemerkung zu dem Thema: Vielleicht ist nicht allen, die hier versammelt sind, klar, dass die Europäische Kommission in einem Vorschlag zur Revision der Aufnahmerichtlinie davon ausgeht, dass eine Verfahrensmöglichkeit die Unterbringung von Asylbewerbern an der Grenze sein kann. Und dass für diesen Fall auch eine Festhaltung des Asylbewerbers an der Grenze vorgesehen werden kann, bis über die Einreise entschieden ist. Also, so abwegig kann dann die Vorstellung nicht sein, dass eine

zeitlich eng befristete Haft für unter Verstoß gegen ein Einreiseverbot eingereiste Asylantragsteller mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn die Kommission solche Vorschläge macht. Ob der Vorschlag sich durchsetzt, ist eine andere Frage.

Nächster Punkt von Herrn Throm, die Zeitdauer. Die Zeitdauer ist ganz klar, auch wie in dem Vorschlag § 62c die gleiche wie bei § 14 Asylgesetz, das heißt, im Prinzip geht der Gesetzgeber davon aus, dass man in relativ kurzer Zeit, nämlich in einem Zeitraum von vier Wochen, eine Entscheidung im Asylverfahren und eine Abschiebungsandrohung herbeiführen kann. Die gesetzliche Regelung ist völlig eindeutig, dass die Haftanordnung nur zur Sicherung der Durchführung des Asylverfahrens, genauer gesagt zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung, zulässig ist. Das heißt also, wenn das Asylverfahren erledigt ist, ist keine weitere Haftanordnung nach der neuen Vorschrift mehr zulässig, dann kann man allenfalls zu einer Haftanordnung zur Sicherung der Abschiebung übergehen. Warum ich glaube, dass der Vorschlag zu eng greift, liegt daran, dass ich meine, dass im Prinzip die Interessenlagen von § 14 Asylgesetz und die Interessenlage, die im § 62c geregelt werden soll, identisch sind. Ich denke, die Gesetzesbegründung geht eigentlich auch davon aus. Wenn das aber richtig ist, dann muss man doch die Frage stellen, warum der § 62c sehr viel enger ist als § 14 Asylgesetz, der allgemeiner auf die Gefährdung der Ausreisepflicht ausgerichtet ist, also etwa die Sicherung der Abschiebungshaft erfasst, wenn auch nur für kurze Zeiträume, aber doch sachlich weitergehend auf die Durchsetzung der Ausreisepflicht. Daher sollte man erwägen, ob man nicht unter Anpassung an die insofern unterschiedliche Situation, dass jemand bereits im Besitz einer Aufenthaltsgestattung ist, sich also im Prinzip im laufenden Asylverfahren befindet, ob hier nicht doch Konstellationen gegeben sind, in der es gerechtfertigt ist, über den Fall der Gefährdung hinausgehend auch eine Sicherungshaft zum Beispiel zur Durchsetzung der Ausreisepflicht, vorzusehen. Meines Erachtens ist der Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, der ja beinhaltet, dass sich im Prinzip bereits jemand im Bundesgebiet aufgehalten hat und dann wegen erheblicher Straftaten ausgewiesen worden ist, zumindest wird dies in 99 Prozent aller Fälle der Fall sein – das heißt jedenfalls dann, wenn das Einreiseverbot auf eine Ausweisung gestützt ist. Warum geht man eigentlich hier davon aus, dass der oder die betreffende Ausländer*in sich in der gleichen Situation befindet, wie jemand, gegen den ein Einreise- und Aufenthaltsverbot noch nicht ergangen ist und der bei seinem ersten Aufenthalt Asyl beantragt? Meines Erachtens liegt hier doch jedenfalls bei einem relativ kurz zurückliegenden Einreise- und Aufenthaltsverbot die Vermutung nahe, dass ein solcher Asylantrag aus sachfremden Motiven gestellt ist. Und das finde ich, ist auch durchaus ein Sachverhalt, der in der Rechtsprechung des EuGH als entscheidender Gesichtspunkt angesehen worden ist, um dem Interesse an der Durchsetzung einer Ausreisepflicht oder der Verhinderung, sich der Abschiebung zu entziehen, Vorrang einzuräumen gegenüber dem grundsätzlichen Interesse an der ungehinderten Durchführung eines Asylverfahrens, sodass ich glaube, dass man hier als weitere Haftgründe auch die Vereitelung der Ausreisepflicht berücksichtigen sollte und die Vorschrift entsprechend erweitern sollte. Ich habe ja mehrere Alternativen schriftlich angedeutet, insbesondere die offensichtlich unbegründeten Asylbegehren und der unzulässige Asylantrag sind meines Erachtens auch Sachverhalte, in eine Haftanordnung gerechtfertigt erscheint, wenn ein Antragsteller bereits unter Verstoß gegen Einreise- und Aufenthaltsverbot wieder in das Bundesgebiet eingereist ist und anschließend einen offensichtlich unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Antrag stellt. Hier besteht meines Erachtens kein vorrangiges Interesse des Asylbewerbers, dass er sich weiterhin in Freiheit befindet.

Letzter Punkt Verwaltungsgerichtsbarkeit/Ordentliche Gerichtsbarkeit. Also, ich persönlich bin der Meinung, sachlich würden eine ganze Reihe von Gründen für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte sprechen. Das liegt daran, dass hier eine enge Verbindung mit der Frage von Asylrecht und von Aufenthaltsrecht gegeben ist. Nun haben wir aber ja eine ordentliche Gerichtsbarkeit seit vielen Jahren im Bereich der Haftanordnung, auch in aufenthaltsrechtlichen Sachverhalten. Und deshalb wäre es meines Erachtens – da gebe ich Herrn Dr. Wittmann völlig Recht – unsinnig zu sagen, wir nehmen für den speziellen Fall eine Aufspaltung vor. Die Abschiebungshaft sollte zu Gänze in der Hand entweder der Amtsgerichte oder der Verwaltungsgerichte sein. Deshalb würde ich es auch für sinnvoll halten, wenn die Amtsgerichte für zuständig erklärt werden,

wenn man nicht global jetzt dieses Problem angeht und generell angeht und sagt, wir wollen also eine verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für Freiheitsentziehung in allen diesen aufenthaltsrechtlichen Bereichen. Aber das ist jetzt keine Frage, die hier entschieden werden muss. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Professor Kau, bitte.

SV **Prof. Dr. jur. Marcel Kau** (Universität Konstanz): Vielen Dank. Vielleicht zunächst zu Ihren Fragen, Frau Vorsitzende. Sind die Haftgründe zu unbestimmt? Es sind drei grundsätzliche Kategorien zu unterscheiden: Erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter, bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit und die Gründe des § 54. Sagen wir mal so, der Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ist im Recht und im Verwaltungsrecht insbesondere nichts Neues und Unbekanntes. Die Konkretisierung wird zunächst durch die Verwaltungsbehörden und dann in der Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte zu erfolgen haben. Man wird dabei an bestimmte Begriffsprägungen anknüpfen, wie es sie im Unionsrecht oder wie es sie im deutschen Aufenthaltsrecht gibt. Also, die geringsten Probleme macht insofern der § 54 oder der Verweis auf die Gründe des § 54, die besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteressen in diesem Sinne. Und wie gesagt, die andere erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter und die bedeutenden Rechtsgüter der inneren Sicherheit sind von den Behörden und von der Gerichtsbarkeit zu konkretisieren. Die Beweislast oder die Last, einen solchen Fall nachzuweisen, liegt dann eben auch bei den Behörden, die das entsprechend substantiiert darlegen müssen. Da es um eine Haftfrage geht, die, wie ich schon gesagt habe, vielfältigen verfassungsrechtlichen Bedingungen unterliegt, wiegt diese Darlegungslast auch dementsprechend schwer. Das heißt also, man kann nicht einfach ohne Weiteres sagen, nur weil hier jemand zu zwei Jahren Bewährungsstrafe verurteilt worden ist, wie das im Beispiel von Herrn Tometten hieß, und nur weil er seine zwei Jahre Einreise- und Aufenthaltsverbot noch nicht ganz abgeleistet hat, dass dann damit sofort eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit begründet wird. Das ist eigentlich gerade ein Fall, der zeigt, wie hoch eigentlich die Anforderungen im § 62c sein werden.

Die andere Frage, die sowohl bei der Frau Vorsitzenden als auch bei Herrn Strasser aufgekommen ist, ist die Frage, wie verhält sich das Ganze zu § 58a, der Abschiebungsanordnung? Das ist insofern nicht ohne eine gewisse Ironie, denn der § 58a ist im Grunde genommen das größte Instrument und das Instrument, das am ehesten mit einem Ultima-Ratio-Charakter ausgestattet ist in diesem Bereich. Wenn man sich die Formulierung des § 58a ansieht, geht es dabei um eine besondere Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beziehungsweise um eine terroristische Gefahr. Das ist also vom Maßstab her nochmals deutlich mehr als bei § 62c. Der § 62c ist – und auch damit wieder im Zusammenhang mit der Systematik der Abschiebungshaft – insgesamt die mildere Vorschrift. Das heißt also, sie ist, was die Haftdauer anbelangt, wesentlich milder, sie ist auch, was die Anforderungen anbelangt, weniger anspruchsvoll ausgestaltet. Demgegenüber ist § 58a eine wesentlich weitergehende Kategorie von Eingriffsbefugnissen, die ja nun auch nicht ganz zufällig entweder bei den Landesinnenministern beziehungsweise bei den Landesinnensenatoren liegen oder nach § 58a Absatz 2 sogar beim Bundesinnenminister. Im Vergleich dazu wäre eben der § 62c die mildere Variante. Und wie gesagt, ich will nochmal darauf hinweisen, dass auch die Anwendung des § 62c den allgemeinen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, unterliegt, weswegen der türkische Staatsangehörige mit einer zweijährigen Bewährungsstrafe hier mit großer Wahrscheinlichkeit nicht darunterfallen würde. Jedenfalls würde die gerichtliche Überprüfung beziehungsweise die richterliche Anordnung in diesem Fall schon auf Schwierigkeiten stoßen.

Ein Punkt noch zur Frage von Herrn Strasser im Hinblick auf den Artikel 31 der Genfer Flüchtlingskonvention. Dort ist – das ist der Grund, auf den immer mal wieder rekurriert wird – davon die Rede, dass eben keine Strafen gegen Flüchtlinge wegen des illegalen Grenzübertritts verhängt werden dürfen und insofern bin ich da ganz einig mit Herrn Professor Hailbronner. Soweit es um den § 62c geht, fehlt der Vorschrift der pönalisierende Charakter. Das heißt, dass er eben eine verfahrensermöglichende Funktion hat und es hier nicht darum geht, jemanden für die Einreise zu bestrafen. Auch der in Artikel 31 Genfer Flüchtlingskonvention oder im Zusammenhang damit immer mal

wieder aufgebrachte Necessity-Test dürfte erfolgreich bestanden sein, wenn die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gegeben ist. Also insofern kann ich hier keinen Verstoß gegen die Genfer Flüchtlingskonvention sehen. Insofern ist hier, auch im Hinblick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik, kein Problem gegeben. Das einzige, worauf ich eben nochmal aufmerksam machen möchte: Manche Besonderheit des § 62c beruht eben auf dieser Veranlassung durch den Einzelfall. Und das macht die Norm einerseits relativ komplex in der Anwendung, das ist dann auch nicht ganz einfach, wie sie sich systematisch einfügt. Andererseits sind manche Fragen, mit denen wir uns hier noch beschäftigen, durch diesen Umstand bedingt. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, Herr Professor Kau. Jetzt Herr Keßler, bitte.

SV **Stefan Keßler** (Stellv. Direktor des Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, Berlin): Wenn ich darf, zwei Vorbemerkungen: Es ist möglicherweise zwischendurch der Eindruck entstanden, es gäbe in Deutschland keine speziellen Hafteinrichtungen für die Abschiebungshaft. Das ist falsch! Im Gegenteil: Der Freistaat Bayern ist zum Beispiel sehr fleißig bei der Schaffung neuer Hafteinrichtungen. Nur zur Vermeidung dieses Missverständnisses. Und zur Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur die Bemerkung: Wir haben jetzt schon den gespaltenen Rechtsweg, wie er in der Literatur genannt wird. Das heißt, wir haben jetzt schon das Befassen mit demselben Sachverhalt auf der einen Seite der Verwaltungsgerichte, auf der anderen Seite der Amtsgerichte. Das Problem wird also durch diese Regelung, die der Bundesrat vorschlägt, eher perpetuiert. Aber gut.

Zu den Fragen von Frau Polat. Die missbräuchliche Asylantragstellung ist ja keine Voraussetzung für die Anordnung der erweiterten oder der ergänzenden Vorbereitungshaft. Im Gegenteil. Darauf wird ja gar nicht abgestellt. Es wird abgestellt darauf, dass er einen Asylantrag gestellt hat. Punkt. Ob der missbräuchlich ist oder nicht, hat erst mal in der Prüfung gar keine Rolle zu spielen, sondern es wird jetzt erst mal nur geprüft, ob die Voraussetzungen, die der § 62c normiert, erfüllt sind. Und hier nochmal klar die Aussage: In der Haft wird eine saubere Asylantragprüfung nicht stattfinden können. Die betroffene Person wird nicht in der Lage sein, unter den Bedingungen der Haft deutlich zu machen, weshalb er oder sie Angst hat, begründete Furcht hat vor Verfolgung im Falle der Rückkehr. Das heißt, ein sauberes Trennen zwischen berechtigter, begründeter Asylantragstellung und „missbräuchlicher“ Asylantragstellung wird unter den Bedingungen der Haft gar nicht möglich sein. Sie haben dann gefragt: Ist die Regelung eigentlich für Fälle wie des Herrn Miri notwendig? Ehrlich gesagt, ich kenne jetzt die Details des Falles des Herrn Miri nicht auswendig, aber es ist ja bereits deutlich geworden, dass wir mit § 58a Aufenthaltsgesetz und dann auch § 62a Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes ja schon Regelungen haben, die auf die besondere Gefährlichkeit abstellen. Bei diesem Thema wird aber deutlich, dass gar nicht klar ist, um welchen Personenkreis es jetzt eigentlich gehen soll. Soll es um gefährliche Personen gehen? Okay, dann muss man aber auch die Personengruppe, um die es im § 62c gehen soll, entsprechend klar definieren. Es ist, glaube ich, in den Stellungnahmen deutlich geworden, dass unter § 54 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz eben nicht nur Personen fallen, von denen man annehmen kann, dass eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, sondern auch durchaus viele andere Personen, bis hin zu Personen, bei denen die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Bewährungsaussetzung heißt doch, die Person ist nicht mehr gefährlich. Aber trotzdem kann sie ja ausgewiesen werden nach § 54 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz. Und wenn sie dann wieder zurückkehrt, wird sie genauso behandelt, als sei sie eine gefährliche Person. Das passt doch nicht zusammen! Insofern plädiere ich noch einmal ausdrücklich dafür, wenn man Regelungen schaffen will, die auf gefährliche Personen passen sollen, dann bitte klar definieren, worum es denn eigentlich gehen soll.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Tometten, bitte.

SV **Christoph Tometten** (Rechtsanwalt, Berlin): Vielen Dank. Also, ich hatte ja bereits ausgeführt, dass meines Erachtens keine Regelungslücke und daher auch kein Bedarf in dem Bereich der terroristischen Gefährder und auch bei schwerwiegenden Straftaten besteht, da dort bereits andere Regelungen greifen. Zu der Frage von Frau Jelpke: Anwendung würde – und da bleibe ich dabei – die Regelung vor allem und im Wesentlichen im Falle

einer Wiedereinreise nach einer Ausweisung wegen einer Bewährungsstrafe finden. Anders als Professor Kau meint, wird in diesem Fall ja schon nach dem Wortlaut des Regelungsvorschlags gerade nicht geprüft, ob noch eine Gefahr besteht. Zitat § 62c: „Ein Ausländer ist in Haft zu nehmen, wenn von ihm eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht oder er aufgrund eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresse ausgewiesen worden ist.“ Anders als Herr Professor Hailbronner meint, handelt es sich dabei auch nicht um Fälle, wo die Wiedereinreise jetzt kurz nach einer Ausweisung zwingend erfolgt, da im Falle der Ausweisung nach § 11 Absatz 5 des Aufenthaltsgesetz das Einreiseverbot für zehn Jahre befristet werden soll, für zehn Jahre bestehen soll. Das heißt, es betrifft durchaus Fälle, wo die Wiedereinreise nach fünf Jahren, nach sechs Jahren, nach acht Jahren, nach neun Jahren erfolgt. Anders als Herr Abgeordneter Throm meint, liegt in solchen Fällen zwar eine Gefahr im Zeitpunkt der Ausweisung vor, zumindest muss man davon rechtssystematisch ausgehen, weil die Gefahrenprognose Voraussetzung für die Ausweisung ist, nicht aber unbedingt im Zeitpunkt der Wiedereinreise. Und daher das Beispiel der Jugendstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt worden ist. In neun Jahren, wenn jemand dann erwachsen ist, da kann eben ziemlich viel passieren. Und gerade das unterstreicht meines Erachtens, warum die Regelung im Hinblick auf den verfassungs- und unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz äußerst problematisch ist und wie bereits ausgeführt, mit Artikel 8 Absatz 3 nicht vereinbar ist. Ob das jetzt bei einer Änderung, bei einer hypothetischen Änderung des Unionsrechts anders wäre, das kann man dann, wenn das Unionsrecht geändert worden ist, möglicherweise erörtern. Die verfassungsrechtlichen Zweifel würden dann allerdings weiterhin bestehen, weil von Verfassungswegen muss weiterhin bei jeder Inhaftierung geprüft werden, ob nicht mildere Mittel Anwendung finden können. Herr Professor Kau hat daher wohl Recht, dass die Gerichte bei der Anwendung der Norm einiges zurechtrücken müssen. Meine Vorhersage ist, dass in den verbleibenden Fällen, wo dieser Regelungsvorschlag tatsächlich einen Anwendungsbereich haben wird, der über die bestehenden Regelungen hinausgeht, die Gerichte den Anwendungsbereich dieser Norm quasi von Verfassungswegen auf null reduzieren werden müssen. Das schafft natürlich Arbeit für die Gerichte, aber dann kann man sich diese Norm auch sparen.

Zu der zweiten Frage zum Richtervorbehalt: Das ist ja selbstverständlich. Der Richtervorbehalt ist verfassungsrechtlich im Grundgesetz, in allen Landesverfassungen, aber auch europarechtlich, völkerrechtlich vorgesehen für alle Freiheitsentziehungen. Davon kann allenfalls abgesehen werden, wenn Gefahr in Verzug ist ins Unreine gesprochen, daher auch die Regelung in § 62 Absatz 4 des Regelungsvorschlags zur behördlichen Anordnung. Meines Erachtens kann man sich auch diese Regelung sparen, weil auch diese Regelung kaum einen Anwendungsbereich haben wird. Der Anwendungsbereich einer behördlichen Anordnung wird im Grunde nur dann eröffnet sein bei Fällen der echten Spontanfestnahme, also wenn im Rahmen einer polizeilichen Identitätskontrolle oder einer Spontanvorsprache bei der Ausländerbehörde festgestellt wird, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Da die Voraussetzungen des § 62c allerdings dann doch so komplex geregelt sind, dass ein einfacher Blick ins Ausländerzentralregister, jedenfalls im Hinblick auf das Ausweisungsinteresse nach § 54 nicht ersichtlich sein wird, wird es – sagen wir – zur Prüfung dieser Voraussetzungen für eine Spontanfestnahme nach § 62c Absatz 4 im Grunde gar nicht kommen. Da wird immer ein recht vertieftes Aktenstudium erforderlich sein. Wenn man Zeit für ein recht vertieftes Aktenstudium hat, dann hat man auch Zeit, um gerichtlichen Rechtsschutz, also den Richter, anzurufen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann hatte Herr Dr. Thiel auch noch eine Frage von dem Kollegen Strasser.

SV **Dr. Georg Thiel** (Präsident des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden): Danke schön. Das war die Frage nach Datenschutz und Datensicherheit und für welchen Teil das Bundesamt zuständig ist. Sie müssen sich den Zensus vorstellen wie ein großes Mosaik. In der Mitte dieses Mosaiks sind die Kernbestandteile der Steuerung. Das ist einmal eine Steuerungsdatei und ein Referenzdatenbestand. Um diese Bereiche werden bis zu einem Dutzend weitere Datenbestände hinzugespielt. Und für dieses Gesamtsystem des Hinzuspielens – dafür ist das Bundesamt zuständig. Die Durchführung des Zensus, also zu prüfen, ob es den Haushalt x/y wirklich gibt, dafür ist dann allerdings das Land

zuständig. Deshalb bekommen die Länder jeweils Zugriff auf separierte Datenbestände, um diesen Verwaltungsvollzug durchzuführen. Aus der Tatsache, dass wir vom Bundesverfassungsgericht 2018 keine weiteren Datenschutzbeanstandungen bekommen haben, sondern der allgemeine Satz geprägt worden ist, dass wir möglichst wenigen Dritten Zugriff auf die Datenbestände erlauben sollten, ergibt sich zu prüfen, ob es nicht Möglichkeiten gibt, wie in anderen Staaten schon vorhanden, dass die jeweilige befragte Person selbst nur noch online in Kommunikation mit dem Statistischen Amt tritt. Das wollen wir bei uns natürlich weiter ausbauen, aber wir sehen Deutschland noch nicht in der Lage, dass wir den Zensus nur online machen können und keine Erheber mehr brauchen, die dann zu den Haushalten gehen.

Aufgrund der Pandemiesituation muss derzeit natürlich hier ein neuer Spagat gemacht werden. Dazu sind wir gerade mit den Ländern in Verhandlungen, um zu klären, wie weit es noch geht, die Methodik aufrechtzuerhalten und gleichzeitig die Qualität zu erreichen, mit möglichst wenig Erhebern vor Ort, was wiederum der Forderung des Bundesverfassungsgerichts Folge leisten würde. Um die Qualität der Daten zu sichern, verlangen die Länder natürlich sehr häufig Datenbestände in Teilabzügen, damit sie überprüfen können, ob die Gebäudeanschriften, die Wohnungsanschriften so sind, wie sie in der Wirklichkeit vorhanden sind. Diese Dinge werden den Ländern nur gewährt in dem notwendigen Umfang. Und aus der Tatsache, dass wir gerade in dem Bereich zwischen unseren Datenschützern im Hause und den Fachanwendern sehr viele Diskussionspunkte haben, ist zu schließen, dass der Datenschutz sehr hoch eingeschätzt wird. Die Datensicherheit wiederum machen wir auf Bundesebene, indem wir das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) gebeten haben, uns ein Zertifikat für den Zensus zu erstellen, auch dies wieder für den Bundesteil, Herr Strasser. Dies ist jetzt gerade in der Schlussphase und wir gehen davon aus, dass wir dieses Votum des BSI und der Firma, die es für das BSI durchführt, Anfang des Jahres vorliegen haben und dann wissen, welche Hausaufgaben wir an der ein oder anderen Stelle noch zu erledigen haben.

Der Schutzbedarf des gesamten Zensus-Datenbestands im Bundesamt ist als „sehr hoch“ eingeschätzt und eingestuft. Aus diesem „sehr hoch“ ergeben sich die erheblichen Kostensteigerungen des Zensus 2021 beziehungsweise jetzt 2022 zum Zensus 2011, denn jetzt sind wesentlich höhere Anforderungen gegeben. Aus der Tatsache, dass wir die gesamte IT nicht nur wie beim Zensus 2011 dezentral an vielen Landesämtern liegen haben, sondern nur noch am Statistischen Bundesamt, sehe ich auch eine weitere Schlussfolgerung aus den Diskussionen zum Datenschutz. Hierdurch können wir den Datenschutz wesentlich besser gewährleisten, weil halt alles in einer kompletten Umgebung liegt. Das übrigens ist die Umgebung nicht des Bundesamtes, sondern des ITZBund (Informationstechnikzentrum Bund) als zentraler Dienstleister des Bundes, die das für uns und in enger Kooperation mit uns gestalten. Also, conclusio: Ich sehe, dass die Folgerungen, die wir in der Diskussion zum Datenschutz hatten zum derzeitigen Zeitpunkt gewährleistet werden. Wir sind aber weiterhin jeweils in sehr enger Abstimmung mit den behördlichen Datenschutzbeauftragten, wie auch mit dem Datenschutzbeauftragten des Bundes und dem Sicherheitsbereich des BSI und werden sehen, was da in den nächsten Monaten vielleicht noch im Vollzug zu verbessern ist. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Und dann noch Herr Dr. Wittmann.

SV **Dr. Philipp Wittmann** (Verwaltungsgericht Karlsruhe): Vielen Dank. Ich wurde, wenn ich es richtig erinnere, ja zentral zur Frage der Regelungslücke noch einmal gefragt. Und diesen Begriff der Regelungslücke würde ich gern ein wenig relativieren, weil aus meiner Sicht dieser Begriff der „Regelungslücke“ die Lösung, nämlich in Form einer baldigen und möglichst vollständigen Lückenschließung, quasi vorwegnimmt. Es trifft zu, das kann ich bestätigen, dass in den Situationen, die hier beschrieben wurden, nach gegenwärtiger Rechtslage keine Abschiebungshaft verhängt werden kann. Und in diesem Sinne besteht, wenn man denn so will, tatsächlich eine „Regelungslücke“, die allerdings zu wesentlichen Teilen auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht. Und aufgrund dieser Vorgaben kann diese Lücke – wenn überhaupt – nicht vollständig geschlossen werden,

sondern allenfalls gegenüber Betroffenen, die akut die nationale Sicherheit gefährden. Hier ist allerdings zu betonen, dass es hier um den Begriff der „nationalen Sicherheit“ geht. Das heißt, eine entsprechende Haft während des Asylverfahrens alleine aufgrund der illegalen Einreise – und da würde ich jetzt die Verletzung eines Einreiseverbots dazuzählen – scheidet unionsrechtlich von vornherein aus. Das scheint mir schlicht nicht gangbar zu sein. Aufgrund dieses Umstands verengt sich der Regelungsbedarf allerdings erheblich, zumal verurteilten Straftätern nach ihrer Rückkehr ohnehin die Restverbüßung von Strafhaft droht und sie gegebenenfalls erneut aus der Haft abgeschoben werden können. Gegenüber terroristischen Gefährdern besteht demgegenüber die Möglichkeit einer Abschiebungsanordnung nach § 58a Aufenthaltsgesetz, sodass sich das praktische Anwendungsfeld dieser Regelung weiter verengt. Zwischen diesen beiden Fallgruppen verbleibt sicherlich eine Anzahl von Fällen, in denen man die Neuregelung noch anwenden kann. Ich kann aber offen gesprochen nicht sagen, welche das sind und habe den Eindruck, das kann so derzeit auch niemand anderes sagen.

Jetzt vielleicht zur Frage, wo eine Lückenschließung sinnvoll ist? Da ich davon ausgehe, dass eine Lückenschließung nur gegenüber erheblichen Gefährdern möglich ist, bleibt da nur relativ wenig Spielraum. Wenn wir jetzt den Vorschlag mit einbeziehen, dass die ergänzende Vorbereitungshaft nur vier Wochen dauern soll – was im Prinzip sinnvoll ist – dann macht eine Lückenschließung nur Sinn in Fällen, in denen das Asylverfahren auch binnen vier Wochen vorhersehbar abgeschlossen werden kann. Und das lenkt den Blick wiederum auf Missbrauchsfälle und auf Fälle, wo der Asylantrag offensichtlich aussichtslos ist. Ich kann nur nicht erkennen, warum in dieser Konstellation, die hier betroffen ist, Asylanträge – wie vorhin gesagt wurde – typischerweise aus sachfremden Motiven gestellt werden. Das ist im Gesetz nicht angelegt. Es mag solche Fälle geben, aber es trifft eben nicht nur diese Fälle. Und daher müsste, wenn man denn hier eine Lücke schließen will, denn nur da ist es sinnvoll, weil in allen anderen Fällen eine Abschiebungshaft von vornherein keinen Sinn macht, wenn sowieso klar ist, nach vier Wochen wird der Betroffene ohne Asylentscheidung abgeschoben. Daher müsste man das, wenn überhaupt, auf diese Fälle verengen.

Ansonsten zur Frage, inwieweit die Regelung zu weit oder zu eng ist. Ich meine, der Regelungsvorschlag ist grundsätzlich zur Lückenschließung geeignet, vorbehaltlich der unionsrechtlichen Bedenken. Er schließt die Lücke aber zum Teil überschießend und zum Teil unzureichend. Der Vorschlag ist unzureichend, soweit er auf Gefährder ohne Einreise- und Aufenthaltsverbot selbst dann keine Anwendung findet, wenn diese ausdrücklich sagen, dass sie sich der Abschiebung entziehen wollen. In dieser Situation kann die Regelung derzeit nicht helfen. Sie findet auch keine Anwendung, weil sie Bezug nimmt auf die Abschiebungsandrohung, bei Folgeantragstellern. Ich habe in meinem Gutachten aber dargelegt, dass hier tatsächlich eine Regelungslücke klafft, die bislang aus meiner Sicht übersehen wurde. Der Vorschlag ist dann aber zugleich überschießend, weil er die Möglichkeit von Haft gegebenenfalls in Situationen ermöglicht, wo ohne die Asylantragstellung der Betroffene nicht in Haft genommen werden könnte, weil zum Beispiel feststeht, dass keine Fluchtgefahr besteht. Da in dieser Situation auch eine Missbrauchsabsicht nicht geprüft wird und weder die Gefährdereigenschaft noch die illegale Einreise zwingend auf eine Missbrauchsabsicht schließen lassen, droht hier eine unionsrechtlich verbotene Inhaftnahme gerade aus Anlass der Asylantragstellung. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann könnten wir noch eine zweite Fragerunde machen. Ich gucke mal auf die Uhr. Mit einer halben Stunde, wenn sich alle kurz fassen, könnte jeder noch eine Frage stellen. Die Union hat keine Fragen. Ich habe allerdings eine Frage an Herrn Professor Kau und auch an Herrn Dr. Wittmann. Herr Professor Hailbronner hat einen Vorschlag gemacht, den § 14 Absatz 4 einzufügen. Er hat dazu auch vorhin Stellung genommen. Das ergibt sich auch aus der letzten Seite seiner Stellungnahme. Da hätte ich gern von Ihnen beiden jeweils gewusst, ob Sie ebenfalls eine Ergänzung in der vorgeschlagenen Weise befürworten würden. Dann haben wir als nächstes in der Runde den Herrn Dr. Wirth.

Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Keine Fragen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Auch keine Frage mehr. Herr Lindh.

BE Abg. **Helge Lindh** (SPD): Ich hätte anschließend an die Antwort von Herrn Dr. Wittmann nochmal eine Folgefrage. Und das betrifft zum einen den Aspekt der Missbräuchlichkeit. Also, hätten Sie eine Vorstellung, wie das operationalisiert werden könnte? Also, Sie gehen kurz darauf in Ihrer Stellungnahme ein, also Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Asylantragstellung. Wie könnte man das gesetzestechnisch realisieren? Und zum zweiten insistieren Sie auch ganz deutlich darauf, dass die Frage der Prognosekriterien eine größere Rolle spielen müsste in Hinsicht auf die Verfahrensdauer, wie auch auf den Entscheid des BAMF. Könnten Sie da auch nochmal Hinweise geben, wie Sie sich das konkret vorstellen könnten in der Umsetzung?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Strasser, bitte.

Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Zwei kurze Fragen. Eine Frage an Herrn Professor Dr. Kau. Nochmal ganz konkret zum Anwendungsfeld des § 62c neu. Wenn Sie vorhin gesagt haben, der § 58a ist die wesentlich härtere Vorschrift im Bereich auf terroristische Gefährder. Was sind aus Ihrer Sicht die konkreten Anwendungsbeispiele für einen § 62c neu, den Sie ja in der Form – wie ich Sie verstanden habe – begrüßen würden? Und die zweite Frage nochmal an Herrn Dr. Thiel. Man könnte jetzt viele Fragen stellen, was das Thema Hygienekonzept und überhaupt Durchführbarkeit des Zensus 2022 angeht. Meine Frage: In diesem Gesetz ist ja eine weitere Verschiebung auf einem Verordnungsermächtigungsweg für die Bundesregierung möglich. Ist das aus Ihrer Sicht zwingend erforderlich oder ist das einfach nur für die Bundesregierung bequemer, als dann ein erneutes Gesetzgebungsverfahren zu durchlaufen?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Jelpke.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Ich habe auch nochmal zwei Fragen an Herrn Tometten. Und zwar haben wir jetzt hier schon viel darüber gehört und diskutiert über die Zweifel an dieser neuen Regelung, ob sie überhaupt erforderlich ist. Ich würde Sie jetzt ganz gern nochmal zu dem Punkt befragen, welche Regelungen im Bereich der Abschiebehaft, die eigentlich erforderlich wären, aber nicht in diesem Gesetzentwurf stehen, notwendig wären. Also, ich denke da insbesondere an die enorm hohe Quote von Menschen, die zu Unrecht in Abschiebehaft sitzen und hier zum Beispiel eben an eine verpflichtende Beiordnung rechtsanwaltlicher Hilfe. Also, was sind da Ihre Vorschläge in der Regelung zur Vermeidung von Abschiebehaft, die in der Praxis fast gar nicht zur Anwendung kommt bisher? Das wäre auch ganz gut, wenn wir mal solche Vorschläge hören. Und meine zweite Frage nochmal ganz kurz: Inwieweit ist es überhaupt zulässig, das Asylverfahren von Beginn an unter Haftbedingungen durchzuführen und unter welchen Umständen ist dies ausnahmsweise zulässig Ihrer Ansicht nach? Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Polat.

BE Abg. **Filiz Polat** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine beiden Fragen gehen an Herrn Keßler. Zum einen haben Sie mehrfach darauf abgestellt, dass in der Praxis das Asylverfahren quasi nicht unter den Voraussetzungen in der Haft stattfinden kann. Vielleicht ist es hilfreich, Herr Keßler, wenn Sie – Sie sind ja aus der Praxis – das nochmal konkret erläutern, auch konkretisieren hinsichtlich Ihres Hinweises zu § 14 Absatz 3 Satz 2 Asylgesetz, dass ein Rechtsbeistand notwendig ist und dieser ja in dieser Regelung nicht vorgegeben ist. Ihr Hinweis dazu, den Gesetzentwurf mindestens nachzubessern. Und an dieser Stelle auch nochmal meine Bitte in Richtung Koalitionsfraktionen, dass wir doch wirklich uns nochmal die Zeit nehmen und das nicht übers Knie brechen, auch gerade in Anbetracht der interessanten Sachverständigen, die wir gehört haben, dass wir das jetzt nicht im Eiltempo hier durch den Bundestag bringen, das wäre unsere große Bitte.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir jetzt zur Beantwortung in umgekehrter Reihenfolge. Wir beginnen mit Herrn Dr. Wittmann.

SV **Dr. Philipp Wittmann** (Verwaltungsgericht Karlsruhe): Vielen Dank. Zunächst zur Frage des Vorschlags eines § 14 Absatz 4 des Asylgesetzes. Ich muss vorausschicken, ich hatte es ja auch in meinem Gutachten erwähnt, dass ich der Auffassung bin, dass § 14 Absatz 3 des Asylgesetzes in der Tat geändert werden muss. Denn die Aufnahmerichtlinie sieht für die Konstellation der Asylantragstellung aus der Haft heraus ausdrücklich vor, dass diese Asylantragstellung aus der Haft nur ein Indiz für eine missbräuchliche Antragstellung sein kann. Das ist aber nun keineswegs zwingend. Das müsste nachgebessert werden. Wenn ich mir

jetzt allerdings den vorgeschlagenen § 14 Absatz 4 ansehe, dann bin da – vorsichtig gesprochen – eher skeptisch. Zunächst, der Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot scheint mir hier kein sinnvolles Tatbestandsmerkmal zu sein. Das ist der Grund, warum ich die Norm in ihrer gegenwärtigen Form sogar eher zu eng finde. Dann aber fehlt es hier zunächst an diesen kumulativen Voraussetzungen. Denn wir brauchen erstens Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Asylantragstellung und kumulativ eine entsprechende Gefahr im Sinne der europarechtlichen Regelungen. Und die ist eben nicht schon dann gegeben, wenn der Betroffene entgegen dem Einreise- und Aufenthaltsverbot einreist und die ist auch nicht dann gegeben, wenn nur der Asylantrag – wie hier vorgesehen – voraussichtlich keinen Erfolg haben wird. Deswegen sehe ich diese Regelung europarechtlich sehr kritisch.

Zur anderen Frage, wie man denn eine solche Beschränkung auf Missbrauchsfälle bewerkstelligen könnte? Zunächst hatte ich vorgeschlagen, man könnte sich auf die Kriterien zur Durchführung eines beschleunigten Verfahrens beziehen. Die sind im Asylgesetz bereits vorgesehen. Die sind relativ eng, aber die würden klarmachen, dass hier das Bundesamt selbst von einer sehr beschleunigten Verfahrensführung ausgeht. Man könnte sich des Weiteren an die Kriterien zur Ablehnung des Asylantrages als offensichtlich unbegründet anlehnen, soweit die im Vorfeld schon beurteilt werden können. Wenn man jetzt Prognosekriterien konkret ins Gesetz schreiben will, dann müsste man sich auch letztlich hieran orientieren. Das müssten also Dinge sein, die für den entsprechenden Haftrichter quasi von außen, also ohne selbst die Asylprüfung vorwegzunehmen, prognostisch erkennbar sind. Insbesondere wäre es zweckmäßig, hier eine Rücksprache mit dem Bundesamt vorzusehen, denn letztlich kann nur das Bundesamt einschätzen, zu welchem Zeitpunkt mit einer Entscheidung zu rechnen ist. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir zu Herrn Tometten.

SV **Christoph Tometten** (Rechtsanwalt, Berlin): Vielen Dank. Zu den Fragen von Frau Jelpke. Also § 62 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz regelt ja schon jetzt, dass die Abschiebungshaft unzulässig ist, wenn der Zweck der Haft durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. Das ist Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. § 62 Absatz 1 schweigt aber zu der Auskonturierung dieser Mittel. Die Behörden sind daher im Grunde auf sich selbst gestellt, wenn sie diese Norm überhaupt anwenden müssen. Das dürfte insbesondere kleinere Ausländerbehörden vor erhebliche Probleme stellen und möglicherweise erklärt das auch, warum ungefähr die Hälfte aller Abschiebungshaftfälle vor Gericht Erfolg haben, also wo den Behörden eben rechtswidriges Entscheiden zur Last gelegt wird. Denkbar wäre, um dem zumindest ein wenig Abhilfe zu leisten, eine beispielhafte Aufzählung von vorrangigen Haftalternativen, Alternativmaßnahme zum Beispiel Meldepflichten und so weiter. Damit würde den Behörden und auch den Gerichten zumindest ein Instrument an die Hand gegeben, um zu wissen, was überhaupt geprüft werden muss. Haft, das hatte ich ja schon gesagt oder hatten auch die anderen Sachverständigen gesagt, geht im Asylverfahren nur in den engen Grenzen von Artikel 8 der Aufnahmerichtlinie. Ich hatte schon ausgeführt, dass die ergänzende Vorbereitungshaft da zu weit geht. Allerdings auch in den Fällen, wo die Haft unionsrechtlich nicht verboten ist, sollte man sich gut überlegen, ob das das Mittel der Wahl ist, um eine ordnungsgemäße Durchführung der Asylverfahren sicherzustellen. Herr Keßler hatte ja schon darauf hingewiesen, dass in der Haft eine ordnungsgemäße Durchführung des Asylverfahrens kaum möglich ist. Das ist letztendlich nicht nur ein Problem für die Betroffenen, sondern letztendlich auch für den Staat, weil, wenn dann doch der Weg zum Gericht eingeschlagen wird, dann wird halt gewonnen, das kostet den Staat Zeit und Geld, damit ist wenig gewonnen. In jedem Fall sollte man auch in der Haft wie auch generell sicherstellen, dass eine qualifizierte Asylverfahrensberatung durch eine qualifizierte Beratungsperson in einer Sprache, dessen der Antragsteller mächtig ist, gewährleistet wird, idealerweise durch einen Rechtsanwalt. Das geht natürlich auch mit Kostenregelungen einher. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Dr. Thiel, bitte.

SV **Dr. Georg Thiel** (Präsident des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden): Vielen Dank. Das waren zwei Fragepunkte. Einmal nach der Hygiene. In der Tat, wir sind gerade dabei, die Existenzfeststellung, das ist also da, wo die Erheber mit dem Bürger in

Kontakt kommen, nochmal feinzujustieren. Wir haben ein System gefunden, von dem wir glauben, dass es unter Corona-Bedingungen wesentlich schonender ist. Allerdings sind zum derzeitigen Standzeitpunkt noch nicht alle 16 Länder damit einverstanden. Wir brauchen ein einvernehmliches Agreement. Deshalb haben wir zwei Gutachten dazu in Auftrag gegeben. Die sollen Ende dieses Monats vorliegen. Und dann haben wir hoffentlich eine einheitliche methodische Sichtweise, wie diese Existenzfeststellung stattfinden soll. Der Kontakt mit dem Bürger wird dabei auf ein absolutes Minimum reduziert, wir bewegen uns dann dahin, was ich vorhin ansprach, auf dem Weg zu online first beziehungsweise only online.

Die Verordnungsermächtigung – das war Ihre zweite Frage. Als wir das Gesetz auf den Weg gegeben haben, da hatten wir jetzt nicht mit so einer Lage gerechnet, wie wir sie derzeit haben, aber wir waren schon der Meinung, wir müssen flexibel reagieren – angesichts der Bedrohungslage und angesichts der Wichtigkeit des Zensus für viele Dinge, zum Beispiel die Wahlkreiseinordnung. Und deshalb hatten wir hier zur Erleichterung, damit wir nicht nochmal durch ein Gesetzgebungsverfahren müssen, diese Verordnung vorgesehen. Ich glaube, angesichts der derzeitigen Pandemielage war das eine weise Entscheidung des Ministeriums, dieses hier auf den Weg zu geben.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Keßler.

SV **Stefan Keßler** (Stellv. Direktor des Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, Berlin): In einem Asylverfahren muss die Person vortragen, dass sie eine begründete Furcht vor Verfolgung im Falle ihrer Rückkehr hat. Das heißt, sie muss sehr viel, sehr detailreich, sehr logisch in sich geschlossen einen Vortrag bringen. Jemand, der sich im Asylverfahren nicht auskennt und der keine Beratung hat, der keine Informationen hat, ist mit diesen Anforderungen aufgeschmissen. Selbst Beratungsstellen brauchen lange, um jemandem wirklich klarzumachen, worauf es im Asylverfahren ankommt, eben nicht auf die allgemeine Situation im Herkunftsland, sondern auf die persönliche Betroffenheit. Und diese Beratungsstellen kann ich in der Haft nicht unbedingt in Anspruch nehmen. Deshalb ist es erforderlich, wenn man ein Asylverfahren in der Haft durchführen lassen will, dass Beratung, Rechtsbeistand in die Haft kommt, und zwar regelmäßig, routinemäßig, ohne dass ich mir jemanden suchen muss. Ich kann aus der Haft heraus relativ schlecht eine Anwältin oder einen Anwalt und eine Beratungsstelle suchen. Hinzu kommt, dass Haft auch psychische und physische Folgewirkungen hat. Wir haben mal vor einigen Jahren europaweit eine Untersuchung angestellt. Haft macht krank. Und zwar auch Leute, die gesund in die Haft reingegangen sind. Wenn aber unter diesen Bedingungen ein Asylverfahren durchgeführt werden soll, dann kann das nicht sachgerecht sein. Denn eine kranke Person, jemand, der unter den physischen und psychischen Folgen einer Haft leidet, kann nicht gleichzeitig ein vernünftiges Asylverfahren durchführen, vor allem, wenn er möglicherweise auch noch unter Traumafolgen aufgrund der Verfolgung oder der Flucht leidet. Deshalb kann Haft zur Durchführung eines sachgerechten Asylverfahrens gar nicht möglich sein.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Kau.

SV **Prof. Dr. jur. Marcel Kau** (Universität Konstanz): Vielen Dank. Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren. Sie hatten die Frage aufgeworfen, wie das mit einer Ergänzung des § 14 Asylgesetz ausschaut. Das wäre natürlich regelungstechnisch auch eine Möglichkeit, aber die Regelung bekommt damit eine andere Ausrichtung, einen anderen Schwerpunkt. Das heißt, ich halte die inhaltliche und auch systematische Anknüpfung an die Regelungen über die Abschiebungshaft generell für sinnvoll. Wenn man das jetzt im Asylverfahrensrecht regelt, kauft man sich damit sicherlich andere asylverfahrensrechtliche Abstimmungsfragen mit ein. Die werden im Zweifel nicht wesentlich einfacher sein als die, mit denen wir uns heute hier beschäftigen. Das wäre eine Alternative, die aber auch ihre verfahrensrechtlichen Fußangeln haben würde.

Zu der Frage, was bleibt für das Anwendungsfeld von § 62c? Was werden die konkreten Anwendungsfälle sein? Ich habe darauf schon in der schriftlichen Stellungnahme kurz hingewiesen, dass es sich neben terroristischen Gefährdern unterhalb der Spanne des § 58a um Schwerverbrecher mit entsprechend einschlägigen Vorstrafen und Einreise- und Aufenthaltsverbot handeln wird. Das ist sicherlich eine begrenzte Anzahl von Fällen. Das muss man beim § 62c wissen. Insofern

hat er eben auch die Überschrift, das sollten wir vielleicht nicht ganz außer Acht lassen, da ist von einer „ergänzenden Vorbereitungshaft“ die Rede. Das heißt also, es steht dem Ganzen schon auf der Stirn geschrieben, dass es eine ergänzende Funktion haben soll. Die Regelung ist natürlich komplex. Und man kann sich gern fragen: Ist eine so komplexe Vorschrift im Hinblick auf den begrenzten Anwendungsbereich denn sinnvoll? Aber das ist – das kennen wir ja auch aus anderen Bereichen – das Problem, dass eben mit den hohen verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Erfordernissen zusammenhängt. Das heißt, wir müssen auch für eine relativ begrenzte, ihrem Wesen nach ergänzende Vorschrift wie den § 62c bestimmte Vorkehrungen treffen. Wenn ich mir allein den § 62c Absatz 2 anschaue mit den Regeln über die Haft und die Haftlänge und wie das im Einzelnen ausgestaltet ist, das sind alles Überlegungen und Anwendungen, die aus verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Gesichtspunkten sinnvoll und deswegen auch richtig sind. Insgesamt würden die Anwendungsfälle nicht so breit sein, wie sich das mancher vorstellt, aber für eine ergänzende Vorschrift erscheint sie mir sachgerecht. Außerdem gewinnt man durch die Anknüpfung an die sonstigen Regeln über die Abschiebungshaft in dem § 62 ff. systematisch auch noch den verfassungsrechtlichen Anknüpfungsbereich im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit, die Verfahrensbeschleunigung etc. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Ich habe noch eine Frage an Herrn Professor Hailbronner. Gibt es noch andere Kollegen, die Nachfragen haben? Wenn das nicht der Fall ist, dann würde ich meine Nachfrage an Herrn Professor Hailbronner gerade noch stellen. Herr Professor Hailbronner, Herr Keßler hat ja eigentlich recht anschaulich mal aus der Praxis geschildert, warum möglicherweise ein Asylverfahren in der Haft problematisch sein könnte. Herr Kau hat gerade nochmal darauf hingewiesen, dass es ja um eine ganz spezielle, begrenzte Anzahl von Fällen geht, um ganz bestimmte Fälle, also wenige Personen betrifft. Mich würde jetzt auch nochmal Ihre Einschätzung zu dem Thema interessieren. Ist es möglich, ein Asylverfahren in der Haft auch so durchzuführen, wie wir uns das in einem Rechtsstaat gemeinhin vorstellen?

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner** (Universität Konstanz): Kurze Antwort auf Ihre Frage, Frau Lindholz: Natürlich erschwert die Haft Vorbereitungen eines Asylantrags. Aber für die Kategorie von Personen, mit denen wir es hier zu tun haben, sind meines Erachtens die Einschränkungen, die mit der Haft verbunden sind, gerechtfertigt gegenüber dem Interesse eines Asylbewerbers, sich sozusagen völlig unbeschränkt entfalten zu können, gegebenenfalls eben auch mittels dritter Personen.

Abg. **Axel Müller** (CDU/CSU): Genau so ist es!

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner** (Universität Konstanz): Allerdings – und dies möchte ich einräumen – es muss auch bei der Durchführung der Haft sichergestellt sein, dass Zugang zu rechtlicher Beratung gesichert ist, was Herr Keßler und Herr Tometten auch gesagt haben, was meines Erachtens auch richtig ist. Es muss auch sichergestellt sein, dass mit der Unterbringung in der Haft nicht sonstige Erschwernisse verbunden sind, die eine ordnungsgemäße Antragstellung unmöglich machen oder so erschweren, dass von einem fairen Asylverfahren nicht mehr gesprochen werden kann. Aber, davon geht der Gesetzgeber ebenso wie der Unionsgesetzgeber aus, in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof. Ich kann aber nicht sehen, warum man prinzipiell dem Gesetz oder dem Gesetzgeber unterstellt, dass es nicht möglich sein soll, auch bei der kurzen Haftdauer, die hier vorgesehen ist, ein faires und ordnungsgemäßes Asylverfahren durchzuführen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Es gibt keine Fragen mehr. Wenn noch jemand eine Anmerkung hat, wir haben noch zehn Minuten, dann kann er die machen. Ich schaue auch nochmal zu den Sachverständigen. Wenn keiner mehr was loswerden möchte, dann will ich es auch nicht ohne Not verlängern. Dann hören wir zehn Minuten früher auf. Ich bedanke mich bei Ihnen für die konstruktive und auch gute Anhörung und ich wünsche Ihnen allen noch eine gute restliche Woche. Und bleiben Sie möglichst gesund.

Schluss der Sitzung: 11:06 Uhr

Andrea Lindholz, MdB
Vorsitzende

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 A

JESUITEN-FLÜCHTLINGSDIENST DEUTSCHLAND

Jesuiten-Flüchtlingsdienst (JRS) | Witzlebenstr. 30a | 14057 Berlin

Deutscher Bundestag
Vorsitzende des Ausschusses für Inneres und Heimat
Frau Andrea Lindholz, MdB
11011 Berlin

nur per email:
innenausschuss@bundestag.de:

Stefan Keßler
stellv. Direktor und
Referent für Politik und Recht
Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland
Witzlebenstr. 30a
14057 Berlin | Germany/Allemagne

T: +49 (0)30 3200 0161 o. 3260-2590
F: +49 (0)30 3260-2592
stefan.kessler@jrs.net

Spendenkonto: Pax Bank
IBAN: DE05370601936000401020
BIC: GENO DED1 PAX

www.jrs-germany.org
facebook.com/fluechtlinge
twitter.com/JRS_Germany

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland ist ein Werk der Deutschen Provinz der Jesuiten K.d.ö.R.

Berlin, den 28. Oktober 2020

Stellungnahme des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes Deutschland für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat am 2.11.2020 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes (Bundestagsdrucksache 19/22848)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

für die Einladung, anlässlich der öffentlichen Anhörung Ihres Ausschusses zum o. g. Gesetzentwurf Stellung zu nehmen, danken wir Ihnen herzlich.

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst (Jesuit Refugee Service, JRS) wurde 1980 angesichts der Not vietnamesischer Boat People gegründet und ist heute weltweit in mehr als 50 Ländern tätig. In Deutschland ist der Jesuiten-Flüchtlingsdienst ein Werk der Deutschen Provinz der Jesuiten Körperschaft des öffentlichen Rechts und setzt sich für Abschiebungsgefangene ein, für Asylsuchende, für Flüchtlinge im Kirchenasyl, sog. Geduldete und für Menschen ohne Aufenthaltsstatus („Papierlose"). Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind Seelsorge, Rechtshilfe und politische Fürsprache.

Aufgrund unseres so definierten Arbeitsauftrages werden wir im Folgenden nur Stellung nehmen zu:

a) Art. 3 des Gesetzentwurfes (im Folgenden: GesE), der die Einfügung eines § 62c in das Aufenthaltsgesetz vorsieht,

b) dem Vorschlag des Bundesrates in BT-Drs. 19/23566, Nr. 2, dem § 58 Abs. 8 AufenthG die Sätze 3 und 4 anzufügen und damit die Zuständigkeit der Amtsgerichte für richterliche Anordnungen bei Durchsuchungen festzuschreiben.

Zusammenfassung in Stichworten

- Die Gleichsetzung der nach § 54 Abs. 1 AufenthG Ausgewiesenen mit Personen, von denen erhebliche Gefahren ausgehen, ist zumindest fragwürdig.
- Die Kriterien „erhebliche Gefahr“ und „bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit“ sind zu unbestimmt und mit EU-Recht nicht vereinbar.
- In der Haft kann kein sachgerechtes Asylverfahren durchgeführt werden.
- Die unverzügliche Kontaktaufnahme mit einem Rechtsbeistand ist vorzusehen.
- Es ist zweifelhaft, dass Haft zur Durchführung eines Asylverfahrens notwendig sein kann.
- Der fehlende automatische Suspensiveffekt eines Rechtsmittels kollidiert mit EU-Recht.
- Der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist zu klären.
- Der automatische Übergang zur Sicherungshaft ist problematisch.
- Es gibt keine klaren Regelungen zum Vorrang von Alternativen zur Haft.
- Die behördliche Befugnis zur Ingewahrsamnahme ist problematisch.
- Die Kosten für die Länder sind zu niedrig geschätzt.
- Die Evidenzbasis für die Regelung ist nicht ausreichend; eine Befristung der Vorschrift und ihre Evaluierung sollten vorgesehen werden.
- Der Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des § 58 Abs. 8 AufenthG sollte zum Anlass genommen werden, die Regelungen über die gerichtliche Zuständigkeit bei Abschiebungshaft und aufenthaltsrechtlichen Durchsuchungen grundlegend zu überprüfen.

A. Zum GesE auf Bundestagsdrucksache 19/22848

I. Vermischung der Zensusverschiebung mit der ergänzenden Vorbereitungshaft

Dazu, dass im GesE sowohl die Verschiebung des Zensus als auch eine Änderung des Aufenthaltsgesetzes vorgesehen sind, hat der Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik (AIS) des Bundesrates zu Recht angemerkt, es handele sich hier um „zwei völlig unterschiedliche Sachverhalte, die in keinerlei Bezug zueinander stehen“ und deshalb getrennt voneinander behandelt werden sollten.[1] Auch dürften die Regelungen zur ergänzenden Vorbereitungshaft keinesfalls so eilbedürftig sein wie die Verschiebung des Zensus.

II. Zu Art. 3 Nr. 2 GesE: Einfügung eines neuen § 62c AufenthG

1. Problem der „Gefährder“-Definition

Ein Ausländer soll nach § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E auf richterliche Anordnung in ergänzende Vorbereitungshaft genommen werden, wenn

- er sich entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG im Bundesgebiet aufhält und keine Ausnahme des § 11 Abs. 8 AufenthG vorliegt;
- er dennoch nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist, weil er vor der Haftentscheidung einen Asylantrag gestellt hat, der zur Durchführung eines Asylverfahrens führt;

[1] BR-Drucks. 504/1/20, S. 2.

- er zuvor wegen eines besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteresses nach § 54 Abs. 1 AufenthG ausgewiesen worden ist oder von ihm eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht.

Insbesondere der letztgenannte Haftgrund ist bei weitem zu unbestimmt:

Es dürfte zwar einfach sein, anhand der Einträge im Ausländerzentralregister oder anhand der Ausländerakte festzustellen, ob eine bestimmte Person zuvor ausgewiesen worden ist, weil sie die in § 54 Abs. 1 AufenthG normierten Voraussetzungen erfüllt hat. Jedoch geht es wesentlich zu weit, alle solche Personen im Ergebnis denjenigen gleichzustellen, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritte oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht. So kann eine Person nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ausgewiesen werden, obwohl die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Eine Aussetzung zur Bewährung steht aber gerade der Annahme einer besonderen Gefährlichkeit entgegen. Die Bezugnahme auf § 54 Abs. 1 AufenthG sollte deshalb entweder gestrichen oder auf Fälle reduziert werden, in denen die Personen auf Grund ihrer besonderen Gefährlichkeit ausgewiesen wurden.

Hinzu kommt, dass es vor allem bei den Fällen, in denen kein besonderes Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 AufenthG festgestellt worden ist, nur äußerst schwer bestimmbar ist, wann eine „erhebliche Gefahr" für Dritte oder „bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit" vorliegt, vor allem wenn keine entsprechende strafrechtliche Verurteilung ergangen ist.

Durch die Einführung des Haftgrunds „Gefährdung der inneren Sicherheit" verliert die Abschiebungshaft ihren eigentlichen Charakter als Maßnahme zur Sicherung der Abschiebung. Stattdessen droht sie zur „Ersatzfreiheitsstrafe" oder einer Art aufenthaltsrechtlicher „Präventionshaft" zu mutieren. Dies ist mit den im Grundgesetz normierten rechtstaatlichen Anforderungen an die Grundlagen für einen Freiheitsentzug nicht vereinbar.

Außerdem wird nirgendwo die „erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit" so definiert, dass das Vorliegen dieses Haftgrundes im konkreten Einzelfall gerichtlich überprüfbar wäre. Die rein polizeiliche Einstufung als „Gefährder" kann damit zu einem Freiheitsentzug führen, ohne dass hiergegen wirksamer Rechtsschutz erreicht werden könnte. Auch das ist für einen Rechtsstaat unerträglich.

Die vorgenannten Haftgründe sind zudem mit Unionsrecht nicht vereinbar.

Sollte, wie es die Begründung tut[2] auf die EU-Aufnahmerichtlinie (AufnRL)[3] Bezug zu nehmen sein, weil § 62c AufenthG-E Personen betrifft, die aufgrund ihrer Asylantragstellung sich gestattet in Deutschland aufhalten, ist schon festzustellen, dass die in § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E aufgeführten Haftgründe nicht mit denjenigen übereinstimmen, die in Art. 8 Abs. 3 AufnRL abschließend aufgeführt werden.. Damit werden die Voraussetzungen für die Haft nach der AufnRL nicht erfüllt.

Die in § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E normierten Haftgründe sind zudem mit der EU-Rückführungsrichtlinie (RückfRL)[4] nicht vereinbar. Art. 15 Abs. 1 RückfRL erlaubt die Anordnung von Abschiebungshaft nur bei Fehlen von Alternativen zur Abschiebung im konkreten Einzelfall und vor allem nur zur Vorbereitung einer Rückkehr oder der Durchführung der Abschiebung. Andere Zwecke dürfen mit der Inhaftnahme nicht verfolgt werden. Eine Haftanordnung (und die Haftverlängerung) setzen somit zwingend voraus, dass eine tat-

[2] BT-Drs. 19/22848, S. 16.
[3] Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.
[4] 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.

sächliche Aussicht auf den erfolgreichen Vollzug der Abschiebung besteht.[5] Die Möglichkeit, eine Person unabhängig von der Vollziehbarkeit ihrer Abschiebung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu inhaftieren, kann dagegen ihre Grundlage nicht in der RückfRL finden.[6] Zu Beginn eines Asylverfahrens kann noch gar nicht feststehen, ob eine Aussicht auf die Durchführbarkeit einer Abschiebung besteht.

Die unklare Formulierung besonders des Haftgrundes „erhebliche Gefahr für bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit" steht außerdem im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Der Gerichtshof betont,[7] im konkreten Fall müsse das individuelle Verhalten des Betroffenen „eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr" darstellen, „die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder die innere oder äußere Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats berührt". Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den „Gefährder"-Begriff sehr eng zu fassen, vor allem wenn auf die entsprechende Einstufung zusätzliche Grundrechtseinschränkungen folgen.

2. Durchführung eines Asylverfahrens in der Haft

Die ergänzende Vorbereitungshaft soll der „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung" nach § 34 AsylG dienen. Das bedeutet nichts anderes, als dass das auf Grund eines Asylantrages eingeleitete Asylverfahren in der Haft stattfinden soll. Die Terminologie, die ein Asylverfahren auf die „Vorbereitung der Abschiebungsandrohung" reduziert, ist unangemessen, weil sie der grundrechtssichernden Funktion des Asylverfahrens nicht Rechnung trägt.

In der Haft lässt sich außerdem kein sachgerechtes Asylverfahren durchführen. Das Asylrecht ist ein verfahrensabhängiges Grundrecht. Ein Flüchtling kann es nur dann tatsächlich in Anspruch nehmen, wenn in einem Verfahren festgestellt worden ist, dass er die Voraussetzungen hierfür erfüllt. Dasselbe gilt für die Rechte aus der Flüchtlingsanerkennung oder der Zuerkennung subsidiären Schutzes. Deshalb verlangt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass Feststellungen im Asylverfahren ein besonderes Maß an Verlässlichkeit und Richtigkeitsgewähr aufweisen. Dies setzt aber voraus, dass die Antragsteller in der Lage sind, dem Bundesamt die für die Schutzzuerkennung relevanten Umstände und Tatsachen vorzutragen. Dadurch wird ein hohes Maß an Informationsvermittlung und Beratung schon ganz zu Beginn des Asylverfahrens erforderlich. Auch ist eine kompetente Begleitung während des Verfahrens notwendig, damit ein Antragsteller sich ändernde Umstände oder neu hinzugetretene Tatsachen dem Bundesamt zügig mitteilen kann. Alle diese Voraussetzungen lassen sich unter den Bedingungen der Abschiebungshaft nicht schaffen.

3. Erforderlichkeit der Haft zur Durchführung des Asylverfahrens

Damit dürfte die in § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E geforderte Voraussetzung, dass die Haft zur Durchführung des Asylverfahrens erforderlich sein muss, in aller Regel nicht erfüllt sein. Denn die Durchführung eines sachgerechten, den besonderen Anforderungen entsprechenden Asylverfahrens ist, wie dargestellt, in der Haft nicht möglich.

4. Fehlende Regelung analog § 14 Abs. 3 Satz 2 oder § 18a Abs. 1 Satz 5 AsylG

Nach der Begründung orientiert sich § 62c Abs. 2 AufenthG-E „an der Bestimmung des § 14 Abs. 3 AsylG". [8] Jedoch fehlt es an einer Regelung analog § 14 Abs. 3 Satz 2 AsylG, wonach der betroffenen Person unverzüglich Gelegenheit zur Verbindungsaufnahme mit einem Rechts-

[5] So der EuGH in ständiger Rechtsprechung, siehe etwa Urteil vom 30.11.2009 - C-357/09 PPU (Kadzoev), Rn. 65; Urteil vom 5.6.2014 - C-146/14 PPU (Mahdi), Rn 60.
[6] So ausdrücklich der EuGH in seinem Urteil vom 30.11.2009 - C-357/09 PPU (Kadzoev), Rn. 70.
[7] Zuletzt EuGH, Urteil vom 2.7.2020 - C-18/19 (WM), Rn. 46, m.w.N. zu seiner früheren Rechtsprechung.
[8] BT-Drs. 19/22848, S. 16.

beistand eigener Wahl zu geben ist. Wie oben ausgeführt, ist gerade im Asylverfahren die Unterstützung durch einen kundigen Beistand unverzichtbar. Deshalb sollte zumindest die Regelung des § 14 Abs. 3 Satz 2 AsylG (alternativ: des § 18a Abs. 1 Satz 5 AsylG) eine Entsprechung im § 62c AufenthG-E finden.

5. Problem des fehlenden automatischen Suspensiveffekts

§ 62c Abs. 2 AufenthG-E geht davon aus, dass in den Fällen einer Ablehnung des Asylantrages als „unzulässig" wegen der Sicherheit in einem anderen Drittstaat oder als „offensichtlich unbegründet" die dagegen erhobene Klage keine aufschiebende Wirkung entfaltet, sondern Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt werden müssen. Dies perpetuiert ein grundsätzliches, strukturelles Problem im deutschen Asylverfahrensrecht. Mit der Ablehnung des Asylantrages geht auch – zulässigerweise – in der Regel eine Rückkehrentscheidung im Sinne der RückfRL einher. Nach der Rechtsprechung des EuGH[9] ergibt sich aus Unionsrecht, dass eine Rückkehrentscheidung, gegen die eine Klage anhängig ist, zumindest in der ersten gerichtlichen Instanz bis zur gerichtlichen Entscheidung nicht vollzogen werden darf, denn es ist das sich in Art. 18 und 19 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta (GRC) verankerte Refoulement-Verbot zu beachten. Hierauf nehmen sowohl RückfRL als auch die Asylverfahrensrichtlinie ausdrücklich Bezug. Grundsätzlich begründet zwar auch nach Ansicht des EuGH eine ablehnende behördliche Entscheidung über den Asylantrag schon eine Ausreisepflicht. Wenn jedoch gegen eine mit der Ablehnungsentscheidung verbundene Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 RückfRL Klage erhoben wird,

> „ergebe sich aus dem völkerrechtlichen Refoulement-Verbot und aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art. 47 GRC, dass die Beschwerde um-fassende aufschiebende Wirkung haben müsse. Hieraus folge, dass der Suspensiveffekt der Beschwerde zumindest in einer gerichtlichen Instanz gewährleistet sein müsse (...). Dieser Suspensiveffekt muss zudem »automatisch« eintreten (...), diesen Vorgaben genügt es nicht, wenn die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO angeordnet werden kann."[10]

Eine Folge daraus ist, dass Administrativhaft nach Art. 15 RückfRL während des laufenden Klageverfahrens nicht angeordnet werden darf. [11]

Im deutschen Recht müsste § 75 AsylG entsprechend geändert werden, was bislang unterblieben ist. Eine Regelung, die im Ergebnis auf einer unionsrechtswidrigen Fassung des § 75 AsylG aufbaut, ist umso mehr abzulehnen.

6. Zeitpunkt der „gerichtlichen Entscheidung" im Sinne des § 62c Abs. 2 AufenthG-E

Unabhängig davon sollte zumindest dem Wortlaut des § 62c Abs. 2 AufenthG-E klarer entnommen werden können, was mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gemeint ist. Nach § 62c Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E soll in den Fällen, in denen Klagen gegen die Ablehnung von Asylanträgen unter Rückgriff auf § 29 Abs. 1 Nr. 4 AsylG bzw. als „offensichtlich unbegründet" erhoben und diese mit Anträgen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung verbunden worden sind, die ergänzende Vorbereitungshaft „mit der gerichtlichen Entscheidung" enden. Im Umkehrschluss aus § 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E soll es sich dabei wohl um die gerichtliche Entscheidung handeln, mit der einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stattgegeben worden ist. Dies sollte klargestellt werden. Ebenso sollte deutlich werden, dass es hier auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung selbst bzw. der Übergabe an die

[9] v. a. EuGH, Urteil vom 19.6.2018 – C-181/16 (Gnandi)
[10] Constantin Hruschka, Umfassender Rechtsschutz im Asylverfahren. Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 19. Juni 2018 in der Rechtssache »Gnandi«. Asylmagazin 9/2018, 290 <291>.
[11] EuGH, Urteil vom 19.6.2018 – C-181/16 (Gnandi), Rn. 62.

Geschäftsstelle ankommt und nicht auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe oder Zustellung. Dasselbe gilt für den Beginn der Wochenfrist nach § 62c Abs. 2 Satz 4 AufenthG-E. Hierfür könnte die Regelung des § 36 Abs. 3 Satz 9 AsylG übernommen werden.

7. Übergang in die Sicherungshaft nach Abs. 2 Satz 3

§ 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E soll laut Begründung[12] in den Fällen abgelehnter Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz „den Übergang von der ergänzenden Vorbereitungshaft auf die Abschiebungshaft [gemeint ist wahrscheinlich die Sicherungshaft] ermöglichen". Mit anderen Worten: In den Fällen, in denen kein einstweiliger Rechtsschutz gewährt worden ist, soll auf die ergänzende Vorbereitungshaft direkt die Sicherungshaft folgen.

Daraus entstehen zwei Probleme:

a) Keine Frist zur freiwilligen Ausreise

Die ergänzende Vorbereitungshaft soll nach § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E der Vorbereitung einer Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG dienen. Gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylG erlässt das Bundesamt nach den §§ 59 und 60 Abs. 10 AufenthG eine schriftliche Abschiebungsandrohung. Diese ist nach § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG mit der Bestimmung einer angemessenen Frist zwischen sieben und dreißig Tagen für die freiwillige Ausreise zu verbinden. Von einer solchen Fristsetzung kann zwar nach § 59 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AufenthG in Fällen abgesehen werden, in denen von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Jedoch ist diese Möglichkeit nur für den Ausnahmefall und nicht als Regel ausgestaltet und gilt nicht für die Fälle der vorherigen Ausweisung wegen eines besonderen Ausweisungsinteresses nach § 54 AufenthG.

Mithin droht § 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG-E dazu zu führen, dass entgegen den Vorgaben aus § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylG i. V. m. § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG keine Frist zur freiwilligen Ausreise gesetzt wird. Dies würde zu einer unerträglichen Rechtskollision führen.

b) Unklarheit bei der Anrechnung auf die Zeit der Sicherungshaft

Nach § 62 Abs. 4 Satz 5 AufenthG ist die Dauer der Vorbereitungshaft im Sinne des § 62 Abs. 2 AufenthG auf die Gesamtdauer der Sicherungshaft anzurechnen. Eine solche Regelung, die unionsrechtlich geboten ist, fehlt bei § 62c AufenthG-E. Eine Lösung könnte darin bestehen, eine analoge Regelung als Satz 4 in § 62c Abs. 2 aufzunehmen. Alternativ könnten in § 62 Abs. 4 Satz 5 AufenthG nach den Worten „Eine Vorbereitungshaft" die Worte „nach Absatz 2 oder § 62c Absatz 1" aufgenommen werden.

8. Fehlende Klarheit beim Vorrang von Alternativen zur Haft

§ 62c Abs. 3 Satz 3 AufenthG-E bestimmt, dass § 62 Abs. 1 AufenthG Anwendung finden soll. Nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist die Abschiebungshaft – mithin auch die Vorbereitungshaft - unzulässig, wenn der Zweck der Haft durch ein milderes Mittel erreicht werden kann.

Aus dem in der Vorschrift festgelegten „ultima ratio"-Charakter der Abschiebungshaft folgt, dass sie nur dann zulässig ist, wenn sich die Behörden davon überzeugt haben, dass im Einzelfall andere Mittel unterhalb des Freiheitsentzuges – wie Überwachungssysteme, Meldeauflagen, Kaution oder andere Garantien – zur Vorbereitung oder Sicherstellung der Abschiebung nicht möglich sind. Vor der Verhängung von Abschiebungshaft müssen so-mit ausdrücklich Alternativen geprüft und mit nachvollziehbaren Gründen verneint worden sein.

Allerdings hat es der Gesetzgeber versäumt, konkrete Möglichkeiten vorzugeben, um die Haft zu vermeiden. Deshalb läuft § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG derzeit weitgehend leer, soweit er mehr sein soll als die bloße Wiederholung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. In nur

[12] BT-Drs. 19/22848, S. 16.

ganz wenigen Verfahren der Abschiebungshaft ist das Vorliegen von Alternativen überhaupt geprüft worden. Zwar wird immer wieder der BGH mit der Aussage ins Feld geführt, die Behörde müsse nicht zum Vorliegen von milderen Mitteln vortragen.[13] Es fehlt aber der Hinweis, dass auch nach Ansicht des BGH bei einem solchen Fehlen eines behördlichen Vortrags das Gericht selbst Alternativen prüfen muss.[14]

Diese tatsächlich bedeutsame Regelungslücke sollte umgehend geschlossen werden.

9. Behördliche Ingewahrsamnahme

Nach § 62c Abs. 3 AufenthG-E darf eine zuständige (Ausländer- oder Bundespolizei-) Behörde einen Ausländer vorläufig festnehmen, wenn der dringende Verdacht für das Vorliegen der Voraussetzungen für die ergänzende Vorbereitungshaft besteht, eine richterliche Entscheidung über die Haftanordnung nicht vorher eingeholt werden kann und der begründete Verdacht besteht, dass sich der Ausländer der Haftanordnung entziehen will. In solchen Fällen ist der Ausländer unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über eine Anordnung der Sicherungshaft vorzuführen.

Damit ist die Vorschrift im Wesentlichen § 62 Abs. 5 AufenthG nachgebildet. Die hiergegen bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken müssen auch gegen die vorgeschlagene Regelung erhoben werden. Denn für den schwersten Eingriff in das Recht der Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht.[15] Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird.[16] Die Freiheitsentziehung erfordert nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung, deren Zulässigkeit in Ausnahmefällen Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG voraussetzt, genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste.[17]

In verfassungskonformer Auslegung fände die Vorschrift allenfalls in den sehr wenigen Fällen der echten Spontanfestnahme Anwendung.

III. Zu den Kosten für die Länder

Der Erfüllungsaufwand und die weiteren Kosten für die Länder sind in der Begründung[18] bei weitem zu niedrig geschätzt.

Zum einen werden die eigentlichen Haftvollzugskosten, die neben den Personalkosten anfallen, nicht mit eingerechnet.

Zum anderen ist die Annahme, ein Abschiebungshaftantrag erfordere bei den zuständigen Gerichten lediglich eine Bearbeitungszeit von 30 Minuten pro Fall, geradezu zynisch. Es ist zu erwarten, dass sich die Haftrichter mehr Zeit und Mühe geben, um Entscheidungen zu treffen, die dem hohen Gut des betroffenen Freiheitsgrundrechts Rechnung tragen. Erst recht bei so komplexen Fällen, wie sie § 62c AufenthG-E zugrunde liegen, ist deshalb mit einem wesentlich höheren Zeitaufwand zu rechnen.

---

[13] BGH, Beschluss vom 30.3.2017 – V ZB 128/16, InfAuslR 2017, 287, Rn. 9-11.
[14] BGH, Beschluss vom 30.3.2017 – V ZB 128/16, InfAuslR 2017, 287, Rn. 12 a.E., Rn. 13.
[15] Vgl. BVerfGE 10, 302, 323; s.a. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009, 2 BvR 2520/07, Asylmagazin 11/2009, 34.
[16] BVerfGE 105, 239, 248; vgl. zu Art. 13 Abs. 2 GG: BVerfGE 103, 142, 151 ff.
[17] Vgl. BVerfGE 22, 311, 317.

In der Berechnung sind darüber hinaus die Bearbeitungszeiten und der damit zusammenhängende Kostenaufwand bei den Beschwerdeinstanzen nicht berücksichtigt.

Die Gesamtkosten für die Länder dürften somit wesentlich höher liegen als in der Begründung des GesE veranschlagt.

IV. Keine Evaluierung?

Die Regelung sollte dringend befristet und mit einer zwingenden Evaluationspflicht verbunden werden. Die Begründung[19] schätzt eine jährliche Fallzahl von 45, gibt aber zugleich zu:

> „Eine genaue Zahl von betroffenen Personen kann nicht ermittelt werden."

Mit diesen vagen Angaben ist der GesE ein Musterbeispiel für die fehlende Evidenzbasis von Regelungen im Bereich der Abschiebungshaft. Auch dies wird dem hohen Wert des Freiheitsgrundrechts nicht gerecht. Gründliche Studien, die alle Annahmen, auf denen Abschiebungshaftregelungen beruhen, auf den Prüfstand stellen, sind somit dringend erforderlich.

Nach alldem wird vorgeschlagen, auf die in Art. 3 GesE vorgesehenen Regelungen zu verzichten oder sie zumindest grundlegend zu überarbeiten.

B. Zum Vorschlag des Bundesrates in BT-Drs. 19/23566

In Nr. 2 seiner Stellungnahme schlägt der Bundesrat vor, dem § 58 Abs. 8 AufenthG folgende Sätze 3 und 4 anzufügen:

> „Zuständig für richterliche Anordnungen ist das für die Anordnung von Abschiebungshaft zuständige Amtsgericht. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend."

Der Bundesrat begründet diesen Vorschlag mit einer Regelungslücke, die entstanden sei, weil der Gesetzgeber mit der Änderung des § 58 AufenthG durch das Geordnete-Rückkehr-Gesetz nicht eindeutig die gerichtliche Zuständigkeit in Durchsuchungsfällen bestimmt habe. Dem ist beizupflichten.

Zweifel müssen aber an dem Vorschlag des Bundesrates angemeldet werden, die Zuständigkeit beim für die Anordnung von Abschiebungshaft zuständigen Amtsgericht anzusiedeln.

Die hierfür zunächst angeführte Ortsnähe ist, wie der Bundesrat selbst schreibt, auf Grund der landesrechtlichen Zuständigkeitsregelungen nicht in allen Fällen gegeben. Außerdem stellt der Bundesrat zu Recht fest, es seien

> „für die gerichtliche Prüfung einer Wohnraumdurchsuchung zur Ermöglichung von Abschiebungen keine Konstellationen erkennbar, die eine Ortsbegehung vor der Entscheidung erforderlich machten, so dass eine besonders enge räumliche Nähe des Gerichts zu den zu durchsuchenden Räumlichkeiten nicht zwingend geboten ist." [20]

Das Argument der Ortsnähe von Amtsgerichten kann somit nicht durchgreifen.

---

[18] BT-Drs. 19/22848, S. 13.
[19] BT-Drs. 19/22848, S. 13.
[20] Vgl. BT-Drs. 19/23566, S. 4.

Soweit dann der Bundesrat auf den „ausländerrechtlichen Sachverstand“ der für die Anordnung von Abschiebungshaft zuständigen Amtsgerichte abstellt, „der auch bei der Frage der Wohnraumdurchsuchung zu Abschiebungszwecken genutzt werden“ könne, spricht dieses Argument eher dafür, die Zuständigkeit hinsichtlich der Anordnung sowohl von Abschiebungshaft als auch von Durchsuchungen nach § 58 Abs. 6 AufenthG den Verwaltungsgerichten zuzuordnen. Auf Grund der mit der Prüfung aufenthaltsrechtlicher Sachverhalte verbundenen Schwierigkeiten für den Amtsrichter wird in der Literatur dafür plädiert, die Abschiebungshaft der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuordnen.[21] Denn die tatbestandlichen aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen werden in der Regel durch die Verwaltungsgerichte überprüft. Dadurch würde einer Perpetuierung und Erweiterung der „Mehrspurigkeit des Rechtswegs“[22] entgegengewirkt.

Der Vorschlag des Bundesrates sollte zum Anlass genommen werden, die Regelungen über die gerichtliche Zuständigkeit bei Abschiebungshaft und aufenthaltsrechtlichen Durchsuchungen auf den Prüfstand zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen

[redacted]

Stefan Keßler
stv. Direktor und Referent für Politik und Recht

[21] Vgl. etwa Stephan Beichel-Benedetti in: Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann, Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Rechtskonflikte im Spiegel politischer und gesellschaftlicher Umbrüche in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2007, S. 310-317.
[22] Ralph Göbel-Zimmermann, Die Anordnung und der Vollzug der Abschiebungshaft. ZAR 1996, S. 110 <117>.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 B

Statistisches Bundesamt

Der Präsident
Dr. Georg Thiel

Telefon: +49 (0)611 / 75-2100
Telefax: +49 (0)611 / 75-3183
georg.thiel@destatis.de

Wiesbaden, 19.10.2020

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

1. Einleitung und Eckpunkte

Der Zensus ist das **aktuell größte und ein außerordentlich wichtiges Projekt** in der amtlichen Statistik:

— Er wird in Übereinstimmung mit **EU-Recht und UN-Empfehlungen** alle **10 Jahre erhoben.**

— **Organisatorisch** sind sowohl der Bund als auch die Statistischen Landesämter involviert. Der Bund trägt dabei die alleinige Verantwortung für die zentrale IT – inklusive der damit verbundenen Kosten.

— **Die Ergebnisse des Zensus** sind u. a. die Grundlage für die Bevölkerungsfortschreibung.
— Diese wiederum sind Basis für viele politische Entscheidungen:
  - beispielsweise den **Länderfinanzausgleich** und **kommunalen Finanzausgleich** oder die **Wahlkreiseinteilung** bei Bundestagswahlen.

— Das **Zensusmodell** in Deutschland setzt sich aus **Register**-Modulen (insbesondere Melderegister, Grundsteuerdaten, Katasterdaten), zwei **primärstatistischen** Erhebungen (Personen und Gebäude/Wohnungen) sowie einem automatisierten Generierungsteil (Haushalte) zusammen**.**
  - Methodik und Vorgehenswese waren auch Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem **Bundesverfassungsgericht**. Mit Urteil vom 19.09.2018 hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit bestätigt.
  - Gleichzeitig hat das BVerfG aber Statistischen Ämtern des Bundes und der Länder auch die Verpflichtung aufgegeben, die **Methodik, wenn notwendig, fortzuschreiben**.

— Die aktuelle Pandemie zeigt die **Grenzen der primärstatistischen Erhebungen** mit einer hohen Abhängigkeit von persönlichen Befragungen klar auf und unterstreicht die Bedeutung des künftigen Umstiegs auf einen Registerzensus.
— Bei einem **reinen Registerzensus** wie in Österreich ist mit substanziell geringeren Kosten im laufenden Betrieb (nach einmaligen Umstellungskosten) zu rechnen.

2. Zum Stand der Arbeiten

Zum aktuellen Zeitpunkt sind die vorbereitenden Arbeiten weit fortgeschritten:

— Der **erste Registereinzug** erfolgte im **November 2017** zum Aufbau des Steuerungsregisters, welches die Basis für die Stichprobenauswahl, aber auch die Zusammenführung der Erhebungsteile bildet.
— Zudem wird vornehmlich aus den Grundsteuerdaten ein **Datenbestand** für die Auskunftspflichtigen für die Gebäude- und Wohnungszählung **kontinuierlich aufgebaut**.
— Es wurden **seitdem weitere Datenquellen** des Bundesamts für Kartografie und Geodäsie sowie der Liegenschaftskataster mit dem Ziel der Identifikation potentiellen Wohnraums integriert.
— Pretests der Fragebögen wurden erfolgreich abgeschlossen und eine umfassende Prüfung der Melderegisterdaten anhand einer **Pilotdatenlieferung** durchgeführt.

3. Zu den Auswirkungen der Pandemie:

Die COVID-19 Pandemie hat in Deutschland nicht nur erhebliche Einschränkungen des öffentlichen Lebens mit sich gebracht, sondern auch Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung der Verwaltung. Dies betrifft den Zensus in starkem Maße:

— Die grundsätzliche Arbeitsfähigkeit war zwar permanent gegeben – dies jedoch mit diversen Einschränkungen, die sich teilweise in den Ländern unterschiedlich stark geäußert haben.
— So musste in den Statistischen Ämtern des Bundes und der Länder in erheblichem Umfang **Personal für andere Aufgaben** - z.B. zur Unterstützung der Gesundheitsämter - abgezogen werden.
— Darüber hinaus sind im Statistischen Verbund aufgrund des sehr hohen Schutzbedarfs der Zensusdaten die Möglichkeiten des mobilen Arbeitens teilweise stark eingeschränkt.

— In 2020 hätte das **Steuerungsregister** nach Abschnitt 2 des Zensusvorbereitungsgesetzes 2021 weiter aufgebaut, d.h. um nicht in den Melderegistern enthaltene, aus anderen Quellen aber bekannte Anschriften ergänzt werden müssen.
— Aufgrund pandemiebedingter Einschränkungen konnte diese Arbeiten nicht wie benötigt erfüllt werden – das Steuerungsregister wird daher nicht zum ursprünglich geplanten Zeitpunkt den erforderlichen Qualitätsstand aufweisen, um die Stichprobenziehung *[nach § 12 Absatz 1 Satz 1 Zensusgesetz 2021]* mit hinreichendem Vorlauf für die Erhebungsorganisation durchführen zu können.

— Zudem hätten die Statistischen Landesämter in Zusammenarbeit mit den Kommunen mit der **Einrichtung der Erhebungsstellen** bei den Kommunen beginnen müssen.
— Auch diese Arbeiten konnten aufgrund anderer Prioritäten, wie bspw. der Unterstützung von Gesundheitsämtern, nicht im notwendigen Umfang geleistet werden.

⇒ Im Zusammenwirken dieser Faktoren (v.a. **Qualitätsstand Steuerungsregister** für die Stichprobenziehung und **Einrichtung weiterer Erhebungsstellen**) kann ein Zensus zum bisher vorgesehenen **Stichtag im Mai 2021 nicht mehr sichergestellt** werden.

⇒ Hätte man am **ursprünglich vorgesehenen Zensusstichtag** festhalten wollen, wären die qualitativen Anforderungen an den Zensus – insbesondere mit Blick auf die Feststellung der amtlichen Einwohnerzahlen – nicht zu erfüllen gewesen.

⇒ Diese **Qualitätsanforderungen** sind aufgrund der Bedeutung der Zensusergebnisse für wichtige ökonomische, soziale und politische Entscheidungen nicht reduzierbar.

4. EU Vergleich:

— Die Situation in Europa ist **heterogen**: einige Länder haben vollständig auf einen **registerbasierten Zensus** umgestellt (z.B. Dänemark oder Österreich). In diesen Ländern gibt es möglicherweise qualitative Einschränkungen durch temporär schlechtere Register, aber **keine zeitlichen Verzögerunge**n.

— Zahlreiche andere Länder haben **Verschiebungen innerhalb des Jahres 2021 angekündigt**. Eine Verschiebung des Stichtags **über das Jahr 2021 hinaus** ist neben **Deutschland** in **Irland** geplant.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 C

RaVG Dr. Philipp Wittmann[1]

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 Gesetzesentwurfs[2] dient der Vorbereitung der öffentlichen Anhörung am 2. November 2020 und beruht auf dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.09.2020[3] sowie auf der Stellungnahme des Bundesrates mit Gegenäußerung der Bundesregierung vom 21.10.2020[4].

Die Bearbeitung wurde nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, kann jedoch – zumal angesichts der Komplexität der Sachmaterie und des eng gesetzten Zeitrahmens[5] – 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) [1]Ein 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. [2]Die Haft darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes nicht erforderlich ist.

(2) [1]Die 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. [2]In 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. [3]In 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) [1]Die Haft wird grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen vollzogen. [2]Sind 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) [1]Die 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.

[2]Der 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) [1]Durchsuchungen nach Absatz 6 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die die Abschiebung durchführende Behörde angeordnet werden. [2]Die 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 Regelungsanlass umschrieben (sogleich I.) und die einfachgesetzliche Rechtslage im Hinblick auf diesen Regelungsanlass 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. Regelungsanlass: Schließung einer „Regelungslücke“ bei Asylantragstellung vor der Inhaftnahme

Nach der Gesetzesbegründung[8] 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 Gesetzentwurf soll daher der Schließung einer Regelungslücke dienen.[9]

II. Analyse des Regelungsanlasses (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 Ankunftsnachweises 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 vollziehbaren[11] 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 Recht[12] 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 (verweigerte 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 AuslR/Houben, § 14 AsylG Rn. 15a; BeckOK AuslR/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 15.08.2019[20] 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 AufenthG[22] 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 EuGH[23] 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 Aufnahmerichtlinie 2013 – AufnRL)[25] zulässig, der Voraussetzungen und Grenzen der Inhaftnahme von Asylbewerbern regelt.[26] Da die Aufnahmerichtlinie 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 Jahren[30] – 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 Sicherungsinteresse („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 AufenthG[32] 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 „vorzubereitenden“ behördlichen Entscheidungen i.d.R. nicht der persönlichen Anwesenheit des Betroffenen bedürfen und daher – auch im Fall der Entscheidung über den Asylantrag[33] – 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 15.08.2019[39] 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 Gegenausnahme des § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E[41] 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 20.10.2015[44] 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 kann[53] – 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 regelmäßig[57] um – ggf. sogar aussichtsreiche – Erstanträge handeln. Die in § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E genannten Voraussetzungen[58] 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 AufenthG[60]). 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 Beispielsfälle skizziert:

- Ein politisch aktiver türkischer Student, der sich nach Ablauf seines Studentenvisums 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 verurteilte[62] 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 Jahr[63] 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 unterliegt[71] – 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 diente,[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 AufenthG[81] 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 Verfahrensdauer[83] und – dies wäre im Interesse einer höheren Kompatibilität mit den Anforderungen der Aufnahmerichtlinie jedenfalls zu empfehlen[84] – 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 Entscheidungen[89] 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 problematischen[91] – 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 Innern[93] – 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 Fluchtgründen[96] 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 Asylunwürdigkeit 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 Asylantrags 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 kann[106] – 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 VLR[107] 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 21.10.2020[110] 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 Haftsachen in räumlicher Nähe zum Wohn- bzw. Ergreifungsort des Betroffenen aber personell und strukturell nicht ausgerichtete Verwaltungsgerichtsbarkeit[111] 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 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 Völkerrechts[112] 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 Gesetzentwurf 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 2013[116] 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.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 D

KANZLEI MÖCKERNKIEZ

Christoph Tometten, LL.M.
Rechtsanwalt

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

In Bürogemeinschaft mit:
Benjamin Hersch
Rechtsanwalt
Susanne Lattek
Rechtsanwältin
Sonja Schlecht
Rechtsanwältin
Lena Stehle
Rechtsanwältin

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

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

Vorab per Fax: 030 - 227 36994

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.**).

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 Aufnahmerichtlinie – 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 Aufnahmerichtlinie), 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 Aufnahmerichtlinie). 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

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 E

Prof. Dr. Kay Hailbronner

Fruthwilen, den 31.10. 2020

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 l 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 Aufenhaltsverbot zu berücksichtigen .

Weitere Voraussetzung ist die Stellung eines Asylantrags. Das ist zwar nicht unmittelbar in § 62c Abs. 1 Entwuf 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 Ankunftsnachweises nach § 63a Abs. 1 ; wird kein Ankunftsnachweis 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 eingereichter 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 i*m 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 Asylausgang 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 vorliege. 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 § 36Abs.3 S. 1 AsylG (Antrag auf vorläufigen Rechtschutz 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 Allgmeinheit ausgeht.Zu r 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 Rechtssprechung 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 durchfzuführen. 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 Wortlauf 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 Wahrscheinlich 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 aufenthaltsbendender 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 n 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 Bundeamts 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 eine 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 letzlich auch dazu geführt, dass in der Aufnahmerichtlinie die Sicherung der Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Asylantragsstellers nur in dem Kontext eines eingeleiteten Rückkehrverfahrens nach derRückführungsrichtlinie 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 eine 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 Regelungspielräume , die allerding 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 Haft anordnung 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 Inkraftteten der Aufnahmerichtlinie 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 entgegen halten ,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 Einreise verbot 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 einAusländer unter Verstoß gegen ein Einreise-und dAufenthaltsverbot 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 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 Asyl G 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.

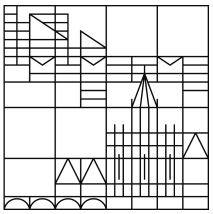
Fruthwilen, 31.10. 2020

Kay Hailbronner

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)625 F

Universität Konstanz



Professor Dr. Marcel Kau, LL.M.
(Georgetown)
Fachbereich Rechtswissenschaft
Fach 116
D-78457 Konstanz
Fon: +49-7531-88-3634
Fax: +49-7531-88-3146

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestags

am 2. November 2020

a) „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes“ BT-Drs. 19/22848

sowie dem

b) „Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung“ BT-Drs. 19/23566

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

Vorbemerkung: …… **2**

Themenbereich 1: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Ergänzenden Vorbereitungshaft…… **3**

Themenbereich 2: Ausgestaltung der Abschiebungshaft……. **6**

Themenbereich 3: § 62c AufenthG im Hinblick auf Art. 31 Abs. 1 GFK……. **7**

Vorbemerkung:

Der vorliegende Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.9.2020 (BT-Drs. 19/22848) geht vom Bestehen einer Regelungslücke im AufenthG und von der dringenden Notwendigkeit ihrer Schließung aus (vgl. BT-Drs. 19/22848, S. 18). Wie dem Gesetzesentwurf zu entnehmen ist, besteht nach der gegenwärtigen Rechtslage keine Möglichkeit, Abschiebungshaft anzuordnen, wenn ein bereits einem Einreise- und Aufenthaltsverbot unterliegender Ausländer *vor Inhaftnahme* einen (erneuten) Asylantrag gestellt hat. Dies hängt systematisch damit zusammen, dass mit Stellung eines Asylantrags eine zeitweilige Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG verbunden ist, die einer Abschiebung und der Anordnung von Abschiebungshaft entgegensteht. Eine Lückenschließung erscheint insbesondere deshalb geboten, da in jüngerer Zeit Fälle publik geworden sind (u.a. der Fall Miri), in denen Personen wieder ins Bundesgebiet eingereist sind, obwohl gegen sie – nach aufenthaltsbeendenden Maßnahmen – Einreise- und Aufenthaltsverbote verhängt worden waren und die von ihnen gestellten Asylanträge die Vermutung begründeten, dass sie mit großer Wahrscheinlichkeit offensichtlich unbegründet sein würden. Da in diesen Fällen unmittelbar nach Rückkehr in das Bundesgebiet Asylanträge gestellt wurden, bestand nach bisheriger Rechtslage keine Möglichkeit, die betreffenden Ausländer vor der Entscheidung über diesen Asylantrag in Abschiebehaft zu nehmen.

Die mit dem Gesetzesentwurf v. 25.9.2020 beabsichtigte Lückenschließung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit des Vollzugs des AufentG und des AsylG sowie den in dieser Hinsicht bestehenden unionsrechtlichen Verpflichtungen. Wie schon an anderer Stelle hervorgehoben, hängen **Glaubwürdigkeit und Legitimität der gegenwärtigen Migrationspolitik** wesentlich davon ab, dass einmal vollzogene aufenthaltsbeendende Maßnahmen mit anschließendem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG auch effektive Wirkung haben und sich nicht – ggf. mit der Hilfe von rechtswidrigen Wiedereinreisen – als irrelevant erweisen. Dies ergibt sich vor allem aus den **unionsrechtlichen Vorgaben der sog. Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG** (ABl.EG 2008, L 348, S. 98 ff.). So wie alle Mitgliedstaaten nach der Rückführungsrichtlinie grundsätzlich dazu verpflichtet sind, „gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung“ zu erlassen und diese hernach zu vollziehen (Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1), müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 11 i.V.m. Art. 3 Abs. 6 der Rückführungsrichtlinie auch dafür sorgen, dass diese Maßnahmen dauerhaft wirken und grundsätzlich ein Einreiseverbot verhängt wird („entry ban). Sofern mit dem nun vorgesehenen § 62c AufenthG die Effektivität der verhängten **Einreise- und Aufenthaltsverbote** erhöht werden, entspricht dies den unionsrechtlichen Verpflichtungen nach der Rückführungsrichtlinie (vgl. *Lutz*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016,

Art. 11 RL 2008/115/EG, Rdnr. 5 ff.; eingehend auch *Hailbronner*, in: ders., AuslR, § 11 AufenthG, Rdnr. 3).

In Zusammenhang mit dem im Gesetzentwurf vorgeschlagenen § 62 c AufenthG soll im Nachgang verschiedenen weiteren **verfassungs- und völkerrechtlichen Fragen** nachgegangen werden.

Themenbereich 1: „Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Ergänzenden Vorbereitungshaft“

(1) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass § 62c AufenthG sich in die zuletzt mit dem 2. Gesetz zur besseren Durchsetzung der Reisepflicht v. 15.8.2019 (BGBl. I S 1294) **neugefasste Systematik der Abschiebungshaft** in Form der Sicherheits-, Vorbereitungs- und Mitwirkungshaft nach §§ 62 ff. AufenthG einfügt. Dementsprechend unterliegt die Ergänzende Vorbereitungshaft des § 62c AufenthG ungeachtet ihres eigenen Wortlautes den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wie sie insgesamt im Hinblick auf die §§ 62 ff. AufenthG zur Anwendung kommen.

Dies sind neben Art. 104 GG i.V.m. anderen Grundrechten (vgl. BVerfG 104, 220, 235 f.; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 104, Rdnr. 24 u. 38 ff.) insbesondere das in § 62 Abs. 1 AufenthG hervorgehobene **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Nach dem hieraus abgeleiteten „Gebot des mildesten Mittels“ (§ 62 Abs. 1 Satz. 1 AufenthG) ist auch eine Ergänzende Vorbereitungshaft grundsätzlich nur zulässig, wenn nicht ein milderes, ebenso geeignetes Mittel verfügbar ist. Auch im Hinblick auf § 62c AufenthG gilt das **„Gebot der Zweckerreichung“**, wonach die Ergänzende Abschiebungshaft ebenfalls nicht dazu verwendet werden darf, eine aus anderen Gründen bereits unmögliche Abschiebung zu erleichtern (vgl. BVerfG v. 12.11.1999, DVBl. 2000, 69; zur einschlägigen BGH-Rspr. vgl. auch *Drews*, NVwZ 2013, 256 ff.; *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rdnr. 1195). Gleichermaßen gilt das **„Gebot der kürzesten Haftdauer“** (§ 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) sowie der **„Grundsatz der allgemeinen Verfahrensbeschleunigung“** auch in den Fällen, in denen die Ergänzende Vorbereitungshaft angeordnet werden soll (zu den Grundsätzen vor der Einfügung von § 62c AufenthG, vgl. *Hailbronner*, in: ders., AuslR, § 62 AufenthG, Rdnr. 44 ff., 47 ff.). Im Ganzen hat die Einfügung in die Systematik der §§ 62 ff. AufenthG zur Folge, dass – ungeachtet des einzelfallbezogenen Anlasses – mit der Ergänzenden Vorbereitungshaft nach § 62c kein aus den herkömmlichen Verfassungs- und Gesetzesbindungen herausfallender Sondertatbestand geschaffen wird. Stattdessen ist die Ergänzende Vorbereitungshaft in **denselben Regelungs- und Wirkungsrahmen** eingebet-

tet, den das Bundesverfassungsgericht und in seiner Folge das rechtswissenschaftliche Schrifttum schon seit Jahren akribisch ausgestaltet haben. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 104 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG wird klar, dass sich auch die Ergänzende Vorbereitungshaft nach § 62c AufenthG an hohen verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen muss.

(2) Zusätzlich zu den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen der §§ 62 ff. AufenthG ist der Tatbestand des § 62c AufenthG auch selbst durch eine **Fülle von detaillierten Anforderungen** gekennzeichnet. So muss ein Ausländer, gegen den Ergänzende Vorbereitungshaft verhängt werden soll, zunächst einem **Einreise- und Aufenthaltsverbot** nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG unterliegen. Dies bedeutet, dass § 62c AufenthG nur im Hinblick auf Personen angewendet werden kann, die sich zuvor bereits „ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben" worden sind. Dies sind im Regelfall Personen, die sich bereits im Bundesgebiet aufgehalten haben und aufenthaltsbeendenden Maßnahmen unterlagen. Damit wird klar, dass die Ergänzende Vorbereitungshaft für Asylsuchenden, die erstmalig einen Antrag stellen, nicht zur Anwendung kommen *kann* und sie sich daher bereits **aus Tatbestandsgründen nicht zur „Standardmaßnahme"** innerhalb des Asylverfahrens entwickeln wird.

Außerdem ist mit der Ergänzenden Vorbereitungshaft auch ein **flexibles Instrumentarium** verbunden. So verweist § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Betretungserlaubnis nach § 11 Abs. 8 AufenthG, so dass etwa bei Einreisen zu außergewöhnlichen Anlässen (z.B. Trauerfällen o. dergl.) keine Vorbereitungshaft angeordnet werden kann. Über den konkreten Fall der Betretungserlaubnis hinaus, geht davon außerdem das Signal aus, dass es sich bei der Ergänzenden Vorbereitungshaft um ein **spezielles und flexibles Instrument für besonders gelagerte Einzelfälle** handelt.

Diesen Eindruck unterstreichen auch die weiteren in § 62c AufenthG alternativ genannten Tatbestandsmerkmale. Nach Abs. 1 Satz 1 muss vom betreffenden Ausländer entweder „eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter" oder „bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit" oder seine Ausweisung muss aufgrund von § 54 Abs. 1 AufenthG erfolgt sein. Im Grund sind die Anforderungen an den betreffenden Ausländer damit so hochgeschraubt, dass darunter wohl fast ausschließlich **hochgefährliche Terroristen** oder **umfangreich vorbestrafte Schwerverbrecher** fallen dürften. Allein schon diese Tatbestandsmerkmale werden in der Praxis zu einer nur **sehr begrenzten Anwendung** von § 62c AufenthG führen.

Als würde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht schon durch die Einbettung in die Systematik der §§ 62 ff. AufenthG umfangreich zur Anwendung gelangen, wird in § 62c Abs. 1 Satz 2 AufenthG noch einmal eigens darauf hingewiesen, dass die Ergänzende Vorbereitungshaft nicht angeordnet werden darf, wenn sie für die Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG „nicht erforder-

lich“ ist. Hiermit wird – über den Zusammenhang mit der Abschiebungshaft hinaus – der Bezug zum Asylverfahren hergestellt, um spezifische asylrechtliche Anknüpfungspunkte für § 62c AufenthG zu gewährleisten.

Weitere Modalitäten im Hinblick auf die **Dauer der Ergänzenden Vorbereitungshaft** ergeben sich im Weiteren aus § 62c Abs. 2 AufenthG. Dass bei „unzulässigen“ oder „offensichtlich unbegründetem“ Asylantrag die Ergänzende Vorbereitungshaft bis zum Fristablauf nach § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG fortdauert, dürfte dabei mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift – der Ermöglichung einer raschen Abschiebung – vereinbar sein. Grundsätzlich sind in Abs. 2 vor allem zeitliche Begrenzungen der Ergänzenden Vorbereitungshaft vorgesehen und Regelungen, die im Einklang mit den bestehenden Regeln des Asylverfahrens stehen. Auch dies entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine **möglichst kurze und mit dem Asylverfahren abgestimmt Haftdauer**. Bemerkenswerter Weise hat es ein Ausländer, der sich in Ergänzender Vorbereitungshaft befindet, nach Abs. 2 Satz 3 selbst in der Hand diese zu verkürzen. Denn in den Fällen, in denen ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO – Anordnung der aufschiebenden Wirkung – gegen eine Abschiebungsandrohung nach § 34 AsylG vom Gericht abgelehnt worden ist, mithin also die Abschiebungsandrohung bestehen bleibt, muss die Haft eine Woche später enden. In dieser Woche haben die Behörden noch die Möglichkeit, eine Abschiebung zu vollziehen. Gelingt dies nicht, so müssen sie die betreffende Person aus der Ergänzenden Vorbereitungshaft entlassen. Ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO erfolgreich, muss der Betreffende wegen mangelnder Zweckerreichung ohnehin aus der Ergänzenden Vorbereitungshaft entlassen werden. Im Ergebnis zeigt die Regelung des § 62c Abs. 2 Satz 3 AufenthG, dass der Gesetzgeber nicht nur eine möglichst kurze Haftdauer vorsehen möchte, sondern dem Inhaftierten auch noch die Möglichkeit einräumt, die Beendigung der Haft durch einen Rechtsbehelf letztlich selbst herbeizuführen.

(3) Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Ergänzende Vorbereitungshaft nach § 62c Abs. 1 grundsätzlich auf einer **richterlichen Anordnung** beruhen muss. Nach Abs. 4 kann ein Ausländer zwar ausnahmsweise auch ohne eine richterliche Anordnung festgehalten „und vorläufig in Gewahrsam“ genommen werden. Allerdings sind hierfür drei kumulative Voraussetzungen zu erfüllen, von denen die nach Ziff. 2, wonach eine richterliche Entscheidung nicht vorher eingeholt werden kann, prozedural sicherlich am schwersten wiegt. Allerdings ist auch bei den Fällen des § 62c Abs. 4 AufenthG der Ausländer **„unverzüglich“** – das heißt typischerweise ohne schuldhaftes Zögern – dem Richter zur Anordnung über die Haft vorzuführen. Dies führt dazu, dass die Ausnahmen des § 62c Abs. 4 AufenthG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Themenbereich 2: „Ausgestaltung der Abschiebungshaft“

(1) Ein wesentlicher und auch früher – etwa im Zusammenhang mit dem 2. Gesetz zur besseren Durchsetzung der Reisepflicht v. 15.8.2019 (BGBl. I S 1294) – bereits umstrittener Aspekt der Abschiebungshaft betrifft ihre **konkrete Ausgestaltung**. Ähnlich wie § 62a Abs. 1 AufenthG statuiert nun auch § 62c Abs. 3 Satz 1 AufenthG, dass die „Haft … grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen vollzogen“ wird. Wie die Gesetzesbegründung hervorhebt, steht dies im grundsätzlichen Einklang mit den „europarechtlichen Vorgaben … (Artikel 10 und Artikel 11 der Aufnahme-RL“ (BT-Drs. 19/22848, S. 18). Getrübt wird dieser Eindruck dadurch, dass § 62c Abs. 3 Satz 2 dann vorsieht, dass für den Fall, dass solche „speziellen Hafteinrichtungen im Bundesgebiet nicht vorhanden sind“ oder „vom Ausländer eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit“ ausgeht, die Ergänzende Vorbereitungshaft auch in „sonstigen Haftanstalten“ vollzogen werden kann. Zwar ist darunter auch eine räumlich getrennte Unterbringung gemeint, sie erfolgt dennoch in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten. Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG ist jedoch im Unionsrecht vorgesehen, dass die Unterbringung von ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen grundsätzlich getrennt in **speziellen Abschiebungs-Hafteinrichtungen** stattfinden muss (engl. „specialised detention facilities“) und nicht in herkömmlichen Straf- oder Justizvollzugsanstalten. Der Hintergrund für die Verpflichtung zur getrennten Unterbringung liegt darin, dass das Bestehen einer aufenthaltsrechtlichen Ausreise- oder Mitwirkungspflicht keine Strafbarkeit begründet und ausreise- oder mitwirkungspflichtige Drittstaatsangehörige daher nicht wie Straftäter behandelt oder zusammen mit ihnen untergebracht werden dürfen (vgl. *Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 16 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 4). Hieran ändert sich – im Sinne des Unionsrechts – auch nichts dadurch, dass nach der Einschätzung der Behörden „von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder für Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht“.

Dennoch führt die Regelung des § 62c AufenthG noch nicht zwingend zu einem Verstoß gegen das Europarecht. Denn **Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG** eröffnet für den Fall der Nichtverfügbarkeit spezieller Abschiebungs-Hafteinrichtungen, *vorübergehend* die Möglichkeit einer organisatorisch getrennten Unterbringung von Abschiebungs-Häftlingen in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten. Von den Ausnahmen zu Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG kann vorliegend mit einigen Anstrengungen noch Gebrauch gemacht werden, da wohl immer noch eine Überlastung der Abschiebungskapazitäten konzediert werden muss.

Im Verhältnis von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 und Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG ist jedoch nach der Rspr. des EuGH anerkannt, dass Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG **grundsätzlich eng auszulegen** ist (vgl. EuGH v. 17.7.2014, C-473/13 u. C-514/13, Bero u. Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095 Rdnr. 25; EuGH v. 24.4.2012, C-571/10, Kamberaj, ECLI:EU:C:2012: 233 Rdnr. 86). Ironischer Weise bezieht sich der Gesetzgeber in der Entwurfsbegründung ostentativ auf die Entscheidung in der Rs. Bero u.Bouzalmate, während in § 62c Abs. 3 Satz 2 AufenthG doch immer noch – im Vergleich zu 2014 – auf eine Situation rekurriert wird, in der keine spezielle Hafteinrichtung im Sinne der Rückführungsrichtlinie in Deutschland geschaffen worden ist. Von diesen Fragen unbeeinflusst hat der Bundesgerichtshof (BGH) schon mehrfach unter Verweis auf Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG Anordnungen der Abschiebungshaft wegen des Vollzugs in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten als rechtswidrig eingestuft (vgl. BGH v. 21.4.2016, V ZB 73/15, juris, Rdnr. 10; BGH v. 25.9.2014, V ZB 194/13, juris, Rdnr. 1; BGH v. 25.7.2014, V ZB 137/14, InfAuslR 2014, 441).

Bereits bei den Beratungen des 2. Gesetz zur besseren Durchsetzung der Reisepflicht v. 15.8.2019 (BGBl. I S 1294) war die Frage der Unterbringung von Abschiebungshäftlingen in teilweisen Widerstreit mit den unionsrechtlichen Anforderungen geregelt. Ganz offensichtlich passt die lapidare Entwurfsbegründung, die den Eindruck erweckt, als stehe die Bestimmung in vollem Einklang mit dem Europarecht (BT-Drs. 19/22848, S. 18), nicht zum Wortlaut von § 62c Abs. 3 Satz 2 AufenthG. Letztlich ist das vollständige Fehlen „spezieller Hafteinrichtung“ ein Missstand, dem dringend abgeholfen werden sollte. Die Bundesrepublik Deutschland sollte – vielleicht in Kooperation mit einigen Bundesländern – die anlässlich des Gesetzentwurfs BT-Drs. 19/22848 erneut notwendig gewordenen „gesetzgeberischen Verrenkungen“ in dieser Frage zum Anlass nehmen, eine solche „spezielle Hafteinrichtung“ endlich zu schaffen.

Themenbereich 3: § 62c AufenthG im Hinblick auf Art. 31 Abs. 1 GFK

Im Weiteren ließe sich noch daran denken, dass § 62c AufenthG im Konflikt mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen nach **Art. 31 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)** stehen könnte. Danach ist des den Vertragsstaaten untersagt *Strafen gegen Flüchtlinge* zu verhängen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihre Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Art. 1 [GFK] bedroht waren und ohne Erlaubnis eingereist sind.

Im Zentrum steht damit die Frage, ob eine Ergänzende Vorbereitungshaft nach § 62c AufenthG **als „Strafe“** i.S. von Art. 31 Abs. 1 GFK anzusehen ist. Wie aber im Hinblick auf alle Regelungen der §§ 62 ff. AufenthG gesagt werden kann, handelt es sich bei den danach vorgesehenen Maßnahmen nicht um strafrechtliche Ahndungen für Gesetzesübertritte, sondern um ein verfahrensrechtliches Mittel, mit dem der Zweck verfolgt wird, spätere aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Es **fehlt damit der pönalisierende Charakter** sowohl der Abschiebungshaft insgesamt als auch der Ergänzenden Vorbereitungshaft im Besonderen. Ein Grund für diese nicht-pönalisierende Einstufung liegt darin, dass die Vertragsstaaten beim Abfassen der GFK die Aufenthaltsbeendigung oder Abschiebung – engl. expulsion – ausdrücklich nicht als Strafe betrachtet haben (vgl. *Zimmermann* (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford 2011, Art. 31, Rdnr. 75). Soweit aber die Einwanderungskontrolle ein wesentliches Ziel der GFK darstellt, liegt es nahe auch die Maßnahmen, durch die Aufenthaltsbeendigung und Abschiebung ermöglicht werden sollen, ebenfalls nicht unter den Begriff der „Strafe“ nach Art. 31 Abs. 1 GFK zu fassen.

Bei Formen der Abschiebungshaft ist ergänzend auch noch auf die in Art. 31 Abs. 2 GFK vorgesehene Anforderungen an die „Notwendigkeit“ von Beschränkungen (engl. „question of its necessity“) im Hinblick auf den Aufenthaltsort zu verweisen. Sofern sich die Maßnahmen nicht als „notwendig“ erweisen, ist davon auszugehen, dass ihnen möglicherweise doch Strafcharakter zugeschrieben werden kann (*Zimmermann* (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford 2011, Art. 31, Rdnr. 76). Soweit aber bereits im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen festgestellt wurde, dass die konkrete Ausgestaltung und Zielsetzung der Ergänzenden Vorbereitungshaft auch strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen, ist davon auszugehen, dass sie ebenfalls den ***Necessity*-test** im Rahmen von Art. 31 GFK bestehen. Hinzu kommt, dass im Falle von § 62c AufenthG mit einem **Verstoß gegen das Einreise- und Aufenthaltsverbot** nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ein zusätzlicher aufenthaltsrechtlicher Grund für die Verhängung der Haft besteht, der wiederum keinen Strafcharakter hat, sondern allein dem Zweck zu dienen bestimmt ist, die ursprüngliche Aufenthaltsbeendigung auch dauerhaft sicherzustellen. Insofern ist auch bei der

Ergänzenden Vorbereitungshaft von einer „*non-punitive detention*“ im Sinne der GFK auszugehen (vgl. *Zimmermann* (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford 2011, Art. 31, Rdnr. 78).

Nicht zuletzt mit Blick auf Art. 31 Abs. 1 GFK ist es nicht bloß von untergeordneter Bedeutung, dass im Rahmen der §§ 62 ff. AufenthG, also auch bei § 62c AufenthG, eine **von Straftätern getrennte Unterbringung** erfolgt. Wenn dies in Ermangelung entsprechend spezieller Hafteinrichtungen schon nicht vollständig räumlich getrennt möglich ist, dann doch zumindest in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten getrennt von Straftätern. Im Ergebnis lässt sich damit kein Verstoß von Art. 62c AufenthG gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 31 GFK feststellen.

Konstanz, den 1. November 2020