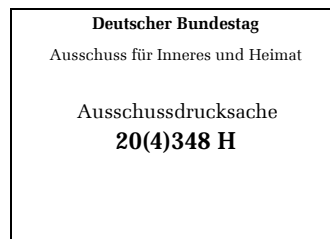


RaVGH Dr. Philipp Wittmann¹
(VGH Baden-Württemberg)



Römerberg / Mannheim,
den 7. Dezember 2023

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz)

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11. Dezember 2023

Die Stellungnahme dient der Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 11. Dezember 2023. Sie beruht auf dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 24. November 2023.²

Die Bearbeitung wurde nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, kann jedoch – zumal angesichts der Vielzahl der behandelten Einzelthemen, der Komplexität der Sachmaterie und des eng gesetzten Zeitrahmens³ – 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 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg und Lehrbeauftragter für Migrationsrecht an den Universitäten Heidelberg und Freiburg i.Br. Die Stellungnahme beruht auf eigenen Rechtsauffassungen des Verfassers und spiegelt nicht die Auffassung der Richterschaft, der Dienststelle(n) oder früherer Abordnungsdienststellen des Verfassers wider.

² Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz) vom 24. November 2023, BT-Drs. 20/9463 bzw. vom 2. November 2023, BR-Drs. 563/23.

³ Die Ladung als Sachverständiger und die Mitteilung des Sachverhalts erfolgten am 1. Dezember 2023; der Entwurf war jedoch zum Teil vorab aus Veröffentlichungen bekannt.

I. Änderungen des Aufenthaltsgesetzes (Artikel 1)

1. Anpassung des verschärften Spurwechselfverbots bei qualifizierter Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet an die Neufassung der qualifizierten Offensichtlichkeitstatbestände (Art. 1 Nr. 3 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 10 AufenthG)

§ 10 AufenthG (Aufenthaltstitel bei Asylantrag) soll lauten:

(1) – (2) [...]

(3) ¹Einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist oder der seinen Asylantrag zurückgenommen hat, darf vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 erteilt werden. ²Sofern der Asylantrag nach **§ 30 Absatz 1 Nummer 3 bis 7 [bisher: § 30 Abs. 3 Nummer 1 bis 6]** des Asylgesetzes abgelehnt wurde, darf vor der Ausreise kein Aufenthaltstitel erteilt werden. ³Die Sätze 1 und 2 finden im Falle eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Anwendung; Satz 2 ist ferner nicht anzuwenden, wenn der Ausländer die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach **§ 25 Absatz 3 [bisher: § 25 Abs. 3]** erfüllt.

b) Einordnung

§ 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG regelt Fälle, in denen eine missbräuchliche Asylantragstellung in der Vergangenheit, die der Gesetzgeber in spezifischen Fallkonstellationen aus der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet herleitet,⁴ durch einen weitgehenden Ausschluss von Möglichkeiten eines späteren Spurwechsels sanktioniert werden soll: Wird der Asylantrag seitens des Bundesamts unter ausdrücklicher Berufung auf die bislang in § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG normierten Umstände als offensichtlich unbegründet abgelehnt, kann dem Betroffenen bis zu seiner Ausreise grundsätzlich⁵ nur dann ein Aufenthaltstitel erteilt werden, wenn ihm ein unbedingter Anspruch auf Titelerteilung zukommt oder das Bundesamt zu seinen Gunsten ein nationales Abschiebungsverbot festgestellt hat („verschärftes

⁴ Die bisherige Fassung des § 30 AsylG unterscheidet zwischen der Ablehnung des Asylantrags als (einfach) offensichtlich unbegründet aufgrund offensichtlich fehlender Schutzvoraussetzungen (§ 30 Abs. 1 AsylG), der der Ablehnung des Asylantrags als (einfach) offensichtlich unbegründet aufgrund offensichtlicher Einreise aus wirtschaftlichen Gründen bzw. zur Vermeidung nicht schutzrelevanter Notsituationen (§ 30 Abs. 2 AsylG) und der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet nach Maßgabe der in § 30 Abs. 3 AsylG geregelten spezifischen Ablehnungsgründe. Innerhalb der Ablehnungsgründe des § 30 Abs. 3 AsylG unterscheidet das Gesetz wiederum zwischen dem spezifischen Ablehnungsgrund des § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylG (Asylantragstellung für minderjährige Angehörige nach Ablehnung des Asylantrags der Eltern) und den qualifizierten Ablehnungsgründen des § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG, die das verschärfte Spurwechselfverbot des § 10 Abs. 3 Satz 2 AsylG auslösen.

⁵ Vgl. zu weiteren Ausnahmen § 25a Abs. 4 (Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen und jungen Volljährigen), § 25b Abs. 5 Satz 2 (Aufenthaltsgewährung bei nachhaltiger Integration), § 104c Abs. 3 Satz 1 (Chancen-Aufenthaltsrecht) sowie § 23a Abs. 1 Satz 1 AufenthG (Aufenthaltsgewährung in Härtefällen).

Spurwechselverbot“). Bei Ablehnung des Asylantrags als unzulässig, als einfach unbegründet oder als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 1, Abs. 2 oder § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylG greift demgegenüber nur das allgemeine Spurwechselverbot des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, das eine Aufenthaltslegalisierung auch nach Maßgabe des 5. Abschnitts (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) ermöglicht.

Maßgeblich für das Eingreifen des qualifizierten Spurwechselverbots sind die Gründe, aus denen das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge den Asylantrag des Betroffenen abgelehnt hat;⁶ die Richtigkeit dieser Entscheidung kann zwar im Rahmen einer Klage gegen die ablehnende Entscheidung im Asylverfahren gegenüber dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, nicht aber im darauffolgenden Titelerteilungsverfahren gegenüber der Ausländerbehörde überprüft werden.⁷ Für die Entscheidung der Ausländerbehörde ist daher nur relevant, ob die Ablehnungsentscheidung auf die in § 10 Abs. 3 Satz 2 AsylG genannten Umstände gestützt (und nicht im gerichtlichen Verfahren aufgehoben) wurde.

Für die gerichtliche Entscheidung im Klageverfahren gegen die asylrechtliche Entscheidung ist nach § 77 Abs. 1 Satz 1 AsylG nicht die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesamts, sondern im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich.

Mit Art. 2 Nr. 6 RegE will der Gesetzesentwurf insbesondere die bislang in § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG normierten qualifizierten Ablehnungsumstände neu fassen. Die Neuregelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 RegE soll diese Änderungen widerspiegeln und wird daher als reine Folgeänderung der Neufassung des § 30 AsylG bezeichnet.⁸

c) Bewertung

Die Anpassung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG an die Neufassung des § 30 Abs. 1 AsylG-E ist an sich folgerichtig. Sie ist in ihrer gegenwärtigen Fassung jedoch geeignet, eine Vielzahl von vermeidbaren Rechtsstreitigkeiten auszulösen und die bis zum Inkrafttreten der Neuregelung ergangenen Entscheidungen des Bundesamts (partiell) zu entwerten. Dies dürfte nicht dem Willen des Gesetzentwurfs entsprechen.

Hintergrund der Problematik ist das Fehlen einer Regelung zur Behandlung von Fällen, in denen das Bundesamt Asylanträge vor Inkrafttreten der Neuregelung unter Berufung auf § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 7 AsylG als offensichtlich unbegründet abgelehnt hat. Eine solche Übergangsregelung fehlte schon bei Inkrafttreten des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zum 1. Januar 2005, so dass sich das Bundesverwaltungsgericht wiederholt mit den Folgen eines entsprechenden Unterlassens des Gesetzgebers

⁶ Vgl. BVerwG, Urteil v. 25. August 2009 – 1 C 30.08 –, BVerwGE 134, 335 Rn.17 ff.

⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 21. November 2006 – 1 C 10.06 –, BVerwGE 127, 161 Rn. 22; BVerwG, Urteil v. 16. Dezember 2008 – 1 C 37.07 –, BVerwGE 132, 382 Rn. 15.

⁸ BT-Drs. 20/9463, 31.

befassen musste.⁹ Dies könnte ggf. durch eine geeignete Übergangsregelung vermieden werden.

Eine wortlautgetreue Anwendung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E, der nunmehr nur noch auf § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 7 AsylG-E verweisen soll, auf vor Inkrafttreten der Neuregelung des § 30 AsylG entschiedene Fälle hätte zur Folge, dass das qualifizierte Spurwechselverbot des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E auf sämtliche vor Inkrafttreten der Neuregelung entschiedene Fälle keine Anwendung mehr finden könnte, auch wenn der Asylantrag unter Berufung auf § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG in qualifizierter Weise als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde. Dies käme einer Generalamnestie gleich, die nach der Gesetzesbegründung indes nicht beabsichtigt ist.

Insbesondere kommt eine Sachprüfung durch die Ausländerbehörden (und Verwaltungsgerichte), ob das Bundesamt auf Grundlage der Neuregelung in der Sache berechtigt gewesen wäre, den Asylantrag nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 6 AsylG-E qualifiziert abzulehnen, nicht in Betracht, da das verschärfte Spurwechselverbot des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG an den formalen Entscheidungsausspruch des Bundesamts anknüpft, ohne die Richtigkeit der Sachentscheidung zu hinterfragen.¹⁰

Allenfalls käme eine Sachprüfung in Betracht, ob der vom Bundesamt angenommene qualifizierte Ablehnungsgrund nach § 30 Abs. 3 Nr. 1 – 6 AsylG a.F. inhaltlich einem der zukünftig in § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 7 AsylG-E normierten Ablehnungsgründe entspricht. Dies dürfte jedoch regelmäßig schon daran scheitern, dass z.B. der bisherige qualifizierte Ablehnungstatbestand des § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylG a.F.¹¹ sowohl auf Umstände gestützt werden kann, die nunmehr kein qualifiziertes Spurwechselverbot mehr auslösen,¹² als auch auf Umstände gestützt werden kann,

⁹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 16. Dezember 2008 – 1 C 37.07 –, BVerwGE 132, 382 Rn. 13 f. sowie insbesondere BVerwG, Urteil v. 25. August 2009 – 1 C 30.08 –, BVerwGE 134, 335 Rn.15: „Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, sofern er die Problematik der fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit in bestandskräftig abgeschlossenen Altfällen erkannt hätte, diese Fälle mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG von der neu eingeführten Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG ausgenommen hätte.“

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urteil v. 25. August 2009 – 1 C 30.08 –, BVerwGE 134, 335 Rn.17 ff., BVerwG, Urteil v. 21. November 2006 – 1 C 10.06 –, BVerwGE 127, 161 Rn. 22 und BVerwG, Urteil v. 16. Dezember 2008 – 1 C 37.07 –, BVerwGE 132, 382 Rn. 15.

¹¹ § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylG a.F.: Ein unbegründeter Asylantrag ist als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn [...] in wesentlichen Punkten das Vorbringen des Ausländers nicht substantiiert oder in sich widersprüchlich ist, offenkundig den Tatsachen nicht entspricht oder auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel gestützt wird, [...]

¹² Vgl. § 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AsylG-E:

Ein unbegründeter Asylantrag ist als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn der Ausländer

1. im Asylverfahren nur Umstände vorgebracht hat, die für die Prüfung des Asylantrags nicht von Belang sind,
2. eindeutig unstimmgige und widersprüchliche, eindeutig falsche oder offensichtlich unwahrscheinliche Angaben gemacht hat, die im Widerspruch zu hinreichend gesicherten Herkunftslandinformationen stehen, sodass die Begründung für seinen Asylantrag offensichtlich nicht überzeugend ist, [...]

Beide Ablehnungstatbestände lösen das qualifizierte Spurwechselverbot des § 10 Abs. 3 Satz 2 AsylG-E nicht mehr aus, da dieser nur auf § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 7 AsylG-E verweist.

die auch weiterhin zur Anwendbarkeit des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG führen.¹³ Auch andere qualifizierte Ablehnungsgründe der alten Gesetzesfassung können nicht ohne weiteres – und insbesondere nicht ohne weitere Sachprüfung – in die neue Gesetzesfassung überführt werden.¹⁴ Eine solche Sachprüfung der näheren Begleitumstände des Asylverfahrens durch die – i.d.R. erst nach vielen Jahren mit dem abgeschlossenen Sachverhalt befasste – Ausländerbehörde ist der bisherigen Systematik des § 10 Abs. 3 AufenthG jedoch fremd, würde die jeweiligen Ausländerbehörden mit erheblichem Ermittlungsaufwand im Einzelfall belasten und trägt jedenfalls das Potential in sich, eine Vielzahl unnötiger (und mutmaßlich in vielen Fällen erfolgreicher) Rechtsstreitigkeiten auszulösen.

Ein unmittelbarer Rückgriff auf § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG a.F. i.V.m. § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG a.F. dürfte demgegenüber daran scheitern, dass dieser ohne Übergangsregelung durch die Neuregelung ersetzt wurde; auch eine analoge Anwendung einer außer Kraft getretenen Norm parallel zur vom Gesetzgeber bewusst neu gefassten Gesetzesfassung lässt sich methodisch jedenfalls nicht ohne Weiteres rechtfertigen.

Zur Vermeidung einer so wohl nicht gewollten Generalamnestie sowie einer Vielzahl letztlich unnötiger Rechtsunsicherheiten und –streitigkeiten erscheint es daher dringend angezeigt, den Umgang mit Altfällen nach Inkrafttreten des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E i.V.m. § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 7 AsylG-E unmittelbar durch den Gesetzgeber zu regeln.

In Betracht käme dabei etwa eine Übergangsregelung z.B. in § 104 Abs. 18 AufenthG, die für vor Inkrafttreten der Neuregelung vom Bundesamt entschiedene Fälle eine Fortgeltung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG a.F. i.V.m. § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 6 AsylG a.F. vorsieht.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass die Neuregelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AsylG-E i.V.m. § 30 Abs. 1 Nrn. 3 – 7 AsylG zum Teil – etwa im Hinblick auf den Wegfall der Sperrwirkung für Fälle des § 30 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 und 2 AsylG a.F. – weniger streng ausfällt als die bisherige Rechtslage. Dies wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber eine Schlechterstellung von Altfällen gegenüber in jüngerer Zeit entschiedenen Fällen tatsächlich herbeiführen will. Zwar dürfte eine solche Schlechterstellung vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) durch die erheblichen Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers im Bereich des Migrationsrechts (i.V.m. der Zäsurwirkung einer gesetzlichen Neuregelung und den mit einer differenzierenden Übergangsregelung ggf. verbundenen Komplikationen) ggf. noch zu rechtfertigen sein können; ob und ggf. eine solche Schlechterstellung vom Gesetzgeber aber überhaupt

¹³ Vgl. § 30 Abs. 1 Nr. 3 AsylG-E:

Ein unbegründeter Asylantrag ist als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn der Ausländer

3. die Behörden durch falsche Angaben oder Dokumente oder durch Verschweigen wichtiger Informationen oder durch Zurückhalten von Dokumenten über seine Identität oder Staatsangehörigkeit offensichtlich getäuscht hat,

¹⁴ Vgl. nur § 30 Abs. 1 Nr. 3 AsylG-E, der anders als § 30 Abs. 3 Nr. 2 AsylG a.F. eine „offensichtliche“ Täuschung verlangt.

beabsichtigt ist, sollte ggf. klargestellt werden. Insbesondere käme auch eine differenzierende Übergangsregelung in Betracht, die z.B. nur einzelne der in § 30 Abs. 3 Nrn. 1 – 7 AsylG a.F. geregelten Sperrgründe für (weiterhin) anwendbar erklärt.

Weiterhin ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch § 30 Abs. 1 AsylG-E keine Übergangsregelung enthält, so im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung noch nicht bestandskräftige Entscheidungen des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge ggf. ebenfalls an der Neuregelung zu messen wären (§ 77 Abs. 1 AsylG). Auch dies trägt das Potential in sich, in erheblichem Umfang vermeidbare Rechtsstreitigkeiten auszulösen.¹⁵

Die Änderung des § 10 Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 AufenthG-E ist rein redaktioneller Natur.

2. Ausweitung der Einreise- und Aufenthaltsverbote (Art. 1 Nrn. 4 und 16 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung

aa) § 11 AufenthG

§ 11 AufenthG (Einreise- und Aufenthaltsverbot) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Gegen einen Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist **oder gegen den eine Abschiebungsanordnung nach § 58a erlassen wurde**, ist ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zu erlassen. ²**Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot ist auch gegen einen Ausländer, der zurückgewiesen wurde, weil er unter Nutzung falscher oder verfälschter Dokumente einreisen wollte, wenn Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass**

1. er erneut unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen will oder
2. die Voraussetzungen des § 54 Absatz 1 Nummer 2 oder 4 vorliegen,

zu erlassen. ³Infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots darf der Ausländer weder erneut in das Bundesgebiet **und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der anderen Schengen-Staaten** einreisen noch sich darin aufhalten noch darf ihm, selbst im Falle eines Anspruchs nach diesem Gesetz, ein Aufenthaltstitel erteilt werden. ⁴**Wenn dem Ausländer Einreise und Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Schengen-Staat erlaubt sind, erstreckt sich das Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht auf diesen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder diesen Schengen-Staat.**

(2) ¹Im Falle der Ausweisung, **der Abschiebungsanordnung nach § 58a oder der Zurückweisung** ist das Einreise- und Aufenthaltsverbot gemeinsam mit der Ausweisungsverfügung, **der Abschiebungsanordnung nach § 58a oder der Zurückweisungsentscheidung** zu erlassen. ²Ansonsten soll das Einreise- und Aufenthaltsverbot mit der Abschiebungsandrohung ~~oder Abschiebungsanordnung nach § 58a~~ unter der aufschiebenden Bedingung der Ab- oder Zurückschiebung und

¹⁵ Vgl. hierzu unten S. 98.

spätestens mit der Ab- oder Zurückschiebung erlassen werden. ³Das Einreise- und Aufenthaltsverbot ist bei seinem Erlass von Amts wegen zu befristen. ⁴Die Frist beginnt mit der Ausreise **oder der Zurückweisung**. ⁵Die Befristung kann zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit einer Bedingung versehen werden, insbesondere einer nachweislichen Straf- oder Drogenfreiheit. ⁶Tritt die Bedingung bis zum Ablauf der Frist nicht ein, gilt eine von Amts wegen zusammen mit der Befristung nach Satz 5 angeordnete längere Befristung.

(3) ¹Über die Länge der Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots wird nach Ermessen entschieden. ²Sie darf außer in den Fällen der Absätze 5 bis 5b fünf Jahre nicht überschreiten.

(4) ¹Das Einreise- und Aufenthaltsverbot kann zur Wahrung schutzwürdiger Belange des Ausländers oder, soweit es der Zweck des Einreise- und Aufenthaltsverbots nicht mehr erfordert, aufgehoben oder die Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots verkürzt werden. ²Das Einreise- und Aufenthaltsverbot soll aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 vorliegen. ³Bei der Entscheidung über die Verkürzung der Frist oder die Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots, das zusammen mit einer Ausweisung erlassen wurde, ist zu berücksichtigen, ob der Ausländer seiner Ausreisepflicht innerhalb der ihm gesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist, es sei denn, der Ausländer war unverschuldet an der Ausreise gehindert oder die Überschreitung der Ausreisefrist war nicht erheblich. ⁴Die Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots kann aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verlängert werden. ⁵Absatz 3 gilt entsprechend.

(5) ¹Die Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots soll zehn Jahre nicht überschreiten, wenn der Ausländer auf Grund einer strafrechtlichen Verurteilung ausgewiesen worden ist oder wenn von ihm eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. ¹Absatz 4 gilt in diesen Fällen entsprechend.

(5a) ¹Die Frist des Einreise- und Aufenthaltsverbots soll 20 Jahre betragen, wenn der Ausländer wegen eines Verbrechens gegen den Frieden, eines Kriegsverbrechens oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder zur Abwehr einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ausgewiesen wurde. ²Absatz 4 Satz 4 und 5 gilt in diesen Fällen entsprechend. ³Eine Verkürzung der Frist oder Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots ist grundsätzlich ausgeschlossen. ⁴Die oberste Landesbehörde kann im Einzelfall Ausnahmen hiervon zulassen.

(5b) ¹Wird der Ausländer auf Grund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a aus dem Bundesgebiet abgeschoben, soll ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen werden. ²In den Fällen des Absatzes 5a oder wenn der Ausländer wegen eines in § 54 Absatz 1 Nummer 1, **2 oder 2a** genannten Ausweisungsinteresses ausgewiesen worden ist, kann im Einzelfall ein unbefristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen werden. ³Absatz 5a Satz 3 und 4 gilt entsprechend.

(5c) Die Behörde, die die Ausweisung, die Abschiebungsandrohung oder die Abschiebungsanordnung nach § 58a erlässt, ist auch für den Erlass und die erstmalige

Befristung des damit zusammenhängenden Einreise- und Aufenthaltsverbots zuständig.

(6) ¹Gegen einen Ausländer, der seiner Ausreisepflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten Ausreisefrist nachgekommen ist, kann ein Einreise- und Aufenthaltsverbot angeordnet werden, es sei denn, der Ausländer ist unverschuldet an der Ausreise gehindert oder die Überschreitung der Ausreisefrist ist nicht erheblich. ²Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 3 bis 6, Absatz 3 Satz 1 und Absatz 4 Satz 1, 2 und 4 gelten entsprechend. ³Das Einreise- und Aufenthaltsverbot ist mit seiner Anordnung nach Satz 1 zu befristen. ⁴Bei der ersten Anordnung des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach Satz 1 soll die Frist ein Jahr nicht überschreiten. ⁵Im Übrigen soll die Frist drei Jahre nicht überschreiten. ⁶Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot wird nicht angeordnet, wenn Gründe für eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nach § 60a vorliegen, die der Ausländer nicht verschuldet hat.

(7) ¹Gegen einen Ausländer,

3. dessen Asylantrag nach § 29a Absatz 1 des Asylgesetzes als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, dem kein subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Absatz 5 oder 7 nicht festgestellt wurde und der keinen Aufenthaltstitel besitzt oder
4. dessen Antrag nach § 71 oder § 71a des Asylgesetzes wiederholt nicht zur Durchführung eines weiteren Asylverfahrens geführt hat,

kann das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ein Einreise- und Aufenthaltsverbot anordnen. ²Das Einreise- und Aufenthaltsverbot wird mit Bestandskraft der Entscheidung über den Asylantrag wirksam. ³Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 3 bis 6, Absatz 3 Satz 1 und Absatz 4 Satz 1, 2 und 4 gelten entsprechend. ⁴Das Einreise- und Aufenthaltsverbot ist mit seiner Anordnung nach Satz 1 zu befristen. ⁵Bei der ersten Anordnung des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach Satz 1 soll die Frist ein Jahr nicht überschreiten. ⁶Im Übrigen soll die Frist drei Jahre nicht überschreiten. ⁷Über die Aufhebung, Verlängerung oder Verkürzung entscheidet die zuständige Ausländerbehörde.

(8) ¹Vor Ablauf des Einreise- und Aufenthaltsverbots kann dem Ausländer ausnahmsweise erlaubt werden, das Bundesgebiet kurzfristig zu betreten, wenn zwingende Gründe seine Anwesenheit erfordern oder die Versagung der Erlaubnis eine unbillige Härte bedeuten würde. ²Im Falle der Absätze 5a und 5b ist für die Entscheidung die oberste Landesbehörde zuständig.

(9) ¹Reist ein Ausländer entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot in das Bundesgebiet ein, wird der Ablauf einer festgesetzten Frist für die Dauer des Aufenthalts im Bundesgebiet gehemmt. ²Die Frist kann in diesem Fall verlängert werden, längstens jedoch um die Dauer der ursprünglichen Befristung. ³Der Ausländer ist auf diese Möglichkeit bei der erstmaligen Befristung hinzuweisen. ⁴Für eine nach Satz 2 verlängerte Frist gelten die Absätze 3 und 4 Satz 1 entsprechend.

bb) § 62c AufenthG

§ 62c AufenthG (Ergänzende Vorbereitungshaft) soll nunmehr lauten:

(1) Ein Ausländer, der sich entgegen einem bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Absatz 1 ~~Satz 2~~ **Satz 3** 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. Die Haft darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Vorbereitung der Abschiebungsandrohung nach § 34 des Asylgesetzes nicht erforderlich ist.

(2) – (4) [...]

b) Einordnung

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist ein behördliches Einreise- und Aufenthaltsverbot zu erlassen, wenn ein Ausländer ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben wurde. Dieses wirkt nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG a.F. / § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E zugleich als Verbot der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Der Gesetzentwurf sieht zunächst vor, ein entsprechendes Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot auch gegenüber Ausländern zu erlassen, gegenüber denen eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG erlassen wurde (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E).¹⁶

Er sieht weiterhin vor, ein solches Verbot auch gegenüber Ausländern zu erlassen, die unter Nutzung falscher Dokumente an der Grenze zurückgewiesen – d.h. im Rahmen einer Kontrolle an der Einreise gehindert – wurden, wenn Anhaltspunkte für zukünftige unerlaubte Einreiseversuche bestehen oder Anhaltspunkte für (insbesondere) terroristische Gefährdungen bestehen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E).

§ 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E soll klarstellen, dass sich das Einreise- und Aufenthaltsverbot auch auf das Hoheitsgebiet anderer EU- und Schengen-Staaten erstreckt. § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG-E schränkt dies dann ein, soweit der Betroffene zur Einreise in die jeweiligen Staaten berechtigt ist.

§ 11 Abs. 2 AufenthG-E passt die bestehenden Befristungsregelungen an die beabsichtigten Neuregelungen an. Die Änderung des § 11 Abs. 5b Satz 2 AufenthG-E erlaubt unbefristete Einreiseverbote nunmehr auch in Fällen des § 54 Abs. 1 Nr. 2

¹⁶ Bei der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG handelt es sich um ein spezifisches Handlungsinstrument gegenüber (insbesondere) terroristischen Gefährdern, das Elemente der Ausweisung und der Abschiebungsandrohung in sich vereint und gegenüber diesen zur beschleunigten Aufenthaltsbeendigung beitragen soll.

und 2a AufenthG (Gefährdung der freiheitlichen Demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland).

Die Änderung des § 62c Abs. 1 Satz 1 AufenthG (ergänzende Vorbereitungshaft) dient der Anpassung an § 11 Abs. 1 RegE und ist redaktioneller Natur.¹⁷

c) Bewertung

aa) Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot bei Abschiebungsanordnung trotz freiwilliger Ausreise

Die Erstreckung des Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbots auch auf Adressaten einer Abschiebungsanordnung betrifft Fälle, in denen es im Nachgang nicht zu einer tatsächlichen Abschiebung (die bereits nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. ein Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot auslöst) kommt. Als praktischen Anwendungsfall benennt die Gesetzesbegründung die freiwillige (begleitete) Ausreise nach erfolgter Abschiebungsanordnung.¹⁸ Sie schreibt der Gesetzesänderung in erster Linie klarstellende Funktion zu, da insoweit eine (planwidrige) Gesetzeslücke bestehe, die nach einer in der Fachliteratur vertretenen Auffassung im Wege der Normanalogie zu schließen sei.¹⁹ Angesichts des Wortlauts des § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F., des in § 11 Abs. 2 Satz 2 AufenthG a.F. ausdrücklich auch im Fall der Abschiebungsanordnung vorgesehenen Konnexes zwischen Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot und tatsächlicher Abschiebung und der Bestimmung des § 11 Abs. 5b Satz 1 AufenthG, die die Anordnung eines (unbefristeten) Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbots nur im Fall einer tatsächlichen Abschiebung nach Erlass einer Abschiebungsanordnung vorsieht, dürfte richtigerweise jedoch von einer konstitutiven Rechtsänderung auszugehen sein.

Ob insoweit ein erhebliches praktisches Bedürfnis besteht, könnte in Ansehung der Seltenheit von Abschiebungsanordnungen nach § 58a AufenthG und der gesetzlichen Voraussetzungen des § 58a Abs. 1 Satz 1 AufenthG, die regelmäßig eine Inhaftnahme des Betroffenen rechtfertigen, zweifelhaft sein; insoweit liegt es jedoch im Regelungsermessen des Gesetzgebers, ob er den Erlass einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG auch im Fall einer freiwilligen (ggf. begleiteten) Ausreise mit einem Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot verknüpfen will. Angesichts der die Ausweisung ersetzenden Funktion der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG wäre dies jedenfalls nicht systemwidrig.

Lediglich hingewiesen werden kann auf den Umstand, dass die Befristungsregelung des § 11 Abs. 5b Satz 1 AufenthG weiterhin nur in Fällen einer tatsächlichen Abschiebung gilt, so dass das nach der Neuregelung bereits bei Erlass der Abschiebungsanordnung zu erlassende Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot ggf. doppelt – sowohl für den Fall der freiwilligen Ausreise als

¹⁷ BT-Drs. 20/9463, S. 47.

¹⁸ BT-Drs. 20/9463, S. 32 f.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 32 f. unter Verweis auf *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, § 11 Rn. 71.

auch für den Fall einer späteren Abschiebung – zu befristen wäre. Da § 11 Abs. 5a Satz 1 Var. 2 und 3 AufenthG hier eine auch nachträglich nur ausnahmsweise verkürzbare Regelfrist von 20 Jahren vorsieht, dürften die praktischen Auswirkungen der Differenzierung aber gering sein.

Ein weiterer, in der Gesetzesbegründung nicht benannter Anwendungsfall der Neuregelung dürften Fälle sein, in denen der Betroffene trotz erlassener Abschiebungsanordnung nicht abgeschoben werden kann. Dies betrifft neben Fällen rechtlicher Abschiebungsverbote²⁰ v.a. Fälle tatsächlicher Vollzugshindernisse (wie z.B. Staatenlosigkeit, fehlende Identitätsklärung, fehlende Aufnahmebereitschaft des Herkunftsstaats oder Störung der Reisewege) im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. In diesen Fällen kommt dem Einreise- und Aufenthaltsverbot aber ohnehin keine praktische Bedeutung zu; auch im Hinblick auf eine Titelerteilungssperre ergibt sich im Verhältnis zum (strengeren) § 5 Abs. 4 Alt. 2 AufenthG kein Mehrwert.

bb) Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot bei Täuschung im Rahmen der Einreise

§ 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E soll den Erlass eines Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot bei Abschiebungsanordnung auch gegenüber Ausländern ermöglichen, die unter Nutzung falscher Dokumente an der Grenze zurückgewiesen – d.h. im Rahmen einer Kontrolle an der Einreise gehindert – wurden. Der Gesetzentwurf sieht hier eine Ungleichbehandlung gegenüber Ausländern, die nach erfolgter Einreise aufgrund falscher oder unvollständiger Angaben im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens²¹ ausgewiesen werden können.²² Dies ist vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nachvollziehbar: Mit Entscheidung vom 25. Mai 2023 hatte das Bundesverwaltungsgericht die Ausweisung eines Ausländers, der sich noch nie im Bundesgebiet aufgehalten hat, mangels geeigneter Rechtsgrundlage auch dann für unzulässig erklärt, wenn der Betroffene seine Einreise in die Bundesrepublik Deutschland und seine Aufenthaltnahme im Bundesgebiet beabsichtigt oder betreibt.²³

Ob für eine solche Lückenschließung ein praktisches Bedürfnis besteht, kann der Sachverständige aufgrund seiner eigenen Rechtsanwendungspraxis nicht beurteilen.²⁴ Insbesondere in den Fällen des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AufenthG-E dürfte es indes oftmals naheliegen, einen im Rahmen der Grenzkontrolle erstmals als Gefährder erkannten Ausländer nicht zurückzuweisen, sondern aufgrund des

²⁰ Vgl. § 58a Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

²¹ Vgl. § 54 Abs. 2 Nr. 8 a) AufenthG.

²² BT-Drs. 20/9462, S. 32.

²³ Vgl. BVerwG, Urteil v. 25. Mai 2023 – 1 C 6.22 –, InfAusIR 2023, 388 Rn. 11. Vgl. hierzu *Welte* InfAusIR 2024, Ausweisung bei Auslandsaufenthalt? [im Erscheinen].

²⁴ Vgl. zur Zweckmäßigkeit einer Auslandsausweisung *Welte* InfAusIR 2024, Ausweisung bei Auslandsaufenthalt? [im Erscheinen] und *Hottner/Kainz* ZAR 2023, 347 (349 f.) (jeweils bejahend) einerseits sowie *Tometten* InfAusIR 2023, 392 (393) und *Sade* ZAR 2023, 255 (259) (jeweils verneinend) andererseits.

Verdachts der in der Norm bezeichneten schweren Straftaten jedenfalls vorläufig in Haft zu nehmen.

Hinzuweisen ist jedoch auf den Umstand, dass es den hier zur Entscheidung berufenen, mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs betrauten Behörden regelmäßig schon schwerfallen dürfte, das Vorliegen einer Dokumentenfälschung in der konkreten Kontrollsituation (!) rechtssicher nachzuweisen. Dies dürfte erst Recht für die Feststellungen gelten, ob der Betroffene erneut unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen will bzw. die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 Nr. 2²⁵ oder 4²⁶ AufenthG vorliegen.²⁷

Hinzu kommt, dass das Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 3 AufenthG-E bereits im Zeitpunkt seines Erlasses – d.h. wiederum in der konkreten Kontrollsituation (!) – zu erlassen und zu befristen ist. Angesichts des extrem breiten potentiellen Anwendungsspektrums des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG-E, das neben der Nutzung verfälschter Ausweisdokumente im alltäglichen Grenzverkehr auch die erstmalige Einreise potentieller Terroristen umfassen kann, dürfte es insoweit mit erheblichem Aufwand verbunden sein, die außerordentlich komplexen und in hohem Maße einzelfallabhängigen Befristungsregelungen des § 11 Abs. 3 – 5b AufenthG im Einzelfall zutreffend anzuwenden. Insbesondere sind die praktischen Anwendungsszenarien in keinsten Weise mit der Situation des Erlasses einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG durch die jeweiligen Landes- oder Bundesministerien²⁸ oder dem Erlass einer Ausweisungsverfügung durch die zuständigen Fachbehörden vergleichbar, die regelmäßig im Rahmen eines sich über längere Zeiträume erstreckenden Verwaltungsverfahrens ergehen.

cc) Erstreckung des Einreise- und Aufenthaltsverbots auf EU-Staaten und den Schengenraum

§ 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E erstreckt Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote auch auf das Hoheitsgebiet anderer EU- und Schengen-Staaten. § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG-E schränkt dies dann ein, soweit der Betroffene zur Einreise in die jeweiligen Staaten berechtigt ist. Nach der Gesetzesbegründung erfolgt die Ausweitung des geographischen Geltungsbereichs der Einreise- und

²⁵ Voraussetzung hierfür ist, dass der Betroffene die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet. Hiervon ist auszugehen, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass er einer Vereinigung angehört oder angehört hat, die den Terrorismus unterstützt oder er eine derartige Vereinigung unterstützt oder unterstützt hat oder er eine in § 89a Absatz 1 des Strafgesetzbuchs bezeichnete schwere staatsgefährdende Gewalttat nach § 89a Absatz 2 des Strafgesetzbuchs vorbereitet oder vorbereitet hat, es sei denn, der Ausländer nimmt erkennbar und glaubhaft von seinem sicherheitsgefährdenden Handeln Abstand.

²⁶ Voraussetzung hierfür ist, dass der Betroffene sich zur Verfolgung politischer oder religiöser Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zur Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht.

²⁷ Vgl. zur praktischen Überforderung selbst der Ausländerbehörden mit der Prüfung reiner Auslandssachverhalte zutreffend *Tometten* InfAusIR 2023, 392 (393).

²⁸ Vgl. zu Zweifeln an der Vereinbarkeit der Kompetenzzuweisung des § 58a Abs. 2 AufenthG mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes aber *Wittmann*, in: BeckOK-MigR, § 71 Rn. 24 ff.

Aufenthaltsverbote zur Umsetzung der dritten Empfehlung des Rates der Europäischen Union vom 2. Oktober 2020 zur Beseitigung der bei der Evaluierung 2020 der Anwendung des Schengen-Besitzstandes im Bereich der Rückführung durch Deutschland festgestellten Mängel. Danach soll Deutschland die nationalen Rechtsvorschriften und die Praxis ändern, um die EU-weite bzw. schengenweite Wirkung von Einreiseverboten gemäß der Definition in Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie – RfRL) zu gewährleisten.²⁹

Die Gesetzesänderung erscheint unionsrechtlich geboten, soweit § 11 AufenthG der Umsetzung zwingender unionsrechtlicher Vorgaben der sog. Rückführungsrichtlinie dient. Denn nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 RfRL gehen Rückkehrentscheidungen zwingend mit einem Einreiseverbot einher, falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde; lediglich in anderen Fällen „kann“ eine Rückkehrentscheidung mit einem Einreiseverbot einhergehen. Nach Art. 3 Nr. 6 RfRL handelt es sich dabei bei einem „Einreiseverbot“ um eine behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht. Ausgehend hiervon ist die Regelung des bisherigen § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, die lediglich die Einreise und den Aufenthalt in das Bundesgebiet untersagt, unionsrechtlich unzureichend und muss wie vorgeschlagen angepasst werden.

Lediglich hingewiesen werden kann auf den Umstand, dass Art. 3 Nr. 6 RfRL das Einreiseverbot nur auf das „Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten“ erstreckt, nicht aber auf den übrigen Schengenraum. Ob eine Erstreckung auf diesen durch den Schengen-Acquis³⁰ oder völkerrechtliche Abkommen mit den jeweiligen Schengen-Staaten, die nicht EU-Mitglieder sind, geboten ist oder gerechtfertigt werden kann, müsste ggf. näher geprüft werden (kann im Rahmen der für die Begutachtung zur Verfügung stehenden Zeit aber nicht vertieft werden). Ebenso problematisch könnte es sein, dass die Neuregelung auch rein nationalrechtlich begründete Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote auf den EU- bzw. Schengenraum erstreckt.³¹

dd) Pflicht der gesetzlichen Unterscheidung zwischen unionsrechtlichen und nationalen Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverboten?

In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Rückführungsrichtlinie den Erlass eines Einreiseverbots nur in Verbindung mit einer sog. Rückkehrentscheidung vorsieht. Zum Erlass eines hiervon unabhängigen Einreise- und Aufenthaltsverbots oder einer Titelerteilungssperre verpflichtet sie demgegenüber nicht und bietet hierfür auch keine rechtliche Grundlage.

²⁹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 32 unter Verweis auf Ratsdokument Nr. 11298/20 vom 2. Oktober 2023 (nicht veröffentlicht).

³⁰ Vgl. insbesondere Art. 24 VO (EG) Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II).

³¹ Vgl. hierzu unten S. 15 f.

Dies schließt es zwar möglicherweise nicht aus, dass der nationale Gesetzgeber ein vergleichbares Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbot als Instrument der Gefahrenabwehr auch in anderen Fällen vorschreibt.³²

Hierzu hat der VGH Baden-Württemberg jedoch in einem Urteil vom 2. Januar 2023 entschieden, dass sich ein nationales Einreise- und Aufenthaltsverbot außerhalb des Rechtsregimes der Rückführungsrichtlinie normativ von den Regelungen, die der Umsetzung der Richtlinie dienen, hinreichend deutlich unterscheiden muss, um eine Verwechslung der Rechtsquellen auszuschließen.³³ In seiner derzeitigen Ausgestaltung lässt § 11 AufenthG jedoch keine Unterscheidung zwischen rein auf nationalem Recht beruhenden Einreise- und Aufenthaltsverboten und Einreise- und Aufenthaltsverboten erkennen, die der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben dienen. Der VGH Baden-Württemberg hat hieraus gefolgert, dass § 11 AufenthG für eine sog. „inlandsbezogene Ausweisung“ – d.h. eine Ausweisung, die nicht zu einer Aufenthaltsbeendigung, sondern nur zum Verlust des Aufenthaltstitels führt – derzeit keine taugliche Ermächtigungsgrundlage enthält, um hieran ein nationales Einreise- und Aufenthaltsverbots anzuknüpfen.³⁴ Er hat allerdings angenommen, dass im Falle einer inlandsbezogenen Ausweisung eine auf § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gestützte Titelerteilungssperre ausgesprochen werden kann.³⁵

Im August 2023 hat sich das OVG Bremen der erstgenannten Rechtsauffassung angeschlossen,³⁶ hat hieraus aber abgeleitet, dass auch eine isolierte, d.h. nicht mit einer sog. Rückkehrentscheidung verbundene Titelerteilungssperre nicht auf § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gestützt werden kann, weil die gegenwärtige Gesetzesfassung Einreise- und Aufenthaltsverbote und Titelerteilungssperre einheitlich behandelt und insbesondere keine Regelung für die Geltungsdauer einer isolierten Titelerteilungssperre enthält.³⁷ Einzelne Verwaltungsgerichte haben sich der letztgenannten Rechtsauffassung angeschlossen.³⁸

Beide Oberverwaltungsgerichte haben die Revision zu der Frage zugelassen, ob § 11 Abs. 1, 2 AufenthG eine Ermächtigung zum Erlass eines rein nationalen Einreise- und Aufenthaltsverbots, das nicht Einreiseverbot im Sinne von Art. 3 Nr. 6, Art. 11 der Richtlinie 2008/115/EG ist, oder zumindest eine Ermächtigung zum Erlass einer rein nationalen Titelerteilungssperre enthält.³⁹ In seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit einer präventiven Auslandsausweisung vom 25. Mai 2023 hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage zwar angesprochen, aber letztlich offen

³² Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 156. Vgl. nunmehr aber – im Einzelnen unklar – EuGH, Urteil vom 27. April 2023 – C-528/21 [M.D.], Rn. 78 ff.

³³ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 156.

³⁴ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 157 ff.

³⁵ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 163 ff. Ähnlich VG Aachen, Beschluss v. 30. März 2023 – 4 K 2642/22 –, juris Rn. 7 f.

³⁶ Vgl. OVG Bremen, Urteil v. 30. August 2023 – 2 LC 116/23 –, juris Rn. 71.

³⁷ Vgl. OVG Bremen, Urteil v. 30. August 2023 – 2 LC 116/23 –, juris Rn. 72 ff.

³⁸ Vgl. VG Bremen, Urteil v. 16. Oktober 2023 – 4 K 1089/23 –, juris Rn. 61; ähnlich wohl VG Würzburg, Urteil v. 25. September 2023 – W 7 K 22.1354 –, juris Rn. 29; VG Bremen, Urteil v. 11. August 2023 – 2 K 530/21 –, juris Rn. 27.

³⁹ OVG Bremen, Urteil v. 30. August 2023 – 2 LC 116/23 –, juris Rn. 111; VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 185.

gelassen.⁴⁰ Über die jeweils beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Revisionen bzw. Nichtzulassungsbeschwerden wird voraussichtlich im Lauf des Jahres 2024 entschieden werden.

Auch der hier zu begutachtende Gesetzesentwurf sieht keine Unterscheidung zwischen Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungssperren bzw. mit unionsrechtlicher bzw. rein nationaler Grundlage vor. Er lässt zudem nicht eindeutig erkennen, ob er die in § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG a.F. bzw. § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E normierte Titelerteilungssperre als eigenständige Regelung oder als unselbstständige Folge eines Einreise- und Aufenthaltsverbots begreift, und enthält jedenfalls keine spezifischen Regelungen für die Geltungsdauer einer isolierten Titelerteilungssperre.

aaa) Auswirkungen auf den Gesetzesentwurf

Angesichts dessen ist der Gesetzentwurf mit erheblichen unionsrechtlichen Risiken behaftet:

Denn bei der Zurückweisung nach § 15 AufenthG handelt es sich jedenfalls dann nicht um eine Rückkehrentscheidung im Sinne von Art. 3 Nr. 3 und 4 RfRL, wenn die Zurückweisung – wie an den Landgrenzen der Bundesrepublik Deutschland immer – auf eine Rückkehr in einen EU- bzw. Schengenstaat gerichtet ist. Auch bei einer Zurückweisung z.B. an einem Flughafen dürfte das Vorliegen einer Rückkehrentscheidung jedoch zweifelhaft sein, da diese nach dem Wortlaut des Art. 3 Nr. 4 RfRL die Feststellung eines illegalen Aufenthalts voraussetzt. Von der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. a) RfRL hat die Bundesrepublik Deutschland – soweit ersichtlich – insoweit keinen Gebrauch gemacht; zudem fehlte es auch insoweit weiterhin an einer hinreichenden Unterscheidung zwischen unionsrechtlich und rein national motivierten Regelungen.

Bei der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG dürfte es sich nur dann um eine Rückkehrentscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie handeln, wenn eine Abschiebung in den Herkunftsstaat, ein Transitland oder (mit Einwilligung des Betroffenen) ein aufnahmeberechtigtes Drittland tatsächlich beabsichtigt ist. Dies dürfte insbesondere in den Fällen des § 58a Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht der Fall sein, weil eine Rückkehrentscheidung nicht „auf Vorrat“ ergehen darf.⁴¹

Folgt man der o.g. Rechtsprechung, ist die im Gesetzentwurf vorgesehene Normfassung in einem wesentlichen Teil ihrer vorgesehenen Anwendungsfälle unionsrechtswidrig. Dieses Risiko könnte durch eine klarere Unterscheidung zwischen unionsrechtlich und nationalrechtlich motivierten Einreise- und Aufenthaltsverboten bzw. eine klarere Differenzierung zwischen Einreise- und Aufenthaltsverboten einerseits und einer Titelerteilungssperre andererseits vermieden werden.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass „aufgrund des in der Begründung zu Nr. 10 b) umfassend erklärten „Opt-out“ nach

⁴⁰ BVerwG, Urteil v. 25. Mai 2023 – 1 C 6/22 –, juris Rn. 22.

⁴¹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22 –, juris Rn. 110.

Art. 2 Abs. 2 lit b) der Rückführungsrichtlinie ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nunmehr in Fällen der Ausweisung aufgrund von strafrechtlicher Verurteilung auch unabhängig vom Vorliegen einer Abschiebungsandrohung mit der Ausweisung wirksam verknüpft werden kann“.⁴² Dies dürfte aus Sicht des Sachverständigen zweifelhaft sein. Denn unabhängig davon, ob die gewählte Regelungstechnik den Anforderungen der unionsrechtlichen Opt-Out-Regelung genügt,⁴³ wäre eine hinreichende Unterscheidung zwischen unionsrechtlich motivierten Einreiseverboten und rein nationalrechtlich begründeten Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverboten auch in diesem Fall nicht gewährleistet.

Problematisch erscheint schließlich, dass die geplante Neuregelung des § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E die Geltung der Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote auch in jenen Fällen auf den EU- bzw. Schengenraum erstreckt, in denen die Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote nicht auf der Umsetzung von Unionsrecht, sondern auf einer autonomen Entscheidung durch den nationalen Gesetzgeber beruhen. Denn insoweit dürfte der Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich die Befugnis fehlen, Rechtsfolgen für ausländische Staatsangehörige mit Geltung im Hoheitsbereich anderer Mitgliedsstaaten auszusprechen (Territorialitätsprinzip). Insbesondere dürften auch Art. 24 Nrn. 1 und 2 i.V.m. Art. 21 der VO (EG) Nr. 1987/2006⁴⁴ (Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem) hierfür nicht in allen Fällen eine geeignete Rechtsgrundlage bieten; dies müsste jedenfalls näher geprüft werden. Jedenfalls erscheint fraglich, ob eine nationale Regelung, die zum Teil der Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien dient, die zum Teil zwingendes unionsrechtliches Verordnungsrecht abbildet und die zum Teil auf einer autonomen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers beruht, den Anforderungen an die effektive Umsetzung unionsrechtlicher Bestimmungen genügt; sie entspricht jedenfalls nicht dem (rechtspraktischen) Interesse an der Klarheit gesetzlicher Bestimmungen und der Einfachheit der Normanwendung.

bbb) Weitergehender Handlungsbedarf?

Lediglich hingewiesen werden kann auf den Umstand, dass sich die vorgenannte Problematik auch auf sonstige, nicht vom Gesetzesentwurf umfasste Szenarien erstreckt.

Neben der in der Rechtsprechung ausdrücklich diskutierten inlandsbezogenen Ausweisung dürfte insbesondere der Erlass von Einreise- und Aufenthaltsverboten durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in sog. Dublin-Verfahren fragwürdig sein, da die Überstellungsentscheidung in einen anderen Dublin-Staat

⁴² Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 32.

⁴³ Vgl. hierzu unten S. 18.

⁴⁴ VO (EG) Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II).

unionsrechtlich nicht als Rückkehrentscheidung begriffen werden kann.⁴⁵ Ebenfalls problematisch sein dürften Anordnungen nach § 11 Abs. 7 AufenthG, wenn ausnahmsweise keine Abschiebungsandrohung (bzw. eine Abschiebungsandrohung ohne konkrete Zielstaatsbestimmung) ausgesprochen wird.

Schließlich geht der Gesetzgeber davon aus, mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz von der in Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL eröffneten Opt-Out-Möglichkeit für Personen, die aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind, Gebrauch gemacht zu haben.⁴⁶ Wenn dies zutreffen sollte,⁴⁷ spricht vieles dafür, dass die in der obergerichtlichen Rechtsprechung gegen die gegenwärtige Ausgestaltung des § 11 Abs. 1 AufenthG artikulierten Bedenken auch auf sämtliche Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote zu übertragen sein dürften, die an Ausweisungen wegen Straftaten anknüpfen, da es sich hierbei gerade in Folge des Opt-Outs nunmehr um nationale Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbote handeln würde. Dies dürfte so indes nicht gewollt sein und könnte durch eine differenzierende Ausgestaltung des § 11 Abs. 1 AufenthG, die die Unterschiede zwischen unionsrechtlich motivierten Einreiseverboten und nationalrechtlich motivierten Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverboten klarer erkennen lässt, vermieden werden. Alternativ könnte es sich anbieten, eine Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht oder ggf. den EuGH abzuwarten.

Weiterhin dürfte es sich bei Fällen des § 50 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, in denen der ausreisepflichtige Ausländer lediglich zur Ausreise in das Hoheitsgebiet eines EU- bzw. Schengenstaates, in dem ihm Einreise und Aufenthalt erlaubt sind, nicht um eine Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 3 Nr. 3 und 4 RfRL handeln.⁴⁸ An diese knüpft die Regelung des § 11 AufenthG indes auch nicht an. Vielmehr sieht § 11 AufenthG den Erlass eines (aufschiebend bedingten) Einreise-, Aufenthalts- und Titelerteilungsverbots in diesen Fällen erst in Verbindung mit der Abschiebungsandrohung in den Herkunftsstaat vor, die im Falle einer Ausreiseverweigerung ergeht.⁴⁹ Insoweit fehlt in § 59 Abs. 2 AufenthG jedoch die Klarstellung, dass die Abschiebungsandrohung in diesen Fällen nur im Hinblick auf das Herkunftsland, einen Transitstaat oder ein Drittland ergehen kann, nicht aber im Hinblick auf das Hoheitsgebiet eines anderen EU- bzw. Schengenstaates.⁵⁰

⁴⁵ Innerhalb ihres Anwendungsbereichs ist die VO Nr. 604/2013 (Dublin-III-VO) *lex specialis* zur Rückführungsrichtlinie (vgl. BVerwGE 153, 24 Rn. 17 f. sowie *Wittmann* ZAR 2019, 45 [53]). Zudem ist die Überstellungsentscheidung nicht auf eine Rückkehr in das Herkunftsland, ein Transitland oder die freiwillige Rückkehr in ein Drittland gerichtet, sondern auf eine Rückkehr in einen EU- bzw. Schengenstaat.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 32, 43.

⁴⁷ Vgl. hierzu unten S. 56.

⁴⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 2 RfRL sowie Nr. 5.4 der Empfehlung (EU) 2017/2338 der Kommission vom 16. November 2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist (Rückkehr-Handbuch, ABl. L 339, S. 83).

⁴⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 RfRL.

⁵⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 und Art. 3 Nr. 3 RfRL sowie Nr. 5.4 Rückkehr-Handbuch.

ee) Vereinbarkeit der Einreiseverbote bei inlandsbezogenen Ausweisungen mit Unionsrecht durch Opt-Out-Regelung?

Lediglich aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzesentwurf der Auffassung ist, mit der Neuregelung von der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL Gebrauch gemacht zu haben.⁵¹

Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Anwendbarkeit der hier angesprochenen Opt-Out-Regelung vor dem Hintergrund der Systematik des deutschen Straf- und Ausländerrechts erheblichen Zweifeln begegnet.⁵² Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass auch ein erfolgreiches Gebrauchmachen von der Opt-Out-Regelung nach der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung zur Unwirksamkeit rein nationaler Regelungen führen könnte, wenn diese sich – wie hier – nicht hinreichend von unionsrechtlich getragenen Regelungen unterscheiden.⁵³

Jedenfalls begegnet die Auffassung, dass ein solcher Opt-Out durch die bloße Erwähnung in der Gesetzesbegründung erklärt werden kann, erheblichen rechtsdogmatischen und v.a. praktischen Bedenken. So erscheint außerordentlich fragwürdig, ob die Gesetzesbegründung, die nicht zusammen mit dem Gesetzeswortlaut beschlossen und veröffentlicht wird, die mit der gebotenen Klarheit deutlich macht, dass der Gesetzgeber von der unionsrechtlich eröffneten Opt-Out-Möglichkeit Gebrauch machen wollte. Vor allem aber geht der Gesetzgeber mit der bloßen Erwähnung ein mit wenig Aufwand vermeidbares Risiko ein, da eine entsprechende Opt-Out-Regelungen z.B. im Abschnitt über Übergangs- und Schlussvorschriften ohne weiteres aufgenommen werden könnte.

Erheblichen Bedenken begegnet im Kontext des § 11 AufenthG aber v.a. der Umstand, dass selbst eine erfolgreiche Berufung auf die Opt-Out-Regelung die bestehende Unionsrechtswidrigkeit der inlandsbezogenen Ausweisung nur in Fällen beseitigen könnte, in denen diese auf einer strafrechtlichen Sanktion beruht und eine Rückkehrpflicht auch tatsächlich herbeiführt. In den Fällen z.B. einer Ausweisung wegen Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, der keine strafrechtliche Verurteilung zugrunde liegt, oder einer Ausweisung, die sich gegen einen bereits ausreisepflichtigen Ausländer richtet, bleibt es daher jedenfalls bei der Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Bestimmungen.

Für eine rechtskonforme Normanwendung kann der Rechtsanwender § 11 AufenthG daher nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht wie geschrieben anwenden, sondern muss ergänzend

- die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur inlandsbezogenen Ausweisung
- die lediglich aus der Gesetzesbegründung ersichtliche Ausübung der Opt-Out-Regelung
- den sich nur aus der Rückführungsrichtlinie ergebenden Wortlaut der Opt-Out-Regelung

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 32, 43.

⁵² Vgl. hierzu unten S. 56.

⁵³ Vgl. oben S. 13.

- den Aufenthaltsstatus des Betroffenen vor der Ausweisung und
- die tatsächlichen Gründe für die Ausweisung

heranziehen, ohne dass der Gesetzeswortlaut hierfür irgendeinen Anlass bietet.

Insoweit sind bereits erhebliche Zweifel aufgeworfen, ob dies den unionsrechtlichen oder nationalen Anforderungen an eine wirksame Ermächtigungsgrundlage genügt. Jedenfalls aber führt es zu einer letztlich unnötigen Überlastung insbesondere der Normenwender in den Ausländerbehörden, die durch eine normenklare Ausgestaltung des § 11 AufenthG vermieden werden könnte.

Wenn der Gesetzgeber also am – zum Teil überflüssigen – Rechtsinstitut der inlandsbezogenen Ausweisung festhalten und sich hierbei – trotz bestehender Zweifel an der Eignung der entsprechenden Klausel – auf die Opt-Out-Klausel des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL stützen will, wäre er schon im Sinne eines effektiven Verwaltungsvollzugs gut darin beraten, die Voraussetzungen einer inlandsbezogenen Ausweisung unter Berücksichtigung der o.g. Faktoren in einer eigenständigen Norm zu regeln, die zudem ausdrücklich auf die Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL Bezug nimmt und dabei deutlich macht, dass und v.a. in welchem Umfang von den Vorgaben der Verfahrensrichtlinie abgewichen werden soll.

ff) Sonstige Hinweise

Nach § 84 Abs. 1 Satz 2 AufenthG haben Klagen gegen die Anordnung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 7 AufenthG, die seitens des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge anlässlich negativer Entscheidungen über einen Asylantrag angeordnet werden können, keine aufschiebende Wirkung. Nach § 11 Abs. 7 Satz 2 AufenthG wird das entsprechende Einreise- und Aufenthaltsverbot jedoch erst mit Bestandskraft der Entscheidung über den Asylantrag wirksam.

Die Regelung des § 84 Abs. 1 Satz 2 AufenthG hat daher nur für den seltenen⁵⁴ Ausnahmefall Bedeutung, in dem sich die Klage auf die Anordnung des Einreise- und Aufenthaltsverbots beschränkt oder nur – z.B. im Fall einer nur im Hinblick auf das Einreise- und Aufenthaltsverbot zugelassenen Berufung – die gerichtliche Entscheidung über den Asylantrag in Rechtskraft erwächst.⁵⁵ Sie führt in der Praxis jedoch zu einer Ausweitung der Streitgegenstände gerichtlicher Eilverfahren, die sich in der Sache oftmals nur gegen die Abschiebungsandrohung richten, ohne den Antrag aber förmlich auf diese zu beschränken. Die Sinnhaftigkeit des § 84 Abs. 1 Satz 2 AufenthG sollte daher überdacht werden, zumal nach bestandskräftiger Ablehnung des Asylantrags bis zur Ausreise schon die allgemeine Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 AufenthG eingreift.

⁵⁴ Auch wenn entsprechende Fälle theoretisch denkbar sind, sind dem Sachverständigen keine praktischen Anwendungsfälle bekannt.

⁵⁵ Vgl. zur begrenzten Praxisbedeutung auch *Samel*, in: Bergmann/Dienelt, AusIR, § 84 Rn. 15.

3. Angleichung der Ersterteilungsdauer der Aufenthaltserlaubnisse für subsidiär Schutzberechtigte und Flüchtlinge (Art. 1 Nr. 5 AufenthG)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 26 AufenthG)

§ 26 AufenthG (Dauer des Aufenthalts) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt kann für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 jedoch für längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. ~~²Asylberechtigten und Ausländern, denen die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des § 3 Absatz 1 des Asylgesetzes zuerkannt worden ist, wird die Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre erteilt. ³Subsidiär Schutzberechtigten im Sinne des § 4 Absatz 1 des Asylgesetzes wird die Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr erteilt, bei Verlängerung für zwei weitere Jahre. ²In den Fällen des § 25 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 wird die Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre erteilt. [...]~~

(2) Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

(3) – (4) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Nach bisheriger Rechtslage wird Ausländern, die das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge als Asylberechtigte anerkannt hat oder denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, eine Aufenthaltserlaubnis mit dreijähriger Geltungsdauer erteilt, die verlängert werden kann (§ 26 Abs. 1 Satz 2 AufenthG a.F.). Demgegenüber erhalten Ausländer, die lediglich subsidiären Schutz (z.B. wegen drohender Todesstrafe, unmenschlicher Behandlung oder akuten Kriegsgefahren) erhalten haben, lediglich eine Aufenthaltserlaubnis mit einer einjährigen Geltungsdauer, die sodann um weitere zwei Jahre verlängert wird (und ggf. auch darüber hinaus verlängert werden kann; § 26 Abs. 1 Satz 3 AufenthG).

Diese Differenzierung ist in Art. 24 Abs. 1 und 2 RL 2011/95/EU (Qualifikations-RL)⁵⁶ angelegt, die entsprechende Mindesterteilungsdauern vorsieht. Sie ermöglicht bei subsidiär Schutzberechtigten engere Kontrollintervalle, so dass ggf. zeitnah festgestellt werden kann, ob der erstmaligen Verlängerung (auf zunächst drei Jahre) zwingende Gründe – wie eine Ausweisung nach Maßgabe des § 53 Abs. 3a AufenthG, die terrorismusbezogene Titelerteilungssperre des § 5 Abs. 4 AsylG oder ein

⁵⁶ Richtlinie 2011/95/EU vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung).

(vollziehbarer) Wegfall der Statusentscheidung des Bundesamts z.B. durch Rücknahme, Widerruf oder Verzicht – entgegenstehen.

Praktisch führt die zunächst reduzierte Erteilungsdauer jedoch zu erheblichem Verwaltungsaufwand, da die Ausländerbehörden schon nach Ablauf von weniger als zwölf Monaten zwingend erneut mit dem – i.d.R. unveränderten – Sachverhalt befasst werden und auch der Betroffene erneut mit i.d.R. rein formalen Verfahrensschritten konfrontiert wird. Zugleich führt die Befristung auf zunächst ein Jahr bei den Betroffenen regelmäßig zu erheblicher Verunsicherung, obwohl eine spätere Verlängerung in der Praxis nahezu garantiert ist.

Demgegenüber dürfte der praktische Nutzen der bisherigen Regelung gering sein, weil die Ausschlussgründe der Ausweisung nach § 53 Abs. 3a AufenthG und des § 5 Abs. 4 AufenthG nur in äußerst seltenen Fällen zur Anwendung kommen (in denen der Aufenthaltstitel ohnehin durch Ausweisung erlischt bzw. durch Widerruf zum Erlöschen gebracht werden kann) und sich eine etwaige Erwartung des Gesetzgebers, dass die Gewährung subsidiären Schutzes regelmäßig nur für einen vorübergehenden – ggf. kurzen – Zeitraum erforderlich ist, in der Praxis (z.B. im Hinblick auf die Dauer des Bürgerkriegs in Syrien, dessen Auswirkungen derzeit regelmäßig einen Anspruch auf subsidiären Schutz vermitteln) nicht bestätigt hat.

Die Angleichung der Ersterteilungsdauer auf einheitlich drei Jahre ist unionsrechtlich zulässig.⁵⁷ Sie ist auch zweckmäßig, da für die verkürzten Kontrollintervalle keinerlei praktisches Bedürfnis besteht und die Angleichung Ausländerbehörden wie Betroffene gleichermaßen entlastet.⁵⁸

4. Erweiterte Maßnahmen zur Durchsetzung ausweisrechtlicher Pflichten (Art. 1 Nr. 6 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 48 AufenthG)

§ 48 AufenthG (Ausweisrechtliche Pflichten) soll nunmehr lauten:

(1) [...]

(2) [...]

(3) ¹Besitzt der Ausländer keinen gültigen Pass oder Passersatz, ist er verpflichtet, an der Beschaffung des Identitätspapiers mitzuwirken sowie alle Urkunden, sonstigen Unterlagen und Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein können und in deren Besitz er ist, den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden auf Verlangen vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen. ²Kommt der Ausländer seiner Verpflichtung nicht nach und bestehen tatsächliche Anhaltspunkte, dass er im Besitz solcher Unterlagen oder Datenträger ist, können er und die **in seinem Besitz**

⁵⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 2 Qualifikations-RL.

⁵⁸ Zutreffend BT-Drs. 20/9463, S. 34.

befindlichen [bisher: von ihm mitgeführten] Sachen sowie seine Wohnung nach diesen Unterlagen oder Datenträgern durchsucht werden. ³Durchsuchungen der Wohnung nach Satz 2 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden angeordnet werden. ⁴Der Ausländer hat die Maßnahme zu dulden.

(3a) ¹Das Auslesen von Datenträgern, einschließlich mobiler Geräte und Cloud-Dienste, ist zum Zwecke der Sicherstellung einer Auswertung nach Absatz 3b zulässig, wenn es zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit erforderlich ist, da der Ausländer keinen gültigen Pass, Passersatz oder sonstigen geeigneten Identitätsnachweis besitzt. ²Der Ausländer hat die notwendigen Zugangsdaten für ein zulässiges Auslesen der Datenträger zur Verfügung zu stellen.

~~(3a) ¹Die Auswertung von Datenträgern ist nur zulässig, soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat nach Maßgabe von Absatz 3 erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann. ²Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. ³Der Ausländer hat die notwendigen Zugangsdaten für eine zulässige Auswertung von Datenträgern zur Verfügung zu stellen. ⁴Die Datenträger dürfen nur von einem Bediensteten ausgewertet werden, der die Befähigung zum Richteramt hat. ⁵Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch die Auswertung von Datenträgern erlangt werden, dürfen nicht verwertet werden. ⁶Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. ⁷Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.~~

(3b) ¹Das Auswerten der ausgelesenen Daten ist nur zulässig, soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat nach Maßgabe von Absatz 3 erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann. ²Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. ³Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch die Auswertung von Datenträgern erlangt werden, dürfen nicht verwertet werden. ⁴Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. ⁵Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen. ⁶Die Datenträger dürfen nur von einem Bediensteten ausgewertet werden, der die Befähigung zum Richteramt hat.

(3c) ¹Ausgelesene Daten sind unverzüglich zu löschen, sobald sie für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit nicht mehr erforderlich sind. ²Das Auslesen, Auswerten und Löschen von Daten ist zu

dokumentieren. ³Durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen nach den Artikeln 24, 25 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 ist sicherzustellen, dass kein unberechtigter Zugriff auf die ausgelesenen Daten erfolgt.

(4) ¹Wird nach § 5 Abs. 3 oder § 33 von der Erfüllung der Passpflicht (§ 3 Abs. 1) abgesehen, wird ein Ausweisersatz ausgestellt. ²Absatz 3 bleibt hiervon unberührt.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Durchsuchung im Besitz des Ausländers befindlicher Sachen

Die Ersetzung der Bezugnahme auf „vom Ausländer mitgeführte“ auf „in seinem Besitz befindliche“ Sachen soll auch eine Durchsuchung z.B. vom Ausländer räumlich entfernte Sachen – wie z.B. persönliche Schließfächer – nach Unterlagen und Datenträgern ermöglichen, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein können.⁵⁹ Sie ist konsequent, da ein Ausländer, die nicht über einen gültigen Pass oder ein gültiges Passersatzpapier verfügt, schon nach § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG verpflichtet ist, den zuständigen Behörden alle entsprechenden Dokumente und Datenträger, „in deren Besitz er ist“, zu überlassen. Sie begegnet auch rechtlich keinen Bedenken, da die Durchsuchung von Sachen (grundsätzlich) keinen strengeren Anforderungen unterliegen muss als die bereits jetzt zulässige Durchsuchung der Person. Die erforderliche Eingrenzung des Durchsuchungsanlasses wird durch die Möglichkeit der freiwilligen Herausgabe („kommt der Ausländer seiner Verpflichtung nicht nach ...“) sowie das Erfordernis erreicht, dass tatsächliche Anhaltspunkte für den Besitz entsprechender Unterlagen bestehen müssen. Im Übrigen findet das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip Anwendung, das im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung („kann“) zu beachten ist.

Nicht eindeutig ergibt sich allerdings, ob sich die Regelung auch auf Gegenstände und / oder Behälter erstreckt, die sich lediglich im mittelbaren Besitz des Betroffenen befinden, da ein Dritter diese für ihn (ggf. gerade mit dem Zweck einer Verschleierung oder der Erschwerung des behördlichen Zugriffs) verwahrt. Unabhängig davon ermöglicht die Regelung jedenfalls – auch bei fortbestehendem Besitz des Betroffenen – keinen Zugriff auf Behälter, die innerhalb geschützter Räumlichkeiten Dritter – wie z.B. befreundeter Familien oder mit der Verwahrung beauftragter Rechtsanwälte, Banken oder Notare – verwahrt werden, da auch § 48 Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E nur den Zugriff auf die Wohnung des Betroffenen eröffnet („seine Wohnung“). Dies ermöglicht ggf. Umgehungskonstruktionen, in denen entsprechende Dokumente und Datenträger bewusst Dritten zur Verwahrung übergeben werden. Eine Vollstreckung der Herausgabepflicht gegen den betroffenen Ausländer mit Hilfe der Festsetzung von Zwangsgeld und ggf. Ersatzzwangshaft nach Maßgabe des allgemeinen Vollstreckungsrechts wäre zwar grundsätzlich denkbar, dürfte angesichts der oft schlechten Vermögensverhältnisse der Betroffenen und der erheblichen

⁵⁹ BT-Drs. 20/9463, S. 34.

Eingriffsintensität der Ersatzzwangshaft (die auch für die vollstreckende Behörde mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden ist) kaum praktikabel sein.

Eine Erstreckung auf die Durchsuchung der Räumlichkeiten Dritter sollte dennoch nicht vorschnell erwogen werden, da dies ggf. erhebliche rechtliche Folgefragen aufwirft und jedenfalls spezifische Anhaltspunkte für eine entsprechende Verwahrung erforderlich sein dürften.⁶⁰ Zudem wäre vorrangig daran zu denken, zunächst eine entsprechende Herausgabepflicht betroffener Dritter vorzusehen.

bb) Durchsuchung von Wohnungen nach Identitätsdokumenten

Nach § 48 Abs. 3 Satz 2 und 3 AufenthG-E soll nunmehr auch eine Durchsuchung der Wohnung eines Ausländers, der keinen gültigen Pass oder Passersatz besitzt, nach Urkunden, Unterlagen und Datenträgern möglich sein, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein können. Voraussetzung hierfür sind tatsächliche Anhaltspunkte, dass der Betroffene im Besitz entsprechender Unterlagen ist, und eine richterliche Anordnung.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der vom Grundgesetz garantierte besondere Schutz der Wohnung (Art. 13 GG) nicht auf deutsche Staatsangehörige beschränkt ist und nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch einem Ausländer in einer Aufnahmeeinrichtung zugewiesene Zimmer in der Regel den vollen Schutz des Art. 13 GG genießen.⁶¹ Der verfassungsrechtliche Schutz der Wohnung kann in diesen Fällen auch nicht nach Maßgabe der Rechtsprechung zum Betreten von Betriebs- oder Geschäftsräumen relativiert werden, so dass die Rechtfertigungsanforderungen an die Durchsuchung von Wohnungen zu beachten sind.⁶² Insbesondere umfasst die Suche nach Dokumenten regelmäßig die Vornahme von Handlungen innerhalb der Wohnung, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung nicht von sich aus offenlegen oder herausgeben will, und geht damit über ein bloßes Betretensrecht hinaus.⁶³

Hieraus folgt neben dem in § 48 Abs. 3 Satz 3 AufenthG-E aufgegriffenen Richtervorbehalt auch die Pflicht zur strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Hier dürfte zwar außer Zweifel stehen, dass der mit einer Durchsuchung der Wohnung verbundene Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre im Einzelfall durch das Erfordernis gerechtfertigt werden kann, die Identität und Staatsangehörigkeit des Betroffenen bzw. das Bestehen von Rückführungsmöglichkeiten in andere Staaten zu klären. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Betroffene nach § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zur Mitwirkung und Herausgabe entsprechender Dokumente verpflichtet ist. Im Fall des Nichtbesitzes des erforderlichen Aufenthaltstitels bzw. eines sonstigen

⁶⁰ Vgl. § 58 Abs. 6 Satz 2 AufenthG.

⁶¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 11 ff.

⁶² Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 22.

⁶³ Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 17.

Aufenthaltsrechts kommt hinzu, dass der Betroffene auch ohne behördliche Maßnahmen zur freiwilligen Ausreise verpflichtet ist (§ 50 Abs. 1 und 2 AufenthG).⁶⁴

Allerdings ist angesichts der besonderen Eingriffsintensität einer Wohnungsdurchsuchung fraglich, ob das (aus der Regelung zur Durchsuchung von Personen übernommene) Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene im Besitz entsprechender Unterlagen und Datenträger ist, den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt. Insbesondere dürfte das bloße Erfahrungswissen, dass Ausländer regelmäßig über entsprechende Dokumente verfügen, kaum ausreichen, da die Integrität der Wohnung von Ausländern (einschließlich ihrer Familien), die nicht über Pass- oder Passersatzpapiere verfügen, sonst weitgehend aufgehoben wäre. Denn auch wenn die gesetzliche Regelung zur Ausübung pflichtgemäßen Ermessens unter Beachtung auch des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet („kann“), müssten Betroffene Ausländer bei einer solchen Auslegung subjektiv quasi jederzeit mit einer Durchsuchung ihrer höchstpersönlichen Räumlichkeiten rechnen.⁶⁵

Eine solche Ausgestaltung ist ausweislich der Gesetzesbegründung indes nicht beabsichtigt. In dieser ist vielmehr ausgeführt, dass „hinreichend konkrete und tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen [müssen], dass Unterlagen oder Datenträger, die zur Klärung der Identität und zur Klärung der Staatsangehörigkeit dienen, in der Wohnung aufgefunden werden können. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn entsprechende Unterlagen oder Datenträger in der Wohnung vermutet werden. Ebenso ist eine Durchsuchung zur Ausforschung beziehungsweise zu Ermittlungen ins Blaue hinein unzulässig“.⁶⁶ Entsprechende Klarstellungen fehlen jedoch im eigentlichen Gesetzeswortlaut. Insoweit wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, die konkrete, auf den Einzelfall bezogene Durchsuchungsanlässe fordert und eine Handhabung quasi als ausländerrechtliche Standardmaßnahme auch in der Praxis ausschließt.

Weiterhin fehlt es an einer Regelung, die die Wohnungsdurchsuchung ausdrücklich an die vorherige Ausschöpfung milderer Mittel bindet. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Regelung des § 48 Abs. 3a Satz 1 AufenthG a.F. bzw. des § 48 Abs. 3b Satz 1 AufenthG-E unverständlich, die die (grundrechtlich ähnlich sensible) Auswertung von Datenträgern an ein entsprechendes Erfordernis bindet. Auch insoweit enthält die Gesetzesbegründung zwar einen entsprechenden Hinweis, der sich im Gesetzeswortlaut aber nicht wiederfindet.⁶⁷

⁶⁴ Allerdings hängt die Anwendbarkeit von § 48 Abs. 3 AufenthG nicht davon ab, dass der Betroffene ausreisepflichtig ist; sie dient vielmehr in erster Linie der Durchsetzung der gesetzlichen Passpflicht nach § 3 AufenthG sowie ggf. der Sicherstellung späterer Rückführungsmöglichkeiten.

⁶⁵ Das hiermit verbundene Verunsicherungsgefühl dürfte insbesondere bei Ausländern, die in staatlichen Aufnahmeeinrichtungen und Sammelunterkünften untergebracht sind, auch dann gesteigert werden, wenn entsprechende Durchsuchungen regelmäßig gegenüber anderen Wohnungsinhabern am gleichen Ort durchgeführt werden. Dies trägt das Potential in sich, mit dem Grundgedanken der Unverletzlichkeit der Wohnung in Konflikt zu geraten, so dass entsprechende Maßnahmen jedenfalls nicht als ausländerrechtliche Standardmaßnahme durchgeführt werden sollten.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 34.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 34.

Aus richterlicher Sicht ist dabei besonders darauf hinzuweisen, dass der angeordnete Richtervorbehalt eine inhaltliche Eingrenzung der Durchsuchungsbefugnisse nicht ersetzen kann. Denn der gesetzliche Richter ist zur Anwendung bestehender Eingriffsvoraussetzungen verpflichtet, kann und soll diese aber nicht im Wege der freien Rechtsfortbildung selbst schaffen. Insoweit handelt es sich bei Richtervorbehalt und materiellen Eingriffsvoraussetzungen um grundrechtssichernde Elemente, die sich gegenseitig ergänzen.

cc) Auslesen und Auswertung von Datenträgern

Die Neufassung von § 48 Abs. 3a und die Neuschaffung von § 48 Abs.3b AufenthG erfolgt in Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts,⁶⁸ die – anknüpfend an die unmittelbar im bisherigen Recht geregelte Subsidiaritätsklausel⁶⁹ – die vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge sowie einigen Ausländerbehörden einzelfallunabhängig quasi als asyl- bzw. ausländerrechtliche Standardmaßnahme praktizierte Auswertung von Datenträgern⁷⁰ zum Zweck der Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit beanstandet hatte.⁷¹

Die Neuregelung sieht nunmehr eine Differenzierung zwischen dem Auslesen (§ 48 Abs. 3a AufenthG-E) und der Auswertung (§ 48 Abs. 3b AufenthG-E) entsprechender Datenträger vor: Während das Auslesen nunmehr unabhängig von der bisherigen Subsidiaritätsklausel immer dann zulässig sein soll, wenn dies zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit erforderlich ist, da der Ausländer keinen gültigen Pass, Papiersatz oder sonstigen geeigneten Identitätsnachweis besitzt, steht die Auswertung der Daten weiterhin unter dem bisher in § 48 Abs. 3a AufenthG a.F. geregelten Vorbehalt einer Ausschöpfung milderer Mittel.

Der Gesetzgeber will so das tatsächliche Auslesen von Datenträgern, das mit erheblichen Eingriffen in allgemeines Persönlichkeitsrecht und Informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen verbunden ist, auf Fälle beschränken, in denen dies keine mildereren Mittel in Betracht kommen, will eine später im Einzelfall erforderlich werdende Auswertung aber durch Ermöglichung einer breit angelegten Datenerfassung gegenüber einer Vielzahl potentieller Betroffener im Vorfeld konkreter Bedarfsfälle absichern.

Die einfachgesetzlichen Bedenken gegenüber der bisherigen Praxis, die Anlass für die o.g. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts waren, dürften damit ausgeräumt sein. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Frage der Verfassungsmäßigkeit entsprechender Eingriffsmaßnahmen keine Aussage getroffen hat.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 35.

⁶⁹ „Die Auswertung von Datenträgern ist nur zulässig, soweit dies [...] erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann.“

⁷⁰ Vgl. hierzu *Roche/Wittmann*, InfAusIR 2023, 425 (426).

⁷¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 16. Februar 2023 – 1 C 19.21 –, InfAusIR 2023, 291 Rn. 24 ff.

Insoweit ist zu unterscheiden: Bereits das Auslesen entsprechender Datensätze stellt aus Perspektive der Informationellen Selbstbestimmung einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar, weil Datenträger wie z.B. Mobilfunkgeräte oftmals eine sehr hohe Persönlichkeitsrelevanz aufweisen und wesentliche Teile der individuellen Lebensführung abbilden (und für die Behörden nachvollziehbar machen). Auch wenn eine behördliche Auswertung dieser Daten ggf. gar nicht erfolgt, sind die entsprechenden Datensätze bis zu ihrer Löschung der Selbstbestimmung des Betroffenen entzogen und könnten – rechtlich wie tatsächlich – jederzeit zu seinem Nachteil ausgewertet werden. Insbesondere kann der Betroffene bei zukünftigen Kontakten mit Bundesamt und Migration und Flüchtlinge bzw. dem Bundesamt selbst nicht wissen, über welche – ggf. höchstpersönlichen – Informationen der ihm gegenüber tretende Amtswalter tatsächlich verfügt. Vor diesem Hintergrund spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht vieles dafür, ein im o.g. Sinne gestuftes Verfahren nur dann zuzulassen, wenn der Betroffene in geeigneter Form Kenntnis davon erlangen kann, ob eine tatsächliche Auswertung der erhobenen Daten erfolgt ist. § 48 Abs. 3c Satz 2 AufenthG-E sieht hier zwar eine ausdrückliche Dokumentationspflicht vor, begründet aber weder behördliche Informationspflichten noch individuelle Auskunftsansprüche. Ob der Betroffene hier auf die Geltendmachung allgemeiner Akteneinsichtsansprüche bzw. auf das Auskunftsrecht nach Art. 15 DS-GVO⁷² verwiesen werden kann, erscheint angesichts der besonderen Eingriffsintensität bereits der Datenerhebung und der besonderen Schutzwürdigkeit der Betroffenen, die sich ihrer Rechte gegenüber den betroffenen Behörden regelmäßig nicht bewusst sein dürften, fraglich.

Unabhängig scheint die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung fraglich.⁷³ Denn auch bei Beachtung der Subsidiaritätsklausel des § 48 Abs. 3c Satz 1 AufenthG muss die Maßnahme im Übrigen verhältnismäßig sein. Zwar erscheint auch hier naheliegend, dass die mit einem (erheblichen) Eingriff in die Informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen verbundene Belastung ggf. durch das staatliche Interesse an der Erlangung von Informationen und Daten gerechtfertigt werden kann, die z.B. einer Identitätsklärung dienen (und der Betroffenen in Erfüllung seiner gesetzlichen Mitwirkungspflichten ohnehin preisgeben müsste). Presseberichte über die bisherigen behördlichen Erfahrungen mit den Regelungen des § 48 Abs. 3a AufenthG a.F. und des § 15a AsylG a.F. legen jedoch nahe, dass die zum Teil als behördliche Standardmaßnahme betriebene Auswertung von Mobilfunkgeräten nur in einem Bruchteil der Anwendungsfälle zu relevanten Ergebnissen geführt hat. Ob diese Berichte zutreffen, kann der Sachverständige nicht beurteilen. Sie legen jedoch eine verschärfte Prüfung bereits durch den Gesetzgeber nahe, ob der durch die Datenauswertung zu erwartende Ertrag im Einzelfall in einem angemessenen Verhältnis zu den Nachteilen (und Kosten) steht, die sowohl mit der auf Vorrat erfolgenden Datenerhebung als auch der individuellen Datenauswertung verbunden sind.

⁷² Auf das Art. 48 Abs. 3c AufenthG-E zudem nicht verweist, so dass auch seitens der zuständigen Behörden Unsicherheiten über Art und Umfang der Auskunftsansprüche bestehen dürften.

⁷³ Dies wirkt mittelbar auch auf die Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung zurück, die nur durch den Zweck der Datenauswertung gerechtfertigt werden kann.

dd) Erstreckung der Datenträgerauswertung auf mobile Geräte und Cloud-Dienste

Neben der vorgenannten Anpassung des § 48 Abs. 3a AufenthG an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sieht der Gesetzesentwurf eine Ausdehnung der Erhebungs- und Auswertungsbefugnisse auf mobile Geräte und Cloud-Dienste vor.

Hierzu führt die Gesetzesbegründung aus:⁷⁴

Mit der Änderung wird zudem klargestellt, dass auch mobile Geräte wie Mobiltelefone einschließlich Smartphones und externer Datenwolken, also Daten-Clouds, etwa bei Anbietern wie Google Drive, vom Begriff des Datenträgers umfasst sind. Eine Cloud ist eine IT-Infrastruktur, die beispielsweise über das Internet verfügbar ist und unter anderem einen Speicherplatz als Dienstleistung umfasst. Beim Abspeichern von Daten auf der Cloud werden die Daten über das Internet auf die Server des jeweiligen Cloudanbieters transferiert, um dort zu Sicherheitszwecken zu verbleiben. Es besteht funktional kein Unterschied, ob man die Daten lokal auf einem Speicher im Mobiltelefon oder via Internet auf der serverbasierten Cloud speichert. Sofern sich jemand entschließt, Daten nicht auf dem eigenen internen Datenspeicher oder einem USB-Stick oder einer externen Festplatte zu speichern, sondern beispielsweise auf einem über das Internet zugänglichen Speicherplatz in einem entfernten Rechenzentrum (sog. Cloud), bleibt er weiterhin alleiniger Berechtigter der dort gespeicherten Inhalte (so BGH, Urteil vom 10.07.2015, V ZR 205/14, Rn. 20; Michl, NVwZ 2019, S. 1631, 1634).

Der Rechtsbegriff „Cloud-Dienste“ ist im deutschen Recht etabliert, etwa in § 3 Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz und landesrechtlichen Regelungen.

Das Bedürfnis für die Klarstellung ergibt sich aus der zunehmenden Bedeutung dieser Form der Datenspeicherung bei Personen aus vielen Herkunftsländern.

Entgegen der Gesetzesbegründung dürfte es sich bei der ausdrücklichen Erstreckung der Auslese- und Auswertungsbefugnisse nach dem AufenthG auf „mobile Geräte und Cloud-Dienste“ nicht ausschließlich um eine gesetzliche Klarstellung handeln. Während die rechtliche Einordnung eines Mobilfunkgeräts (einschließlich Smartphones) (auch) als Datenträger soweit ersichtlich unstrittig ist, handelte es sich bei hiermit verbundenen Speicherplätzen in entfernten Rechenzentren („Cloud“) nach bisherigem Recht nicht um vom Betroffenen „mitgeführte Sachen“ im Sinne des § 48 Abs. 3 Satz 2 AufenthG a.F., die durchsucht werden dürfen.

Die mit der Neuregelung verbundene Ausweitung der Auslese- und Auswertungsbefugnisse ist dennoch sinnvoll, da insbesondere moderne Smartphones oftmals über eine nahtlose Cloud-Integration verfügen und auch für den Benutzer nicht ohne weiteres erkennbar ist, welche Daten (nur) lokal oder (nur) in der Cloud abgelegt werden. Dennoch ist die Ausweitung der Auslese- und Auswertungsbefugnisse mit einer weiteren Intensivierung der grundrechtlichen Eingriffstiefe verbunden, so dass

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 35.

die Verhältnismäßigkeit der Regelung – insbesondere in Ansehung der öffentlich geäußerten Zweifel an der praktischen Wirksamkeit der bisherigen Auswertungspraxis – kritisch hinterfragt werden sollte. Hierzu fehlen dem Sachverständigen die erforderlichen Einblicke in die tatsächliche Anwendungspraxis, über die nur die mit der Anwendung befassten Behörden verfügen dürften.

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die behördliche Auswertung von Smartphones einschließlich in deren Nutzung eingebundener Cloud-Dienste abhängig von der Intensität der Nutzung durch den Betroffenen und der verwendeten Analysetechnik und –tiefe weit höhere Persönlichkeitsrelevanz aufweisen kann als eine Sichtung einzelner vom betroffenen mitgeführter Dokumente, die sich regelmäßig auf die Erfassung darin enthaltener biographischer Angaben beschränken dürfte.⁷⁵ Insbesondere hat das Bundesverfassungsgericht jüngst in anderem Kontext darauf hingewiesen, dass die Eingriffsintensität einer automatisierten Datenanalyse und –auswertung abhängig von deren gesetzlicher Ausgestaltung sehr unterschiedlich sein kann,⁷⁶ so dass der Gesetzgeber die wesentlichen Grundlagen zur Begrenzung von Art und Umfang der Daten und der Verarbeitungsmethoden ggf. selbst durch Gesetz vorgeben müsste.⁷⁷ Zwar wird die Eingriffsintensität der behördlichen Datenauswertung im vorliegenden Fall durch die Umgrenzung der Datenquellen und der zulässigen Auswertungszwecke verringert; in Ermangelung spezifischerer Regelungen zu anzuwendenden Datenverarbeitungsmethoden dürfte sich die Befugnis zur technisch unterstützten Datenauswertung aber derzeit auf die Zusammenstellung bzw. Hervorhebung gespeicherter Datensätze (wie z.B. Angaben zu angerufenen Telefonnummern) beschränken.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass sich auch die neu gefasste Auswertungsbefugnis nicht auf die Auswertung von Profilen der Betroffenen in sozialen Medien erstrecken dürfte, auch wenn auf diese ggf. mittels im Smartphone gespeicherter Zugriffsdaten technisch zugegriffen werden könnte. Denn hierbei handelt es sich schon nicht um Datenträger, die der Betroffene den zuständigen Behörden im Sinne des § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG „vorlegen, aushändigen und überlassen“ könnte; zudem handelt es sich bei den jeweiligen Diensteanbietern jeweils nicht bzw. nicht vorrangig um Telekommunikationsdiensteanbieter im Sinne des § 48a Abs. 1 AufenthG, die im Fall einer verweigerten Herausgabe durch den Nutzer zur Auskunft über Zugangsdaten verpflichtet wären.⁷⁸ Angesichts der technischen Nutzbarkeit von Social Media-Accounts auch als (öffentlicher oder privater) Speicherort dürften behördliche Bedarfsanmeldungen und die hiermit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten jedoch vorprogrammiert sein.⁷⁹

⁷⁵ Vgl. *Roche/Wittmann*, InfAusIR 2023, 425 (425) sowie *Bergmann*, in: ders./Dienelt, AusIR, § 15a AsylG Rn. 2.

⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 16. Februar 2023 – 1 BvR 1547/19 [Automatisierte Datenanalyse] –, Rn. 71 ff.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 16. Februar 2023 – 1 BvR 1547/19 [Automatisierte Datenanalyse] –, Rn. 112.

⁷⁸ Vgl. *Roche/Wittmann*, InfAusIR 2023, 425 (426).

⁷⁹ *Roche/Wittmann*, InfAusIR 2023, 425 (426).

ee) Zuständigkeiten

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis der Bestimmungen des § 48 Abs. 3a AufenthG a.F. (nunmehr: § 48 Abs. 3a – 3c AufenthG-E) i.V.m. § 48a AufenthG zur inhaltlich sehr ähnlich gefassten Bestimmung des § 15a AsylG in der bisherigen Anwendungspraxis erhebliche Schwierigkeiten aufgeworfen hat.

Diese unterscheiden sich zunächst dadurch, dass § 48 Abs. 3a AufenthG anders als § 15a Abs. 1 AsylG nicht nur zur Datenverarbeitung zum Zweck der Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers, sondern auch für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat ermächtigt. Von Bedeutung ist weiterhin der Umstand, dass § 48 Abs. 3a AufenthG die „mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden“ ermächtigt, während die Zuständigkeit für Maßnahmen nach § 15a Abs. 1 AsylG nach § 15a Abs. 2 AsylG augenscheinlich nur dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zugewiesen ist.

Dies wirft in rein ausländerrechtlichen Sachverhalten keine Probleme auf, da eine Anwendung des Asylgesetzes hier nicht in Betracht kommt. Zuständigkeitsfragen sind jedoch dann aufgeworfen, wenn der Betroffene einen Asylantrag stellt bzw. gestellt hat und somit (auch) in den Anwendungsbereich des Asylgesetzes fällt. Jedenfalls während der Dauer des Asylverfahrens stellt sich daher die Frage, ob die Befugnisse der Ausländerbehörden nach § 48 Abs. 3a AufenthG durch die in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge fallende Befugnisnorm des § 15a AsylG verdrängt werden. Diese Problematik wird durch den Umstand verschärft, dass die bisherige Rechtsprechung – an sich mit dem Ziel einer effektiven Ausweitung der behördlichen Eingriffsbefugnisse – von einer Anwendbarkeit der Eingriffsbestimmungen des AsylG auch über den Abschluss des Asylverfahrens hinaus ausgeht.

In der Fachliteratur wird daher zum Teil die Auffassung vertreten, die Befugnisse des Bundesamts – und damit auch die Sperrwirkung der ausschließlichen Zuständigkeitsregelung des § 15a AsylG – abweichend vom üblichen Verständnis des Asylgesetzes mit bestandskräftigem Abschluss des Asylverfahrens enden zu lassen, so dass die Befugnisse der Ausländerbehörden nach § 48 Abs. 3 AufenthG ab diesem Zeitpunkt wieder aufleben.⁸⁰ Demgegenüber gehen einzelne Gerichte von einer teleologischen Reduktion der ausschließlichen Zuständigkeitsnorm des § 15a Abs. 2 AsylG nach unanfechtbarem Abschluss des Asylverfahrens aus, die nach Abschluss des Asylverfahrens sowohl dem Bundesamt als auch den zuständigen Ausländerbehörden die Ausübung der Befugnisse nach § 15a Abs. 1 AsylG eröffnen würde.⁸¹ Der Verfasser dieses Gutachtens hat demgegenüber vorgeschlagen, die Anwendungsbereiche von § 48a Abs. 3a AufenthG und § 15a AsylG nicht in zeitlicher Hinsicht, sondern nach der Zweckrichtung der jeweiligen Maßnahme abzugrenzen, so dass § 15a AsylG das Bundesamt zur Datenauswertung für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit für die Zwecke des Asylverfahrens – einschließlich sich ggf. anschließender Widerrufs- oder Rücknahmeverfahren – ermächtigt, während

⁸⁰ Vgl. *Funke-Kaiser*, in: GK-AsylG, § 15a Rn. 13.

⁸¹ Vgl. VG Freiburg, Beschluss v. 26. August 2020 – 10 K 1841/20 –, juris Rn. 12.

sich die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers zu ausländerrechtlichen Zwecken – einschließlich des Abschiebungsvollzugs – auch während bzw. nach Abschluss eines etwaigen Asylverfahrens nach § 48 Abs. 3a Satz 1 AufenthG richtet.⁸²

Der VGH Baden-Württemberg hat die Abgrenzungsfrage demgegenüber schon im November 2022 als schwierige und bislang ungeklärte Rechtsfrage bezeichnet, die einer Klärung im gerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren nicht zugänglich ist.⁸³ Die Rechtsprechung jedenfalls in Baden-Württemberg neigt daher dazu, in entsprechenden Verfahren die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und / oder Klage anzuordnen und die Beteiligten auf eine Klärung in der Hauptsache zu verweisen.⁸⁴ Rechtsprechung aus anderen Bundesländern ist hierzu nicht bekannt.

Die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Rückführungsverbesserungsgesetzes enthält nun den „Hinweis“,⁸⁵ dass der in der Literatur vertretenen Auffassung, die den Anwendungsbereich bzw. die Sperrwirkung des § 15a AsylG abweichend von der üblichen Systematik des Asylgesetzes mit bestandskräftigem (?)⁸⁶ Abschluss des Asylverfahrens enden lässt, der Vorzug zu geben sei. Sie leitet dies jedoch aus einer auch nach Auffassung des Sachverständigen kaum aussagekräftigen Passage im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung zum Entwurf des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 16. März 2017 her,⁸⁷ die die bisherige Rechtsprechung gerade nicht von der Richtigkeit der vorgeschlagenen Auslegung überzeugt hat.⁸⁸ Sie könnte zudem dazu führen, dass dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge der Rückgriff auf die Bestimmung des § 15a Abs. 1 AsylG auch im Kontext eines Widerrufs- und Rücknahmeverfahrens entzogen ist,⁸⁹ obwohl (nachträglich aufgekommene) Fragen der Identitätsklärung hier durchaus aufgerufen sein können.

Generell muss der Versuch, in Rechtsprechung und Fachliteratur anhand des geltenden Gesetzesrechts aufgekommene Zweifelfragen im Wege der klarstellenden Gesetzesbegründung – d.h. ohne sachliche Änderung des Normtextes – lösen zu

⁸² Vgl. *Wittmann*, InfAuslR 2023, 449 (450).

⁸³ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 23. November 2022 – 12 S 3213/21 –, juris Rn. 15 ff.

⁸⁴ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 23. November 2022 – 12 S 3213/21 –, juris Rn. 8 ff. sowie VG Karlsruhe, Beschluss v. 9. August 2023 – A 19 K 1797/23 –, InfAuslR 2023, 447 (448 f.) m. Anm. *Wittmann*.

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 35 f.

⁸⁶ Die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Angaben. Die Anknüpfung an die Bestandskraft wäre systematisch folgerichtig, würde den Ausländerbehörden Maßnahmen nach § 48 Abs. 3a AufenthG aber gerade in Asylverfahren, in denen die Ablehnungsentscheidung zum Zwecke eines beschleunigten Abschiebungsvollzugs sofort vollziehbar ist, bis zum Eintritt der Bestandskraft abschneiden. Dies erschiene v.a. deswegen sinnwidrig, weil § 15a AsylG keine Ermächtigung zur Auswertung zum Zweck der Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat enthält.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11546, S. 2, 13.

⁸⁸ VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 23. November 2022 – 12 S 3213/21 –, juris Rn. 24 sowie VG Karlsruhe, Beschluss v. 9. August 2023 – A 19 K 1797/23 –, InfAuslR 2023, 447 (448) m. Anm. *Wittmann*. Vgl. auch VG Freiburg, Beschluss v. 26. August 2020 – 10 K 1841/20 –, juris Rn. 12, das auf Basis der in der früheren Gesetzesbegründung genannten Formulierung zu einer von der nunmehrigen Gesetzesbegründung abweichenden Schlussfolgerung kommt.

⁸⁹ Vgl. zur – möglicherweise versehentlich – in § 73b Abs. 5 Satz 2 AsylG fehlenden Verweisung auf § 15a AsylG schon *Wittmann*, InfAuslR 2023, 449 (450).

wollen, aus Sicht der Rechtswissenschaft und –praxis äußerst kritisch gesehen werden. Denn die Gesetzesbegründung nimmt nicht an der Regelungswirkung des Gesetzgebungsaktes teil; es ist im Einzelnen auch nicht klar, inwieweit sie der beschließenden Mehrheit des Bundestages bei der Beschlussfassung tatsächlich vor Augen steht und von dieser gebilligt wird. Sie kann zwar ggf. als Auslegungshilfe zur Klärung einer für sich genommen nicht eindeutigen Gesetzeslage herangezogen werden, kann den Wortlaut des Gesetzes aber nicht überwinden⁹⁰ und kann bestehende Auslegungszweifel v.a. dann nicht beseitigen, wenn sie auf schon bisher nicht eindeutige Gesetzesmaterialien Bezug nimmt und der Gesetzgeber in Ansehung der bislang unklaren Gesetzeslage von einer (verbindlichen) Klarstellung absieht.

Unabhängig davon führt die nach der (nunmehrigen) Gesetzesbegründung gewollte Lösung aus den o.g. Gründen möglicherweise nicht in jeder Hinsicht zu den vom Gesetzgeber gewollten Ergebnissen. Es erscheint daher angezeigt, die vermeintlich klarstellende Passage aus der Gesetzesbegründung zu streichen und / oder eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung vorzunehmen, die den Anforderungen an die Rechtsklarheit ebenso Rechnung trägt wie den praktischen Bedürfnissen der Ausländerbehörden und des Bundesamts.

5. Erstreckung der Ausreisepflicht auf das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der EU bzw. anderer Schengen-Staaten und Änderungen zur Erleichterung des Abschiebungsvollzugs (Art. 1 Nr. 7 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 50 AufenthG)

§ 50 AufenthG (Ausreisepflicht) soll nunmehr lauten:

(1) Ein Ausländer ist zur Ausreise verpflichtet, wenn er einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt und ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei nicht oder nicht mehr besteht.

(2) Der Ausländer hat das Bundesgebiet **und das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der anderen Schengen-Staaten unverzüglich** oder, wenn ihm eine Ausreisefrist gesetzt ist, bis zum Ablauf der Frist zu verlassen.

(3) ¹Durch die Einreise in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einen anderen Schengen-Staat genügt der Ausländer seiner Ausreisepflicht nur, wenn ihm Einreise und Aufenthalt dort erlaubt sind. ²Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der ausreisepflichtige Ausländer aufzufordern, sich unverzüglich in das Hoheitsgebiet dieses Staates zu begeben.

⁹⁰ Vgl. im konkreten Kontext VG Karlsruhe, Beschluss v. 9. August 2023 – A 19 K 1797/23 –, InfAuslR 2023, 447 (448) unter Verweis auf BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v. 16. Dezember 2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64, Rn. 86 ff.

(4) Ein ausreisepflichtiger Ausländer, der seine Wohnung wechseln oder den Bezirk der Ausländerbehörde für mehr als drei Tage verlassen will, hat dies der Ausländerbehörde vorher anzuzeigen.

~~(5) Der Pass oder Passersatz eines ausreisepflichtigen Ausländers soll bis zu dessen Ausreise in Verwahrung genommen werden.~~

(5) Der Pass, der Passersatz oder sonstige Urkunden, Unterlagen und Datenträger eines ausreisepflichtigen Ausländers, die zur Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind, sollen bis zur Ausreise des ausreisepflichtigen Ausländers in Verwahrung genommen werden.

(6) ¹Ein Ausländer kann zum Zweck der Aufenthaltsbeendigung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei zur Aufenthaltsermittlung und Festnahme ausgeschrieben werden, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist. ²**Ein Ausländer kann auch zum Zweck der Identitätsklärung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei ausgeschrieben werden, soweit dies zur Feststellung seiner Identität erforderlich ist.**

~~² ³Ein Ausländer, gegen den ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 besteht, kann zum Zweck der Einreiseverweigerung zur Zurückweisung und für den Fall des Antreffens im Bundesgebiet zur Festnahme ausgeschrieben werden.~~

ist zum Zweck der Einreiseverweigerung, zur Zurückweisung und für den Fall des Antreffens im Bundesgebiet zur Festnahme in den Fahndungsmitteln der Polizei auszuschreiben, sofern zu diesem Zweck keine Ausschreibung in das Schengener Informationssystem gemäß der Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (ABl. L 312 vom 7.12.2018 S. 14) erfolgt ist oder eine solche Ausschreibung gemäß der Verordnung (EU) 2018/1861 aus Gründen gelöscht wird, die der ausschreibende Schengen-Staat nicht zu vertreten hat. ³ ⁴Für Ausländer, die gemäß § 15a verteilt worden sind, gilt § 66 des Asylgesetzes entsprechend.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Erstreckung der Ausreisepflicht auf das Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten der EU bzw. anderer Schengen-Staaten und Änderungen zur Erleichterung des Abschiebungsvollzugs

§ 50 Abs. 2 AufenthG-E erstreckt die gesetzliche Ausreisepflicht bei Nichtbestehen einer Aufenthaltsberechtigung neben dem Bundesgebiet auch auf das Territorium anderer EU-Mitgliedsstaaten und des übrigen Schengenraums. Nach der

Gesetzesbegründung erfolgt die Ausweitung des geographischen Geltungsbereichs der Einreise- und Aufenthaltsverbote zur Umsetzung der ersten und vierten Empfehlung des Rates der Europäischen Union vom 2. Oktober 2020 zur Beseitigung der bei der Evaluierung 2020 der Anwendung des Schengen-Besitzstandes im Bereich der Rückführung durch Deutschland festgestellten Mängel. Danach soll Deutschland die nationalen Rechtsvorschriften und die Praxis ändern, um sicherzustellen, dass Rückkehrentscheidungen gegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige eine eindeutige Verpflichtung zur Rückkehr in einen Drittstaat im Sinne der Definition des Begriffs „Rückkehr“ in Art. 3 Nr. 3 RfRL enthalten.⁹¹

Tatsächlich ergibt sich der Umstand, dass die Rückkehrverpflichtung grundsätzlich nur durch ein Verlassen des Schengen-Raums erfüllt werden kann, bereits aus einer Zusammenschau der Regelungen des § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AufenthG derzeitiger Fassung. Eine Klarstellung im Hinblick auf den EU-Raum erscheint dennoch zweckmäßig, da eine Rückkehrverpflichtung nach Art. 3 Nr. 3 RfRL nur durch die Rückkehr in das Herkunftsland, einen geeigneten Transitstaat oder die freiwillige Rückkehr in ein aufnahmeberechtigtes Drittland erfüllt werden kann. Ob eine Erstreckung auf den übrigen Schengen-Raum durch den Schengen-Acquis⁹² oder völkerrechtliche Abkommen mit den jeweiligen Schengen-Staaten, die nicht EU-Mitglieder sind, geboten ist oder gerechtfertigt werden kann, müsste ggf. näher geprüft werden, kann im Rahmen der für die Begutachtung zur Verfügung stehenden Zeit aber nicht vertieft werden.

bb) Verwahrung von Identitätsdokumenten und Datenträgern

Nach bisheriger Rechtslage waren Pass oder Passersatzpapiere ausreisepflichtiger Ausländer bis zur Ausreise in Verwahrung zu nehmen, um eine tatsächliche Ausreise der Betroffenen zu sichern.

Der Gesetzesentwurf erstreckt diese Verwahrungspflichten nunmehr auf sonstige Urkunden, Unterlagen und Datenträger eines ausreisepflichtigen Ausländers, die zur Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind.

Die Regelung ergänzt die bisherige Bestimmung des § 48 Abs. 3 AufenthG, die Ausländer, die nicht über einen Pass oder Passersatz verfügen, bereits vor Entstehen der Ausreisepflicht verpflichtet, den zuständigen Behörden alle in seinem Besitz befindlichen Urkunden, sonstigen Unterlagen und Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sein können, auf Verlangen vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen.

⁹¹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 36 unter Verweis auf Ratsdokument Nr. 11298/20 vom 2. Oktober 2023 (nicht veröffentlicht).

⁹² Vgl. insbesondere Art. 24 VO (EG) Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II).

Während es nach bisheriger Rechtslage auch nach Eintritt der Ausreisepflicht im Ermessen der zuständigen Behörden stand, die entsprechenden Unterlagen und Datenträger herauszuverlangen („auf Verlangen“), dürften diese nach der Neufassung der Bestimmung zu einer Verwahrung verpflichtet sein.

Dies steht in einem Spannungsverhältnis zur Entwurfsbegründung zu § 48 Abs. 3a und 3b AufenthG-E. Denn diese weist ausdrücklich darauf hin, dass das in § 48 Abs. 3a AufenthG-E vorgesehene frühzeitige Auslesen der Datenträger den mit dem Auslesen und Auswerten verbundenen Grundrechtseingriff möglichst wenig intensiv ausgestalten soll, da ein Einbehalten des Datenträgers bis zur Auswertung, das dem Ausländer den Besitz des Datenträgers dauerhaft entzieht, gegenüber dem bloßen Auslesen mit anschließender Rückgabe des Datenträgers den schwerwiegenderen Eingriff darstellt.⁹³ Die beabsichtigte Wirkung der grundrechtsschonenden Regelung wird jedoch weitgehend vereitelt, wenn § 50 Abs. 3 AufenthG nunmehr eine ausdrückliche Verpflichtung der Ausländerbehörde zur Verwahrung entsprechender Dokumente und Datenträger vorsieht.

Dieser (vermeintliche) Wertungswiderspruch könnte zwar damit gerechtfertigt werden, dass die Verwahrungspflicht des § 50 Abs. 5 AufenthG-E erst mit Eintritt der Ausreisepflicht einsetzt, während die Herausgabe-, Auslese- und Auswertungsbestimmungen des § 48 Abs. 3 – 3c AufenthG-E auch nicht ausreisepflichtige Ausländer betreffen, wenn diese nicht über Reisepapiere verfügen. Die Gesetzesbegründung weist jedoch selbst darauf hin, dass der wesentliche Zweck des § 48 AufenthG in der Sicherung der Identität von Ausländern zur Kontrolle der Einreise und des Aufenthalts und zur Rückführung von Ausländern liegt, die sich unerlaubt im Bundesgebiet aufhalten.⁹⁴ Angesichts dessen ist die gegenwärtige Ausgestaltung des § 50 Abs. 5 AufenthG-E geeignet, die grundrechtsschonende Stoßrichtung der Anpassung des § 48 Abs. 3 – 3c AufenthG-E in nicht unerheblichem Umfang zu relativieren.

Die Gesetzesbegründung führt zudem aus, dass in Folge der Neuregelung auch sonstige Urkunden, Unterlagen und Datenträger in Verwahrung genommen werden „können“.⁹⁵ Demgegenüber ordnet die vorgeschlagene gesetzliche Verpflichtung eine Verwahrung verbindlich an, sobald die Ausreisepflicht eintritt. Insoweit fehlt es insbesondere für Fälle eines langfristig geduldeten Aufenthalts an Regelungen, die eine Herausgabe der entsprechenden Dokumente (wie z.B. Nachweise über erworbene Berufsqualifikationen) zur Wahrnehmung berechtigter Interessen ermöglichen.

Ebenso ist unklar, ob die Verpflichtung des § 50 Abs. 5 AufenthG-E, Urkunden, Unterlagen und Datenträger in Verwahrung zu nehmen, die zur Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit und für die Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind, auch für Ausländer gilt, die über gültige Pass- oder Passersatzpapiere verfügen. Hierfür könnte sprechen, dass entsprechende Dokumente und Urkunden ggf. zu einem zukünftigen

⁹³ BT-Drs. 20/9463, S. 35.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 34.

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 36.

Zeitpunkt benötigt werden, um z.B. Ersatz für durch Zeitablauf ungültig gewordene Reisedokumente zu beschaffen. Hiergegen spricht jedoch, dass eine solche – nach dem Gesetzeswortlaut einzelfallunabhängig verpflichtende – Einbehaltung entsprechender Originaldokumente auf Vorrat für die Betroffenen insbesondere im Fall einer vorhersehbar längeren Aufenthaltsdauer⁹⁶ erhebliche Belastungswirkung entfaltet und ggf. – wie die Gesetzesbegründung an anderer Stelle selbst einräumt⁹⁷ – durch ein frühzeitiges Einlesen der jeweiligen Dokumente ersetzt werden könnte. Insoweit erscheint eine gesetzliche Klarstellung geboten, ob eine Dokumenten- und Datenträgervorratshaltung auch in derartigen Fällen erfolgen soll, unter welchen Voraussetzungen entsprechende Dokumente und Datenträger herauszugeben sind und inwieweit entsprechende Maßnahmen durch die Erstellung von Kopien ersetzt werden können.

cc) Fahndungsausschreibung zum Zweck der Identitätsklärung

Nach § 50 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E kann ein Ausländer auch zum Zweck der Identitätsklärung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei ausgeschrieben werden, soweit dies zur Feststellung seiner Identität erforderlich ist. Nach der Gesetzesbegründung erscheint dies erfolgversprechender als z.B. ein geplanter Termin zur Identitätsklärung, da Ausländer in nicht vorhersehbaren Kontrollsituationen oftmals identitätsrelevante Dokumente und Datenträger mit sich führen oder sich aus der Kontrollsituation heraus zumindest Hinweise auf die Identität der kontrollierten Person ergeben können.⁹⁸

Dies erscheint nachvollziehbar. Da die Ausschreibung zur Fahndung rechtlich zwar ein vergleichsweise niederschwelliges Kontrollinstrument ist, den Betroffenen in alltäglichen – und ggf. wiederholt stattfindenden – Kontrollsituationen aber dennoch ggf. erheblichen Belastungen (z.B. durch die erhöhte Kontrollintensität und –dauer, die sich ggf. anschließenden Maßnahmen [wie z.B. Durchsuchungen nach mitgeführten Identitätsdokumenten] und die mit einem Fahndungstreffer ggf. verbundenen sozialen Stigmatisierungseffekte) aussetzen kann, dürfte für die Anwendungspraxis indes eine verhältnismäßige Anwendung im Einzelfall zu fordern sein. Hier wäre ggf. eine Evaluierungsregelung zu empfehlen, um die Handhabung und Zweckmäßigkeit der Bestimmung in der Praxis zu bewerten.

Nicht eindeutig erscheint nach der vorgeschlagenen Gesetzesfassung sowie der Gesetzesbegründung, welche konkreten Anwendungsfelder dem Gesetzgeber für die Ausschreibungsregelung vor Augen stehen. Zwar legt die systematische Stellung im Kontext des § 50 AufenthG („Ausreisepflicht“) es nahe, die Bestimmung nur auf ausreisepflichtige Ausländer anzuwenden, deren Identität nicht geklärt ist. Anders als bei § 50 Abs. 5 Satz 1 und 3 AufenthG-E ergibt sich aus der neu gefassten Bestimmung aber keine eindeutige Beschränkung auf derzeit ausreisepflichtige bzw.

⁹⁶ Z.B. bei Bestehen einer Duldung nach § 60c oder § 60d AufenthG.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 34.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 37.

nicht aufenthaltsberechtigte Personen. Da die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich in Bezug genommene Vorschrift des § 48 Abs. 3 AufenthG zudem – anders als § 50 AufenthG – auch für nicht ausreisepflichtige Ausländer gilt, erschiene eine Anwendung der Bestimmung auf aufenthaltsberechtigte Ausländer mit ungeklärter Identität aber nicht von vorneherein ausgeschlossen. Dies kann insbesondere in Fällen eines Chancen-Aufenthaltsrechts nach § 104c Abs. 1 Satz 1 AufenthG von Bedeutung sein, dass ausdrücklich abweichend von § 5 Abs. 1 Nrn. 1a und 4 AufenthG – d.h. an Personen ohne Reisepapiere bzw. mit ungeklärter Identität – erteilt werden kann. Vergleichbares gilt aber auch für sonstige Fälle, in denen ein Aufenthaltstitel nach § 5 Abs. 3 AufenthG oder aufgrund atypischer Umstände auch unabhängig von Identitätsklärung oder Erfüllung der Passpflicht erteilt werden kann.

In Betracht gezogen werden sollte daher eine ausdrückliche Beschränkung des Anwendungsbereichs auf ausreisepflichtige Ausländer, eine ausdrückliche Anbindung an die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommenen Voraussetzungen des § 48 Abs. 3 Satz 2 AufenthG⁹⁹ und/oder eine sonstige Klarstellung, dass eine Ausschreibung nur dann erfolgen kann, wenn die Betroffenen zumutbare Mitwirkungspflichten nicht erfüllen.

Hinzuweisen ist weiterhin darauf, dass § 50 Abs. 6 Satz 2 AufenthG-E eine Fahndungsausschreibung nur zum Zweck der Identitätsklärung ermöglicht, die in verschiedenen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes¹⁰⁰ aber gesondert erwähnte Staatsangehörigkeit aber nicht erwähnt. Rechtsstreitigkeiten, ob eine Ausschreibung auch bei Personen, deren Identität – abgesehen von der Staatsangehörigkeit – geklärt ist, erscheinen daher vorprogrammiert. Auch insoweit erscheint eine Klarstellung geboten.

dd) Ausschreibung zur Einreiseverweigerung aus nationalen Gründen

§ 50 Abs. 6 Satz 2 AufenthG a.F. regelt die Ausschreibung zur Fahndung zum Zweck der Durchsetzung von Einreise- und Aufenthaltsverboten. Er sieht insoweit eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörden vor.

Insoweit ist zu unterscheiden: Nach Art. 24 Abs. 1 lit. b) der VO (EU) 2018/1861 (SIS-VO)¹⁰¹ sind die Mitgliedsstaaten kraft unmittelbar geltendem Unionsrechts verpflichtet,

⁹⁹ BT-Drs. 20/94463, S. 37 benennt die dort genannten Voraussetzungen allerdings nicht als Voraussetzungen einer Fahndungsausschreibung, sondern nur als Voraussetzungen für eine Personendurchsuchung im Rahmen einer durch die Fahndung angestoßenen Kontrollmaßnahme. Da § 48 Abs. 3 Satz 2 AufenthG jedoch tatsächliche Anhaltspunkte dafür voraussetzt, dass der Ausländer im Besitz entsprechender Unterlagen oder Datenträger ist, sind hierbei Fälle denkbar, in denen im Rahmen der Kontrollmaßnahme keine Durchsuchung nach Identitätspapieren erfolgen kann.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 1a, § 25a Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 25b Abs. 2 Nr. 1, § 48 Abs. 3 Satz 1, Abs. 3a Satz 1, § 49 Abs. 2 und 3, § 60a Abs. 5 Satz 5, Abs. 6 Satz 2, § 60b Abs. 1 Satz 1, § 61 Abs. 1c Satz 2, § 62b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b), § 104c Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

¹⁰¹ VO (EU) 2018/1861 vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006.

Personen, gegen die ein Einreiseverbot nach der Rückführungsrichtlinie verhängt wurde, zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem auszuschreiben. Die Regelung des § 50 Abs. 5 Satz 2 AufenthG a.F. ist daher insoweit überflüssig bzw. aufgrund des unionsrechtlichen Wiederholungsverbots sowie der Abweichung von bindendem Unionsrecht (im Hinblick auf das der Behörde eingeräumte Ermessen) unionsrechtswidrig.

Nach Art. 24 Abs. 1 lit. a) der VO (EU) 2018/1861 besteht darüber hinaus die Verpflichtung zur Ausschreibung zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung, wenn ein einzelner Mitgliedsstaat ein auf innerstaatlichen Vorschriften beruhendes Einreise- und Aufenthaltsverbot verhängt hat und dieser Grundlage eine nationale Ausschreibung der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung veranlasst. Hierfür bedarf es jedoch einer Grundlage im nationalen Recht.

§ 50 Abs. 6 Satz 3 AufenthG-E streicht daher die partiell unionsrechtswidrige Regelung des § 60 Abs. 6 Satz 2 AufenthG und ersetzt diese durch eine Regelung, die alleine nationale Ausschreibungen der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung betrifft.

Dies dürfte grundsätzlich unionsrechtskonform und rechtlich geboten sein. Hinzuweisen ist allerdings auf den Umstand, dass sich der Bestimmung des § 11 AufenthG keine Unterscheidung von auf die Rückführungsrichtlinie gestützten (und daher unionsrechtlich gebotenen bzw. gerechtfertigten) und rein auf nationaler Basis erlassenen Einreise- und Aufenthaltsverboten entnehmen lässt. Dies hat die Rechtsprechung zu Zweifeln veranlasst, ob das AufenthG in seiner gegenwärtigen Fassung ausreichende Rechtsgrundlagen für rein nationale Einreise- und Aufenthaltsverbote enthält. Diese werden durch den Gesetzentwurf nicht ausgeräumt.¹⁰²

- 6. Kein Widerruf unbefristeter Aufenthaltstitel bei Unzumutbarkeit der Passbeschaffung (Art. 1 Nr. 8 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 52 AufenthG)

§ 52 AufenthG (Widerruf) soll zukünftig lauten:

(1) ¹Der Aufenthaltstitel des Ausländers nach § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 zweite Alternative, Nummer 2, 2a, 2b, 2c, 3 und 4 kann außer in den Fällen der Absätze 2 bis 6 nur widerrufen werden, wenn

1. er keinen gültigen Pass oder Passersatz mehr besitzt,
2. er seine Staatsangehörigkeit wechselt oder verliert,
3. er noch nicht eingereist ist,
4. seine Anerkennung als Asylberechtigter oder seine Rechtsstellung als Flüchtling oder als subsidiär Schutzberechtigter erlischt oder unwirksam wird oder

¹⁰² Vgl. hierzu oben S. 15.

5. die Ausländerbehörde nach Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 Satz 1 feststellt, dass
 - a) die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder 7 nicht oder nicht mehr vorliegen,
 - b) der Ausländer einen der Ausschlussgründe nach § 25 Abs. 3 Satz 2 Nummer 1 bis 4 erfüllt oder
 - c) in den Fällen des § 42 Satz 1 des Asylgesetzes die Feststellung aufgehoben oder unwirksam wird.

²Satz 1 Nummer 1 findet keine Anwendung auf Inhaber einer Niederlassungserlaubnis (§ 9) oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU (§ 9a), wenn die Beschaffung eines Passes oder Passersatzes jedes Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, nicht in zumutbarer Weise möglich ist.
[≠] ³In den Fällen des Satzes 1 Nr. 4 und 5 kann auch der Aufenthaltstitel der mit dem Ausländer in familiärer Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen widerrufen werden, wenn diesen kein eigenständiger Anspruch auf den Aufenthaltstitel zusteht.

b) Einordnung und Bewertung

§ 52 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ermöglicht den nachträglichen Widerruf eines bereits erteilten Aufenthaltstitels nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn der Betroffene keinen gültigen Pass oder Passersatz mehr besitzt. § 52 Abs. 1 Satz 2 AufenthG soll nunmehr aus Gründen der Verhältnismäßigkeit klarstellen, dass ein entsprechender Widerruf dann nicht erfolgen kann, wenn der Betroffene einen unbefristeten Aufenthaltstitel besitzt und eine Beschaffung von Reisepapieren nicht in zumutbarer Weise möglich ist. In diesen Fällen wird den Betroffenen schon nach gegenwärtiger Rechtslage ein Reiseausweis für Ausländer ausgestellt (§ 5 Abs. 1 AufenthV).¹⁰³

Mit der Gesetzesänderung dürfte keine sachliche Rechtsänderung verbunden sein, da der Widerruf eines Aufenthaltstitels wegen Passlosigkeit in einer Situation, in der dem Betroffenen aufgrund seiner unverschuldeten Passlosigkeit ein nationales Passersatzpapier ausgestellt werden muss, stets ermessensfehlerhaft sein dürfte. Die gesetzliche Klarstellung ist indes zu begrüßen, auch wenn für den Widerruf befristeter Aufenthaltstitel letztlich dieselben Erwägungen maßgeblich sein dürften.

7. Verschärfung des Ausweisungsrechts im Hinblick auf Schleuserkriminalität und kriminelle Vereinigungen (Art. 1 Nr. 9 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 54 AufenthG)

§ 54 AufenthG (Ausweisungsinteressen) soll nunmehr lauten:

¹⁰³ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 38.

(1) Das Ausweisungsinteresse im Sinne von § 53 Absatz 1 wiegt besonders schwer, wenn der Ausländer

1. wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden ist oder bei der letzten rechtskräftigen Verurteilung Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist,
 - 1a. rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten
 - a) gegen das Leben,
 - b) gegen die körperliche Unversehrtheit,
 - c) gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach den §§ 174, 176 bis 178, 181a, 184b, 184d und 184e jeweils in Verbindung mit § 184b des Strafgesetzbuches,
 - d) gegen das Eigentum, sofern das Gesetz für die Straftat eine im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafe vorsieht oder die Straftaten serienmäßig begangen wurden oder
 - e) wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte oder tätlichen Angriffs gegen Vollstreckungsbeamte,
 - 1b. wegen einer oder mehrerer Straftaten nach § 263 des Strafgesetzbuchs zu Lasten eines Leistungsträgers oder Sozialversicherungsträgers nach dem Sozialgesetzbuch oder nach dem Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,
- 1c. wegen einer oder mehrerer Straftaten nach § 96 rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,**
 2. die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet; hiervon ist auszugehen, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass er einer Vereinigung angehört oder angehört hat, die den Terrorismus unterstützt oder er eine derartige Vereinigung unterstützt oder unterstützt hat oder er eine in § 89a Absatz 1 des Strafgesetzbuchs bezeichnete schwere staatsgefährdende Gewalttat nach § 89a Absatz 2 des Strafgesetzbuchs vorbereitet oder vorbereitet hat, es sei denn, der Ausländer nimmt erkennbar und glaubhaft von seinem sicherheitsgefährdenden Handeln Abstand,
- 2a. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet; hiervon ist auszugehen, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass er einer Vereinigung im Sinne des § 129 des Strafgesetzbuches angehört oder angehört hat,**
 3. zu den Leitern eines Vereins gehörte, der unanfechtbar verboten wurde, weil seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet,

4. sich zur Verfolgung politischer oder religiöser Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zur Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht oder
5. zu Hass gegen Teile der Bevölkerung aufruft; hiervon ist auszugehen, wenn er auf eine andere Person gezielt und andauernd einwirkt, um Hass auf Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen oder Religionen zu erzeugen oder zu verstärken oder öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften in einer Weise, die geeignet ist, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu stören,
 - a) gegen Teile der Bevölkerung zu Willkürmaßnahmen aufstachelt,
 - b) Teile der Bevölkerung böswillig verächtlich macht und dadurch die Menschenwürde anderer angreift oder
 - c) Verbrechen gegen den Frieden, gegen die Menschlichkeit, ein Kriegsverbrechen oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt,

es sei denn, der Ausländer nimmt erkennbar und glaubhaft von seinem Handeln Abstand.

(2) Das Ausweisungsinteresse im Sinne von § 53 Absatz 1 wiegt schwer, wenn der Ausländer

1. wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt worden ist,
2. wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt und die Vollstreckung der Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist,
3. als Täter oder Teilnehmer den Tatbestand **des § 96 oder des § 97 oder des § 29 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Betäubungsmittelgesetzes** verwirklicht oder dies versucht,
4. Heroin, Kokain oder ein vergleichbar gefährliches Betäubungsmittel verbraucht und nicht zu einer erforderlichen seiner Rehabilitation dienenden Behandlung bereit ist oder sich ihr entzieht,
5. eine andere Person in verwerflicher Weise, insbesondere unter Anwendung oder Androhung von Gewalt, davon abhält, am wirtschaftlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen Leben in der Bundesrepublik Deutschland teilzuhaben,
6. eine andere Person zur Eingehung der Ehe nötigt oder dies versucht oder wiederholt eine Handlung entgegen § 11 Absatz 2 Satz 1 und 2 des Personenstandsgesetzes vornimmt, die einen schwerwiegenden Verstoß gegen diese Vorschrift darstellt; ein schwerwiegender Verstoß liegt vor, wenn eine Person, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, beteiligt ist,
7. in einer Befragung, die der Klärung von Bedenken gegen die Einreise oder den weiteren Aufenthalt dient, der deutschen Auslandsvertretung oder der Ausländerbehörde gegenüber frühere Aufenthalte in Deutschland oder anderen Staaten verheimlicht oder in wesentlichen Punkten vorsätzlich keine, falsche oder unvollständige Angaben über Verbindungen zu Personen oder Organisationen macht, die der Unterstützung des Terrorismus oder der Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der

Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland verdächtig sind; die Ausweisung auf dieser Grundlage ist nur zulässig, wenn der Ausländer vor der Befragung ausdrücklich auf den sicherheitsrechtlichen Zweck der Befragung und die Rechtsfolgen verweigerter, falscher oder unvollständiger Angaben hingewiesen wurde,

8. in einem Verwaltungsverfahren, das von Behörden eines Schengen-Staates durchgeführt wurde, im In- oder Ausland
 - a) falsche oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines deutschen Aufenthaltstitels, eines Schengen-Visums, eines Flughafentransitvisums, eines Passersatzes, der Zulassung einer Ausnahme von der Passpflicht oder der Aussetzung der Abschiebung gemacht hat oder
 - b) trotz bestehender Rechtspflicht nicht an Maßnahmen der für die Durchführung dieses Gesetzes oder des Schengener Durchführungsübereinkommens zuständigen Behörden mitgewirkt hat, soweit der Ausländer zuvor auf die Rechtsfolgen solcher Handlungen hingewiesen wurde oder
9. einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder gerichtliche oder behördliche Entscheidungen oder Verfügungen begangen oder außerhalb des Bundesgebiets eine Handlung begangen hat, die im Bundesgebiet als vorsätzliche schwere Straftat anzusehen ist.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Hochstufung des Ausweisungsinteresses bei Schleuserkriminalität

Schon nach bisheriger Rechtslage begründen strafrechtliche Verurteilungen nach § 96 AufenthG (Einschleusen von Ausländern) ein besonders schweres Ausweisungsinteresse, wenn der Betroffene rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt wurde.¹⁰⁴ Ein schweres Ausweisungsinteresse liegt dann vor, wenn der Betroffene rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde, die nicht zur Bewährung ausgesetzt ist.¹⁰⁵ Ein schweres Ausweisungsinteresse kann auch dann vorliegen, wenn der Verstoß trotz des im Einzelfall geringeren oder gar vollständig unterbliebenen¹⁰⁶ Strafausspruchs als nicht nur vereinzelter und geringfügiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften zu bewerten ist.¹⁰⁷ Nach bisheriger Fassung des § 96 AufenthG sind entsprechende Straftaten mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bzw. von sechs Monaten bis zehn Jahren bedroht.

¹⁰⁴ § 54 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Die jeweiligen Beschränkungen auf Vorsatzdelikte sind im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung, da § 96 AufenthG keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kennt.

¹⁰⁵ § 54 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AufenthG.

¹⁰⁶ Z.B. in Fällen der Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen nach § 154a StPO.

¹⁰⁷ § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG.

Nach dem Gesetzentwurf sollen rechtskräftige Verurteilungen nach § 96 AufenthG nunmehr bereits dann ein besonders schweres Ausweisungsinteresse begründen, wenn eine Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens einem Jahr ausgesprochen wurde (§ 54 Abs. 1 Nr. 1c AufenthG-E); ein schweres Ausweisungsinteresse soll immer dann vorliegen, wenn der Betroffene sich in irgendeiner Weise nach § 96 AufenthG strafbar gemacht hat (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG-E). Eine Verurteilung ist insoweit nicht erforderlich. Nach der Gesetzesbegründung dient die Gesetzesänderung dem Zweck, das Interesse an der Ausweisung der Betroffenen in den Fällen mittlerer Schleuserkriminalität stärker zu gewichten und dem hohen Allgemeininteresse an der Bekämpfung der Schleuserkriminalität durch stärkere Sanktionierung selbst geringfügiger Fälle Rechnung zu tragen.¹⁰⁸

Bei der Frage, wie schwerwiegend der Gesetzgeber Verstöße gegen innerstaatliche Vorschriften im Kontext des Ausweisungsrechts gewichtet, hat der Gesetzgeber einen erheblichen Spielraum, der vorliegend nicht überschritten sein dürfte. Ob mit der Neuregelung angesichts der bestehenden Regelung ein echter Mehrwert erreicht wird, kann der Sachverständige anhand seiner eigenen Rechtsprechungs- und Fallpraxis nicht beurteilen; es mag jedoch manches dafür sprechen, dass der Neuregelung v.a. symbolische Wirkung zukommt. Dies gilt v.a. deswegen, da selbst eher geringfügige Straftaten nach der Auffangregelung des § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG ein Ausweisungsinteresse begründen, die tatsächliche Verhängung einer Ausweisungsentscheidung nach § 53 Abs. 1 AufenthG aber stets eine Abwägung mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet erfordert.

Die Neuregelung des § 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG trägt allerdings das Potential in sich, die Ausländerbehörden gerade in Fällen mit vergleichsweise geringem Verhaltensunwert mit erheblichem eigenem Ermittlungsaufwand zu belasten, da dieser keine strafgerichtliche Verurteilung voraussetzt.¹⁰⁹ Dieser dürfte in Fällen vermuteter Schleuserkriminalität regelmäßig weit höher ausfallen als der Ermittlungsaufwand in den bisherigen Fällen des § 54 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG, der lediglich den Nachweis des Erwerbs oder der Abgabe von Betäubungsmitteln voraussetzt. Ggf. wäre daher in Betracht zu ziehen, nur Verurteilungen wegen Schleuserdelikten in den Kreis der schweren Ausweisungsinteressen einzubeziehen.

bb) Mitgliedschaft in krimineller Vereinigung als besonders schweres Ausweisungsinteresse

Nach § 54 Abs. 1 Nr. 2a AufenthG-E soll nunmehr auch die Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ein besonders schweres Ausweisungsinteresse begründen. Hiervon soll auszugehen sein, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung

¹⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 38, 40.

¹⁰⁹ In diesen Fällen dürften gerade wegen des ggf. erheblichen Ermittlungsaufwands oftmals Verfahrenseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO erfolgen, die nicht mit einer strafgerichtlichen Schuldfeststellung verbunden sind.

rechtfertigen, dass er einer kriminellen Vereinigung im Sinne des § 129 StGB angehört oder in der Vergangenheit angehört hat.

Die Normfassung lehnt sich dabei eng an § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG an, die von einer Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland u.a. dann ausgeht, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Betroffene einer Vereinigung angehört oder angehört hat, die den Terrorismus unterstützt oder er eine derartige Vereinigung unterstützt oder unterstützt hat. Die Regelung zielt darauf ab, Angehörige von Strukturen der Organisierten Kriminalität leichter ausweisen zu können, da auf ein Erfordernis einer Verurteilung verzichtet wird.¹¹⁰

Der Verzicht auf einen individuellen Schuld- und Tatnachweis im Strafverfahren ist nicht aus sich heraus problematisch, da die Norm einen Nachweis konkreter Tatsachen voraussetzt, die die Schlussfolgerung einer früheren oder gegenwärtigen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung rechtfertigen. Insbesondere genügen insoweit weder ein bloßer, nicht auf Tatsachen gestützter Verdacht noch ein bloßes Verwandtschafts- oder Näheverhältnis zu Angehörigen der organisierten Kriminalität, da für jede betroffene Einzelperson der Nachweis entsprechender Tatsachen, die auf eine Mitgliedschaft – und nicht nur eine personelle Nähe – schließen lassen, erforderlich ist.¹¹¹ Der Vorwurf einer etwaigen Sippenhaft oder auf bloße Verdachtsmomente gestützter Kollektivausweisungen kann dem Gesetzentwurf daher nicht entgegengehalten werden.

Praktisch ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Ausländerbehörden mit dem Erfordernis, Strukturen organisierter Kriminalität und die Mitgliedschaft konkreter Einzelpersonen ggf. auch unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung selbst zu ermitteln, in erheblicher Weise belastet werden. Dies dürfte in der Praxis insbesondere in Fällen zu erheblichem Ermittlungsaufwand und langwierigen Rechtsstreitigkeiten führen, in denen bereits ein vorangehendes Strafverfahren nicht gegen alle Beteiligten mit vertretbarem Aufwand zu Ende geführt werden konnte, so dass ggf. Verfahrenseinstellungen gegen (potentielle) Randbeteiligte nach §§ 153 ff. StPO erfolgten. Darüber hinaus drohen ausländerrechtliche Sanktionen etwa mit Kronzeugenregelungen wie § 129 Abs. 7 StGB oder § 46b Abs. 1 StGB in Konflikt zu geraten, wenn mögliche ausländerrechtliche Folgen eines Geständnisses für den Betroffenen nicht überschaubar sind. Dies müsste ggf. aus behördenpraktischer Sicht evaluiert werden.

Hinzuweisen ist zudem auf dem Umstand, dass der Begriff der „kriminellen Vereinigung“ im Sinne des § 129 StGB ggf. auch Vereinigungen umfassen kann, bei denen sich eine Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland auch bei Annahme eines auf die Verwirklichung nicht unerheblicher Straftaten gerichteten Zwecks jedenfalls nicht unmittelbar aufdrängt.¹¹²

¹¹⁰ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 39.

¹¹¹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 30.

¹¹² Vgl. zum Anfangsverdacht der Bildung einer kriminellen Vereinigung gegen Angehörige der sog. „Letzten Generation“ LG München I, Entscheidung vom 16. November 2023 – 2 Qs 14/23.

Nicht nachvollziehbar erscheint zudem, warum § 54 Abs. 1 Nr. 2a AufenthG-E die frühere Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung auch dann zum Anlass für die Annahme eines besonders schweren Ausweisungsinteresses nimmt, wenn der Betroffene sich erkennbar und glaubhaft von seinem sicherheitsgefährdenden Handeln Abstand nimmt. Insoweit fehlt es an einer mit § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vergleichbaren Reueklausel, obwohl der dort u.a. maßgebende Vorwurf einer Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung gegenüber der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung den schwereren Tatvorwurf darstellt.¹¹³

Dies ist insbesondere in Fallkonstellationen problematisch, in denen die Vorwürfe lange zurückliegen¹¹⁴ und die auf § 54 Abs. 1 AufenthG verweisenden Normen selbst keine Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglichen.¹¹⁵ Jedenfalls bestehen auch insoweit erhebliche Friktionen mit strafrechtlichen Kronzeugenregelungen wie z.B. § 129 Abs. 7 StGB, die ggf. sogar eine vollständige Straflosigkeit vorsehen. Zwar muss der Gesetzgeber entsprechende Wertungen im Aufenthaltsrecht nicht übernehmen; ggf. dürfte jedoch zweifelhaft sein, ob der strafprozessuale Anreizeffekt einer Kronzeugenregelung noch erreicht werden kann, wenn dem Betroffenen auch unabhängig von einer etwaigen Umkehrentscheidung erhebliche ausländerrechtliche Konsequenzen drohen.

cc) Weitergehende Hinweise

Nach der gegenwärtigen Fassung des § 54 Abs. 2 Nr. 8 AufenthG liegt ein schweres Ausweisungsinteresse dann vor, wenn der Ausländer in einem Verwaltungsverfahren, das von Behörden eines Schengen-Staates durchgeführt wurde, im In- oder Ausland

a) falsche oder unvollständige Angaben zur Erlangung eines deutschen Aufenthaltstitels, eines Schengen-Visums, eines Flughafentransitvisums, eines Passersatzes, der Zulassung einer Ausnahme von der Passpflicht oder der Aussetzung der Abschiebung gemacht hat oder

b) trotz bestehender Rechtspflicht nicht an Maßnahmen der für die Durchführung dieses Gesetzes oder des Schengener Durchführungsübereinkommens zuständigen Behörden mitgewirkt hat, soweit der Ausländer zuvor auf die Rechtsfolgen solcher Handlungen hingewiesen wurde.

Die gesetzliche Hinweispflicht auf die Rechtsfolgen solcher Handlungen bezieht sich nach der gegenwärtigen Gesetzesfassung alleine auf die Normalalternative b), da er von dieser nicht als eigenständiger Absatz abgesetzt ist. Die Rechtsprechung geht insoweit jedoch von einem Redaktionsversehen aus, da eine Änderung gegenüber früheren,

¹¹³ Vgl. die Strafdrohung des § 129 Abs. 1 (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) mit der Strafdrohung des § 129a Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren).

¹¹⁴ Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Vorwürfe nicht Gegenstand eines Strafurteils waren, weil die Tilgungsfristen der §§ 46 ff. BZRG und das Verwertungsverbot des § 51 BZRG an eine strafrechtliche Verurteilung anknüpfen und daher allenfalls sinngemäß angewendet werden können.

¹¹⁵ Vgl. *Wittmann* InfAuslR 2023, 443 (444 f.).

abgesetzten Normfassungen nicht beabsichtigt war.¹¹⁶ Da die gegenwärtige Normfassung insbesondere in der alltäglichen Verwaltungsarbeit für Verwirrung sorgen kann, ist eine entsprechende Klarstellung anzuraten.

8. Sofortige Vollziehbarkeit aller Anordnungen zur Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit (Art. 1 Nr. 10 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 56 AufenthG)

§ 56 AufenthG (Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Ein Ausländer, gegen den eine Ausweisungsverfügung auf Grund eines Ausweisungsinteresses nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 bis 5 oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a besteht, unterliegt der Verpflichtung, sich mindestens einmal wöchentlich bei der für seinen Aufenthaltsort zuständigen polizeilichen Dienststelle zu melden, soweit die Ausländerbehörde nichts anderes bestimmt. ²Eine dem Satz 1 entsprechende Meldepflicht kann angeordnet werden, wenn der Ausländer

1. vollziehbar ausreisepflichtig ist und ein in Satz 1 genanntes Ausweisungsinteresse besteht oder
2. auf Grund anderer als der in Satz 1 genannten Ausweisungsinteressen vollziehbar ausreisepflichtig ist und die Anordnung der Meldepflicht zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist.

(2) Sein Aufenthalt ist auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, soweit die Ausländerbehörde keine abweichenden Festlegungen trifft.

(3) Er kann verpflichtet werden, in einem anderen Wohnort oder in bestimmten Unterkünften auch außerhalb des Bezirks der Ausländerbehörde zu wohnen, wenn dies geboten erscheint, um

1. die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden und die Einhaltung vereinsrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Auflagen und Verpflichtungen besser überwachen zu können oder
2. die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Absatz 1 Nummer 1 geführt haben, zu unterbinden.

(4) ¹Um die Fortführung von Bestrebungen, die zur Ausweisung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 bis 5, zu einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 oder zu einer Abschiebungsanordnung nach § 58a geführt haben, zu erschweren oder zu unterbinden, kann der Ausländer auch verpflichtet werden, zu bestimmten Personen

¹¹⁶ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 5. April 2023 – 12 S 1936/22 –, InfAuslR 2023, 436 (437) m. Anm. *Druschke*.

oder Personen einer bestimmten Gruppe keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren, sie nicht zu beschäftigen, auszubilden oder zu beherbergen und bestimmte Kommunikationsmittel oder Dienste nicht zu nutzen, soweit ihm Kommunikationsmittel verbleiben und die Beschränkungen notwendig sind, um eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwehren. ²Um die wiederholte Begehung erheblicher Straftaten, die zu einer Ausweisung nach § 54 Absatz 1 Nummer 1 geführt haben, zu unterbinden, können Beschränkungen nach Satz 1 angeordnet werden, soweit diese notwendig sind, um eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter abzuwenden.

(5) ¹Die Verpflichtungen nach den Absätzen 1 bis 4 ruhen, wenn sich der Ausländer in Haft befindet. ²Eine Anordnung nach den Absätzen ~~3 und 1~~ **1 bis 4** ist sofort vollziehbar.

b) Einordnung und Bewertung

Die Neufassung des § 51 Abs. 5 Satz 2 AufenthG-E soll ermöglichen, dass neben Widerspruch und Klage gegen Anordnungen nach Absatz 3 (wegweisende Wohnverpflichtung) und Absatz 4 (Kontaktverbot) auch Widerspruch und Klage gegen Meldepflichten nach § 51 Abs. 1 Satz 2 und gegen abweichende Bestimmungen nach § 51 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AufenthG keine aufschiebende Wirkung entfalten.¹¹⁷ Dies erscheint folgerichtig und begegnet keinen rechtlichen Bedenken, zumal Rechtsmittel gegen die gesetzesunmittelbar eintretenden Meldepflichten und Aufenthaltsbeschränkungen nach § 51 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AufenthG schon jetzt keine aufschiebende Wirkung entfalten.

9. Betreten und Durchsuchung von Wohnungen im Rahmen des Abschiebevollzugs (Art. 1 Nr. 11 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 58 AufenthG)

§ 58 AufenthG (Abschiebung) soll nunmehr lauten:

(1) – (3) [...]

(4) ¹Die die Abschiebung durchführende Behörde ist befugt, zum Zweck der Abschiebung den Ausländer zum Flughafen oder Grenzübergang zu verbringen und ihn zu diesem Zweck kurzzeitig festzuhalten. ²Das Festhalten ist auf das zur Durchführung der Abschiebung unvermeidliche Maß zu beschränken.

(5) ¹Soweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert, kann die die Abschiebung durchführende Behörde die Wohnung des abzuschiebenden Ausländers zu dem Zweck seiner Ergreifung betreten, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer dort befindet. ²**In Formen gemeinschaftlicher**

¹¹⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 40.

Unterbringung gilt Satz 1 auch für die Wohnung anderer Personen sowie für gemeinschaftlich genutzte Räumlichkeiten. ²³Die Wohnung umfasst die Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum.

(6) ¹Soweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert, kann die die Abschiebung durchführende Behörde eine Durchsuchung der Wohnung des abzuschiebenden Ausländers zu dem Zweck seiner Ergreifung vornehmen. ²Bei anderen Personen sind Durchsuchungen nur zur Ergreifung des abzuschiebenden Ausländers zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Ausländer sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. ³Absatz 5 ~~Satz 2~~ Satz 3 gilt entsprechend.

(7) ¹Zur Nachtzeit darf die Wohnung nur betreten oder durchsucht werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die Ergreifung des Ausländers zum Zweck seiner Abschiebung andernfalls vereitelt wird. ²Die Organisation der Abschiebung ist keine Tatsache im Sinne von Satz 1, **es sei denn, es handelt sich um Bedingungen, die durch die die Abschiebung durchführende Behörde nicht beeinflusst werden können.**

(8) ¹Durchsuchungen nach Absatz 6 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die die Abschiebung durchführende Behörde angeordnet werden. ²Die Annahme von Gefahr im Verzug kann nach Betreten der Wohnung nach Absatz 5 nicht darauf gestützt werden, dass der Ausländer nicht angetroffen wurde.

(9) ¹Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume darf der Durchsuchung beiwohnen. ²Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen. ³Dem Inhaber oder der in dessen Abwesenheit hinzugezogenen Person ist in den Fällen des Absatzes 6 Satz 2 der Zweck der Durchsuchung vor deren Beginn bekannt zu machen. ⁴Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift zu fertigen. ⁵Sie muss die verantwortliche Dienststelle, Grund, Zeit und Ort der Durchsuchung und, falls keine gerichtliche Anordnung ergangen ist, auch Tatsachen, welche die Annahme einer Gefahr im Verzug begründet haben, enthalten. ⁶Dem Wohnungsinhaber oder seinem Vertreter ist auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift auszuhändigen. ⁷Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushändigung einer Abschrift nach den besonderen Umständen des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck der Durchsuchung gefährden, so sind dem Wohnungsinhaber oder der hinzugezogenen Person lediglich die Durchsuchung unter Angabe der verantwortlichen Dienststelle sowie Zeit und Ort der Durchsuchung schriftlich zu bestätigen.

(9a) Für richterliche Anordnungen nach Absatz 8 ist die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend. Die Länder können abweichend von den Sätzen 1 und 2 auch die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit festlegen.

(10) ¹Weitergehende Regelungen der Länder, die den Regelungsgehalt der Absätze 5 bis 9 betreffen, bleiben unberührt. ²**Dies gilt entsprechend für Regelungen des Bundes und der Länder, die den Regelungsgehalt des Absatzes 4 betreffen.**

b) Einordnung und Bewertung

aa) Erstreckung der Betretungsrechte im Rahmen der Abschiebung auf gemeinschaftlich genutzte Räumlichkeiten und Wohnungen Dritter in Gemeinschaftsunterkünften

§ 58 Abs. 5 Satz 2 AufenthG-E soll das in § 58 Abs. 5 Satz 1 AufenthG geregelte Betretungsrecht zum Zweck der Ergreifung des Betroffenen im Rahmen der Abschiebung auf gemeinschaftlich genutzte Räumlichkeiten und Wohnungen Dritter in Gemeinschaftsunterkünften erstrecken. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass die bisherige Begrenzung auf die Wohnung des abzuschiebenden Ausländers die handelnden Behörden bei der gemeinschaftlichen Unterbringung vor erhebliche Schwierigkeiten in den Fällen stellte, in denen Betroffene kurz vorher und nur für Dauer der Abschiebung entweder im Zimmer anderer Personen aufhältig waren oder ihre Zimmer tauschten, um das Antreffen durch Vollzugskräfte zu verhindern. Mangels Ermächtigungsgrundlage konnte das betreffende Zimmer in diesen Fällen nicht von den Vollzugsbehörden betreten werden, selbst wenn Hinweise darauf vorlagen, dass sich die betroffene Person dort befand.¹¹⁸

Für sich genommen begegnet die Gesetzesänderung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn sie ermöglicht das Betreten von gemeinschaftlich genutzten Räumlichkeiten und Wohnungen Dritter in Gemeinschaftsunterkünften nur unter den (materiellen) Voraussetzungen, unter denen § 58 Abs. 6 Satz 2 AufenthG gegenwärtig auch eine Durchsuchung (an Stelle des bloßen Betretens) der Wohnungen Dritter ermöglicht. Voraussetzung hierfür sind jeweils Tatsachen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer dort befindet. Jedenfalls die Gesetzesbegründung macht hier deutlich, dass es sich hierbei nicht um bloßes Erfahrungswissen oder Vermutungen handeln kann, sondern das Betreten und die Durchsuchung von Räumlichkeiten Dritter konkrete Tatsachen voraussetzt, die auf den Aufenthalt des Betroffenen gerade in den jeweiligen Räumlichkeiten schließen lassen.¹¹⁹ Dies dürfte es (noch) hinreichend sicher ausschließen, dass die Durchsuchung der Räumlichkeiten Dritter in Gemeinschaftsunterkünften zur ausländerrechtlichen Standardmaßnahme wird, die die verfassungsrechtlich garantierte Unverletzlichkeit der Wohnung für in Gemeinschaftsunterkünften untergebrachte Ausländer jedenfalls faktisch entwerten könnte. Allerdings wäre es wünschenswert, die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich angesprochene Verhältnismäßigkeitsprüfung,¹²⁰ die Art. 13 GG auch für

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 40.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 40.

¹²⁰ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 41.

in Gemeinschaftsunterkünften untergebrachte Ausländer fordert,¹²¹ auch im Gesetzeswortlaut niederzulegen.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das in § 58 Abs. 5 Satz 2 AufenthG-E normierte Betretungsrecht keine Grundlage dafür bietet, die jeweilige Wohnung nach einer Person zu durchsuchen, die sich innerhalb der Wohnung verborgen hält. Dies kann ggf. dazu führen, dass eine ohne richterliche Durchsuchungsanordnung durchgeführte Maßnahme abgebrochen werden muss, wenn die gesuchte Person beim Betreten der Wohnung nicht unmittelbar wahrgenommen werden kann.¹²² Dies dürfte bei Personen, die sich bewusst in Räumlichkeiten außerhalb der eigenen Wohnung begeben, um sich der Abschiebung entziehen, mit einiger Regelmäßigkeit der Fall sein.

Für die Praxis spricht daher vieles dafür, entsprechende Maßnahmen zur Vorbereitung einer Abschiebung jedenfalls vorsorglich auf die bereits jetzt im Gesetz enthaltene Bestimmung des § 58 Abs. 6 Satz 2 AufenthG zu stützen, wenn Anhaltspunkte für ein Verbergen in Wohnungen Dritter vorliegen.

bb) Ermöglichung von Durchsuchungen zur Nachtzeit aus organisatorischen Gründen

§ 58 Abs. 7 Satz 2 AufenthG-E soll Durchsuchungen zur Nachtzeit etwa dann ermöglichen, wenn die Notwendigkeit hierfür aus organisatorischen Umständen entspringt, die außerhalb der Einflussosphäre der Abschiebungsbehörde liegen. Die Gesetzesbegründung benennt insoweit z.B. Vorgaben anderer Staaten, zu welchen Uhrzeiten Überstellungen stattfinden oder Abschiebungsflüge landen können.¹²³ Ob entsprechende Umstände nach gegenwärtiger Rechtslage geeignet sind, eine Durchsuchung zur Nachtzeit zu rechtfertigen, ist in der fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.¹²⁴

Die gesetzliche Neuregelung, die die Zweifelsfrage zugunsten der Abschiebungsbehörden klärt, dürfte mit Art. 13 GG noch vereinbar sein, soweit es sich bei der Abschiebung zur Nachtzeit um das einzige Mittel handelt, um eine Abschiebung des Betroffenen zu ermöglichen. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls dürfte insbesondere zu prüfen sein, ob ggf. auch eine Inhaftnahme am Vortag ein milderer Mittel darstellen kann oder – etwa aufgrund der damit verbundenen längeren Freiheitsentziehung – eine unzumutbare stärkere Beeinträchtigung darstellt. Auch nach veränderter Rechtslage sind jedenfalls alle organisatorischen Möglichkeiten (wie z.B. die Buchung von Charterflügen zu geeigneten Zeiten) auszuschöpfen, die eine Durchsuchung zur Nachtzeit vermeiden.¹²⁵ Keinesfalls darf eine eingriffsintensivere Durchsuchung zur Nachtzeit ausschließlich mit dem Ziel einer Erleichterung der behördlichen Abläufe

¹²¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 10 ff.

¹²² Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 17, 19.

¹²³ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 41.

¹²⁴ Vgl. – nicht entscheidungstragend – OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24. Februar 2021 – 18 E 920/20 –, juris Rn. 45 ff. m.w.N.

¹²⁵ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24. Februar 2021 – 18 E 920/20 –, juris Rn. 45.

vorgenommen werden.¹²⁶ Auch insoweit wäre es wünschenswert, die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich angesprochene Verhältnismäßigkeitsprüfung,¹²⁷ die Art. 13 GG auch für in Gemeinschaftsunterkünften untergebrachte Ausländer fordert,¹²⁸ auch im Gesetzeswortlaut niederzulegen.

ccc) Rechtsweg und Verfahren bei Durchsuchungsanordnungen

Mit Beschlüssen vom 12. Juli 2022 und vom 19. Oktober 2022 haben der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht übereinstimmend entschieden, dass nach der bisherigen Ausgestaltung des § 58 AufenthG für richterliche Durchsuchungsanordnungen nach § 58 Abs. 8 AufenthG der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist.¹²⁹ Ein verfassungsrechtlich zwingender Grund hierfür ist nicht gegeben; vielmehr besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, den Rechtsweg abweichend von der bisherigen Rechtslage auszugestalten.

Mit § 58 Abs. 9a Satz 1 AufenthG-E macht der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch und weist die Zuständigkeit für entsprechende Anordnungen abweichend von der bisherigen Rechtslage der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu. Mit § 58 Abs. 9a Satz 3 AufenthG eröffnet er zugleich die Möglichkeit für die jeweiligen Landesgesetzgeber, eine abweichende Rechtswegzuweisung zu treffen.

Beide Regelungen sind sachgerecht. Denn die Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit vermeidet eine Rechtswegspaltung im Kontext des Abschiebungsrechts, da die Entscheidung über Freiheitsentziehungen im Kontext der Abschiebung der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Verfahren nach dem FamFG zugewiesen sind (§ 106 Abs. 2 AufenthG). Sie adressiert zudem eine Gerichtsbarkeit, die aufgrund ihrer breiteren personellen Ausstattung, ihrer stärkeren Ausbreitung in der Fläche und der ohnehin bestehenden Zuständigkeiten für richterliche Anordnungen z.B. bei Freiheitsentziehungssachen nach dem FamFG und Haftanordnungen nach der StPO auch außerhalb der üblichen Geschäftszeiten zur Bewältigung entsprechender Haftanträge in der Lage sind. Demgegenüber wären bei einer Zuständigkeitsübertragung an die – an sich thematisch sachnähere – Verwaltungsgerichtsbarkeit erhebliche organisatorische und personelle Anpassungen erforderlich, da diese derzeit nicht bzw. nicht in der Breite über entsprechende Anordnungszuständigkeiten verfügt. Soweit die jeweiligen Landes(haushalts)gesetzgeber zu entsprechenden Anpassungen und personellen Aufstockungen bereit sind, eröffnet § 58 Abs. 9a Satz 3 AufenthG-E entsprechende Zuweisungsmöglichkeiten.

¹²⁶ Vgl. VG Hamburg, Beschluss v. 1. September 2020 – 5 V 3671/20 –, juris Rn. 17.

¹²⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 42.

¹²⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 15. Juni 2023 – 1 C 10.22 –, juris Rn. 10 ff.

¹²⁹ Vgl. BGH, Beschluss v. 12. Juli 2022 – 3 ZB 6/21 –, Rn. 10; BVerwG, Beschluss v. 19. Oktober 2022 – 1 B 65.22 –, Rn. 4 ff.

ddd) Weitergehende Regelungsbefugnisse der Länder für den Abschiebungsvollzug

Nach § 58 Abs. 4 AufenthG ist die zur Abschiebung durchführende Behörde befugt, Ausländer zum Zweck der Abschiebung zum Flughafen oder Grenzübergang zu verbringen und zu diesem Zweck kurzzeitig festzuhalten.

§ 58 Abs. 10 Satz 2 AufenthG-E erstreckt die bereits bislang in § 58 Abs. 10 Satz 1 AufenthG-E normierte Befugnis der Länder, weitergehende Regelungen bzgl. des Regelungsgehalts des § 58 Abs. 5 – 9 AufenthG zu erlassen, auf die Bestimmung des § 58 Abs. 4 AufenthG. Nach der Gesetzesbegründung dient die Ergänzung der Klarstellung der Befugnisse der die Abschiebung durchführenden Behörde insbesondere mit Blick auf abschiebungsvorbereitende und abschiebungssichernde Maßnahmen.¹³⁰ Weitergehende Erläuterungen finden sich hier nicht.

Mangels Kenntnis der beabsichtigten Stoßrichtung der Regelung und fehlender Vertrautheit mit dem behördlichen Abschiebungsvollzug kann die Regelung seitens des Sachverständigen nicht beurteilt werden.

10. Neuregelung der Abschiebungsandrohung (Art. 1 Nr. 12 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 59 AufenthG)

§ 59 AufenthG (Androhung der Abschiebung) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Die Abschiebung ist unter Bestimmung einer angemessenen Frist zwischen sieben und 30 Tagen für die freiwillige Ausreise anzudrohen, **wenn keine Abschiebungsverbote vorliegen und der Abschiebung weder das Kindeswohl noch familiäre Bindungen noch der Gesundheitszustand des Ausländers entgegenstehen.** ²Ausnahmsweise kann eine kürzere Frist gesetzt oder von einer Fristsetzung abgesehen werden, wenn dies im Einzelfall zur Wahrung überwiegender öffentlicher Belange zwingend erforderlich ist, insbesondere wenn

1. der begründete Verdacht besteht, dass der Ausländer sich der Abschiebung entziehen will, oder
2. von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht.

³Unter den in Satz 2 genannten Voraussetzungen kann darüber hinaus auch von einer Abschiebungsandrohung abgesehen werden, wenn

1. der Aufenthaltstitel nach § 51 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 erloschen ist oder
2. der Ausländer bereits unter Wahrung der Erfordernisse des § 77 auf das Bestehen seiner Ausreisepflicht hingewiesen worden ist.

¹³⁰ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 42.

⁴Die Ausreisefrist kann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls angemessen verlängert oder für einen längeren Zeitraum festgesetzt werden. § 60a Absatz 2 bleibt unberührt. ⁵Wenn die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht oder der Abschiebungsandrohung entfällt, wird die Ausreisefrist unterbrochen und beginnt nach Wiedereintritt der Vollziehbarkeit erneut zu laufen. ⁶Einer erneuten Fristsetzung bedarf es nicht. ⁷Nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise darf der Termin der Abschiebung dem Ausländer nicht angekündigt werden.

(2) ¹In der Androhung soll der Staat bezeichnet werden, in den der Ausländer abgeschoben werden soll, und der Ausländer darauf hingewiesen werden, dass er auch in einen anderen Staat abgeschoben werden kann, in den er einreisen darf oder der zu seiner Übernahme verpflichtet ist. ²Gebietskörperschaften im Sinne der Anhänge I und II der Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 39), sind Staaten gleichgestellt.

(3) ~~⁴Dem Erlass der Androhung steht das Vorliegen von Abschiebungsverboten und Gründen für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegen.~~ ¹**Dem Erlass der Androhung stehen Abschiebungsverbote und die in Absatz 1 Satz 1 genannten Gründe für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegen, wenn der Ausländer aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Verurteilung ausreisepflichtig ist oder gegen ihn ein Auslieferungsverfahren anhängig ist.** ²In der Androhung ist der Staat zu bezeichnen, in den der Ausländer nicht abgeschoben werden darf. ³Stellt das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Abschiebungsverbots fest, so bleibt die Rechtmäßigkeit der Androhung im Übrigen unberührt.

(4) ¹Nach dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Abschiebungsandrohung bleiben für weitere Entscheidungen der Ausländerbehörde über die Abschiebung oder die Aussetzung der Abschiebung Umstände unberücksichtigt, die einer Abschiebung in den in der Abschiebungsandrohung bezeichneten Staat entgegenstehen und die vor dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Abschiebungsandrohung eingetreten sind; sonstige von dem Ausländer geltend gemachte Umstände, die der Abschiebung oder der Abschiebung in diesen Staat entgegenstehen, können unberücksichtigt bleiben. ²Die Vorschriften, nach denen der Ausländer die im Satz 1 bezeichneten Umstände gerichtlich im Wege der Klage oder im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung geltend machen kann, bleiben unberührt.

(5) ¹In den Fällen des § 58 Abs. 3 Nr. 1 bedarf es keiner Fristsetzung; der Ausländer wird aus der Haft oder dem öffentlichen Gewahrsam abgeschoben. ~~²Die Abschiebung soll mindestens eine Woche vorher angekündigt werden.~~

(6) Über die Fristgewährung nach Absatz 1 wird dem Ausländer eine Bescheinigung ausgestellt.

(7) ¹Liegen der Ausländerbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Ausländer Opfer einer in § 25 Absatz 4a Satz 1 oder in § 25 Absatz 4b Satz 1

genannten Straftat wurde, setzt sie abweichend von Absatz 1 Satz 1 eine Ausreisefrist, die so zu bemessen ist, dass er eine Entscheidung über seine Aussagebereitschaft nach § 25 Absatz 4a Satz 2 Nummer 3 oder nach § 25 Absatz 4b Satz 2 Nummer 2 treffen kann. ²Die Ausreisefrist beträgt mindestens drei Monate. ³Die Ausländerbehörde kann von der Festsetzung einer Ausreisefrist nach Satz 1 absehen, diese aufheben oder verkürzen, wenn

1. der Aufenthalt des Ausländers die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder
2. der Ausländer freiwillig nach der Unterrichtung nach Satz 4 wieder Verbindung zu den Personen nach § 25 Absatz 4a Satz 2 Nummer 2 aufgenommen hat.

⁴Die Ausländerbehörde oder eine durch sie beauftragte Stelle unterrichtet den Ausländer über die geltenden Regelungen, Programme und Maßnahmen für Opfer von in § 25 Absatz 4a Satz 1 genannten Straftaten.

(8) Ausländer, die ohne die nach § 4a Absatz 5 erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit beschäftigt waren, sind vor der Abschiebung über die Rechte nach Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 13 der Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigt (ABl. L 168 vom 30.6.2009, S. 24), zu unterrichten.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Umsetzung von Art. 5 RfRL

Nach § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG a.F. ist die Abschiebung stets dann anzudrohen, wenn der Betroffene ausreisepflichtig ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Abschiebung in einen Zielstaat am Vorliegen zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse scheitert oder eine Abschiebung des Betroffenen aufgrund inlandsbezogener Abschiebungshindernisse – d.h. des Vorliegens von Duldungsgründen (§ 60a AufenthG) – praktisch nicht erfolgen kann (§ 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG a.F.). Die Abschiebungsandrohung erfolgt daher quasi „auf Vorrat“ in der abstrakten Erwartung, dass die jeweiligen Hinderungsgründe zu einem späteren Zeitpunkt entfallen könnten.

Nach dem Verständnis des Unionsrechts handelt es sich bei der Abschiebungsandrohung im Sinne des nationalen Rechts zugleich um eine Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 3 Nr. 4 RfRL. Nach Art. 5 RfRL sind die Mitgliedstaaten dabei verpflichtet, das Wohl des Kindes, die familiären Bindungen und den Gesundheitszustand der betreffenden Drittstaatsangehörigen bei der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie in gebührender Weise zu berücksichtigen und den Grundsatz der Nichtzurückweisung (Refoulementverbot) einzuhalten.

Hierzu hat der EuGH mit Beschluss vom 15. Februar 2023 auf Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts entschieden, dass es den Anforderungen des Art. 5 lit. a und b der Rückführungsrichtlinie nicht genügt, das Wohl eines minderjährigen Kindes und seine familiären Bindungen im Rahmen eines auf den Erlass einer Rückführungsentscheidung nachfolgenden Verfahrens zu prüfen, in dem der

Betroffene ggf. die Aussetzung ihres Vollzugs erwirken kann.¹³¹ Bereits in früheren Entscheidungen hatte der EuGH klargestellt, dass entsprechende Anforderungen auch dann gelten, wenn sich die Rückkehrentscheidung gegen einen unbegleiteten Minderjährigen¹³² oder ein Elternteil eines minderjährigen Kindes richten, das von einer Aufenthaltsbeendigung jedenfalls mittelbar betroffen wäre.¹³³ In vergleichbarer Weise hat der EuGH entschieden, dass auch gesundheitsbedingte Abschiebungshindernisse – sei es in Form der Reiseunfähigkeit¹³⁴ oder in Form zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote¹³⁵ – bereits dem Erlass einer Rückkehrentscheidung entgegenstehen.¹³⁶ Mit Urteil vom 6. Juli 2023 hat der EuGH diese Garantien auf das Refoulementverbot im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention sowie des Art. 19 Abs. 2 GrCh erstreckt.¹³⁷

Ausgehend hiervon ist die im Gesetzentwurf vorgesehene Anpassung des § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E unionsrechtlich zwingend,¹³⁸ soweit dieser in den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie fällt.¹³⁹ Denn die bisherige Systematik des deutschen Aufenthaltsrechts, die entsprechende Abschiebungshindernisse erst auf Ebene der Vollstreckung durch Erteilung einer Duldung berücksichtigt, ist mit den zwingenden Vorgaben der Rückführungsrichtlinie nicht vereinbar.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das Rechtsinstitut der Duldung hierdurch aus nationaler Sicht nicht seine Bedeutung verliert. Denn auch wenn eine Abschiebung auch ohne Duldung regelmäßig nur auf Grundlage einer Abschiebungsandrohung erfolgen könnte, fungiert die Duldung neben ihrer vollstreckungsrechtlichen Funktion auch als statusrechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Vielzahl ausländerrechtlicher Regelungen (z.B. im Hinblick auf die Erwerbstätigkeit¹⁴⁰ oder den späteren Erwerb eines humanitären Aufenthaltstitels). Ggf. wäre daher eine klarstellende Regelung zweckmäßig, dass eine Aussetzung der Abschiebung auch gegenüber ausreisepflichtigen Ausländern ergehen muss, gegenüber denen nach § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E keine Abschiebungsandrohung ergehen kann.

Weiterhin hinzuweisen ist auf den Umstand, dass die vermeintlich absolute Sperrwirkung von Abschiebungsverböten und den in § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E bezeichneten Duldungsgründen durch die in § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E vorgesehene Opt-Out-Regelung relativiert wird. Diese Regelung ist jedenfalls

¹³¹ Vgl. EuGH, Beschluss v. 15. Februar 2023 – C-484/23 [GS] –, Rn. 29.

¹³² Vgl. EuGH, Urteil v. 14. Januar 2021 – C-441/19 [TQ] – Rn. 60.

¹³³ Vgl. EuGH, Urteil v. 11. März 2022 – C-112/20 [M.A.] – Rn. 44.

¹³⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-69/21 [X] –, Rn. 81.

¹³⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-69/21 [X] –, Rn. 82.

¹³⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-69/21 [X] –, Rn. 103.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 6. Juli 2023 – C-663/21 [AA] –, Rn. 50.

¹³⁸ Eine überschießende Umsetzung liegt nur insoweit vor, als der Regelungsgehalt nationaler Abschiebungsverböte nach § 60 Abs. 7 AufenthG über den Schutzgehalt des Art. 3 EMRK bzw. des Art. 19 Abs. 2 GrCh hinausgeht. Dies betrifft etwa Fälle, in denen konkrete Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit nicht mit der Gefahr der Todesstrafe oder einer unmenschlichen Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK verbunden sind. Die entsprechende Differenzierung ist jedoch schwer handhabbar und weitgehend theoretisch.

¹³⁹ Vgl. zur Möglichkeit eines Opt-Out sogleich unten S. 56.

¹⁴⁰ Vgl. § 32 Abs. 1 BeschV sowie § 61 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 AsylG.

normsystematisch misslungen und sollte aus Gründen der Rechtsklarheit unmittelbar bei § 59 Abs. 1 AufenthG angesiedelt werden.

bb) Opt-Out-Regelung bei Entstehen der Ausreisepflicht infolge strafrechtlicher Verurteilung oder Auslieferung

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL können die Mitgliedstaaten beschließen, die Rückführungsrichtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die nach einzelstaatlichem Recht aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist.

Die Regelung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E zieht darauf ab, von dieser Opt-Out-Regelung Gebrauch zu machen. Vordergründig dient dies zunächst dem Zweck, entsprechend der bisherigen nationalen Rechtslage Abschiebungsandrohungen „auf Vorrat“ dann zu ermöglichen, wenn der Betroffene in Folge einer auf eine strafgerichtliche Verurteilung gestützten Ausweisungsentscheidung ausreisepflichtig wird und dem Erlass einer Rückkehrentscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie das Vorliegen von Abschiebungsverboten oder gesundheits- bzw. familienbezogenen Duldungsgründen entgegensteht.

In der Sache dürfte die Opt-Out-Regelung aber v.a. darauf abzielen, das Rechtsinstitut der inlandsbezogenen Ausweisung zu erhalten. Dieses soll den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots bzw. einer Titelerteilungssperre auch dann ermöglichen, wenn eine Abschiebung des Betroffenen aufgrund zwingender Abschiebungsverbote oder Duldungsgründe nicht in Betracht kommt. In Folge der Neuregelung könnte eine solche inlandsbezogene Ausweisung unter den Voraussetzungen des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E auch dann mit einer Abschiebungsandrohung verknüpft werden, wenn der Abschiebung zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote oder inlandsbezogene Abschiebungshindernisse entgegenstehen.

Insoweit erscheint jedoch zunächst fraglich, ob die Bundesrepublik Deutschland ohne erhebliche Änderung ihres strafrechtlichen Sanktionsregimes von der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL Gebrauch machen kann. Denn es spricht manches dafür, dass von der Entstehung einer Rückkehrverpflichtung „aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion“ nur dann ausgegangen werden kann, wenn die Rückkehrpflicht unmittelbar aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion bzw. als strafrechtliche Nebenfolge ausgelöst wird.¹⁴¹ Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in einer jüngeren Entscheidung angedeutet, dieser Auffassung nicht folgen zu wollen; es hat diese – nicht entscheidungstragende – Auffassung jedoch bislang nicht begründet.¹⁴² Bis zu einer verbindlichen Klärung ist

¹⁴¹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 15. April 2021 – 12 S 2505/20 –, juris Rn. 153 f.; Urteil v. 29. März 2017 – 11 S 2029/16 –, juris Rn. 83 f.

¹⁴² Vgl. BVerwG, Urteil v. 16. Februar 2022 – 1 C 6.21 –, BVerwGE 175, Rn. 54.

die Berufung auf die Opt-Out-Regelung daher mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet.

Hinzu kommt, dass die Anwendung der Opt-Out-Regelung auf Grundlage der Systematik des deutschen Straf- und Ausländerrechts mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet wäre. Da das deutsche Strafrecht den Verlust des Aufenthaltsstatus weder als Strafe noch als strafrechtliche Nebenfolge vorsieht, könnte die Regelung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E selbst im Fall ihrer Unionsrechtskonformität nur auf Fälle Anwendung finden, in denen die Ausreisepflicht kausal auf eine strafrechtliche Verurteilung zurückgeführt werden kann.

Dies kann jedenfalls solche Fälle nicht erfassen, in denen die Ausreisepflicht auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verurteilung bzw. der hieran anknüpfenden Ausweisung bestand.¹⁴³ § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E erfasst daher jedenfalls keine Fälle, in denen der Betroffene im Zeitpunkt der Ausweisung nicht oder nicht mehr über einen Aufenthaltstitel verfügte, auch wenn die Ausweisung ihm gegenüber auch zukünftig zu einem Titelerteilungsverbot führt (bzw. führen soll).

Ebenfalls fragwürdig erscheint die Anwendbarkeit des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E in Fällen, in denen der Betroffene zwar wegen Straftaten verurteilt wurde, die Ausweisungsentscheidung aber maßgeblich auf andere – ggf. schwerwiegendere – Ausweisungsinteressen gestützt ist. In Fällen, in denen der Betroffene z.B. wegen einzelner Volksverhetzungsdelikte verurteilt wurde, die Ausweisung aber maßgeblich (auch) auf der (für sich genommen nicht strafbaren) früheren Eigenschaft des Betroffenen als Leiter eines Vereins beruht, der unanfechtbar verboten wurde, dürfte nur schwer abgrenzbar sein, ob der Betroffene gerade infolge der strafgerichtlichen Verurteilung ausreisepflichtig wurde. In Fällen, in denen einer Ausweisung neben nicht strafrechtlich geahndeten schweren Ausweisungsinteressen lediglich Beurteilungen wegen Bagatelldelikten (wie z.B. dem Erschleichen von Leistungen) zugrundeliegen, dürfte dies sogar regelmäßig zu verneinen sein.¹⁴⁴ Jedenfalls ist zu besorgen, dass die Neuregelung insoweit zu einer erheblichen Verkomplizierung gerichtlicher Klageverfahren im Zusammenhang mit Ausweisungsentscheidungen führt: Während die Verwaltungsgerichte derzeit nur prüfen müssen, ob die bestehenden Ausweisungsinteressen in der Gesamtschau gegenüber den Bleibeinteressen des Betroffenen überwiegen, wäre im Rahmen von Rechtsschutzverfahren gegen inlandsbezogene Ausweisungen oder an diese anknüpfende Abschiebungsandrohungen nach § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E zusätzlich zu prüfen, ob und ggf. Umfang die Ausweisungsentscheidung auf einer strafrechtlichen Verurteilung beruht.

Sollte sich der Gesetzgeber dennoch für eine Nutzung der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL entscheiden, wäre sicherzustellen, dass die gesetzlichen Regelungen den formalen Anforderungen an eine Opt-Out-Regelung genügen. So muss nach Auffassung der Europäischen Kommission aus den nationalen

¹⁴³ Vgl. VG Karlsruhe, Urteil v. v. 27. Februar 2023 – 19 K 4230/21 –, juris Rn. 104; *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 11 Rn. 35.

¹⁴⁴ Vgl. zu entsprechenden Bewertungsunsicherheiten VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 15. April 2021 – 12 S 2505/20 –, juris Rn. 154.; Urteil v. 29. März 2017 – 11 S 2029/16 –, juris Rn. 85 sowie *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 59 Rn. 328.

Rechtsvorschriften explizit oder implizit klar hervorgehen, ob und in welchem Umfang ein Mitgliedstaat die Ausnahmeregelung anwendet.¹⁴⁵ Ob hier eine bloße Erwähnung in der Gesetzesbegründung ausreicht, erscheint zweifelhaft, weil diese selbst nicht Gegenstand des Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestags ist und im Rahmen der Bekanntmachung des Gesetzes nicht mit veröffentlicht wird.¹⁴⁶ Zwar könnte insoweit ggf. die ausdrückliche Anknüpfung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG an den Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL genügen; zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist jedoch zu empfehlen, eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Opt-Out-Klausel der Rückführungsrichtlinie in § 59 AufenthG oder die Übergangs- und Schlussvorschriften des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen. In dieser sollte aus Gründen der Rechtssicherheit zudem klar dargestellt werden, in welchem Umfang und im Hinblick auf welche Vorgaben der Rückführungsrichtlinie der nationale Gesetzgeber von der Opt-Out-Klausel Gebrauch machen will.

cc) Wegfall des Ankündigungserfordernisses bei Abschiebung aus Haft oder Gewahrsam

Nach bisheriger Rechtslage muss die Abschiebungsandrohung dann nicht mit einer Frist zur freiwilligen Ausreise verknüpft werden, wenn der Betroffene sich auf richterliche Anordnung in Haft oder in sonstigem öffentlichen Gewahrsam befindet (§ 59 Abs. 5 Satz 1 AufenthG). An die Stelle der Fristsetzung tritt eine Ankündigung der Abschiebung mit einem Vorlauf von mindestens einer Woche (§ 59 Abs. 5 Satz 2 AufenthG a.F.).

Nach der Gesetzesbegründung soll die Streichung des gesetzlichen Fristsetzungserfordernisses die Ausländerbehörden entlasten.¹⁴⁷ Sie verweist darauf, dass es nach der Rückführungsrichtlinie keiner über die Abschiebungsandrohung hinausgehenden Entscheidung über die Durchführung der Abschiebung bedürfe und die Rückführungsrichtlinie keine entsprechende Ankündigungspflicht vorsieht. Die Vorschrift sei daher entbehrlich und führe nur zu einer zusätzlichen Belastung der Ausländerbehörden.

Die Gesetzesbegründung trifft im Hinblick auf § 59 Abs. 5 Satz 2 AufenthG grundsätzlich zu. Sie verkennt jedoch, dass der in § 59 Abs. 5 Satz 1 AufenthG geregelte Verzicht auf eine Fristsetzung von Art. 7 Abs. 1 RfRL abweicht und nicht bzw. nicht vollumfänglich auf die in der Gesetzesbegründung bezeichneten Vorschriften des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL und des Art. 7 Abs. 4 RfRL gestützt werden kann. Von der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL hat die Bundesrepublik Deutschland jedenfalls im Hinblick auf die Gewährung einer Ausreisefrist bislang nicht

¹⁴⁵ Vgl. Nr. 2 der Empfehlung <EU> 2017/2338 der Kommission vom 16. November 2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist (Rückkehr-Handbuch, ABl. L 339, S. 83).

¹⁴⁶ Vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 27. Februar 2023 – 19 K 4230/21 –, juris, Rn. 103 unter Verweis auf Lutz, in: Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 3. Aufl. 2022, Ch. 11, Art. 2 Rn. 5).

¹⁴⁷ BT-Drs. 20/9463, S. 43.

wirksam Gebrauch gemacht, da die Vorschrift ein entsprechendes Opt-Out selbst nicht erkennen lässt und die bloße Bezugnahme in der Gesetzesbegründung insoweit nicht genügen dürfte.¹⁴⁸ Die Ausnahmeregelung des Art. 7 Abs. 4 RfRL setzt demgegenüber eine im Einzelfall bestehende Fluchtgefahr oder das Bestehen einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit voraus, die in den in § 58 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG bezeichneten Fällen zwar oftmals, aber (z.B. in Fällen der Abschiebungshaft nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2¹⁴⁹ oder des Ausreisegewahrsams nach § 62b Abs. 1 AufenthG) nicht stets vorliegen wird.¹⁵⁰

Zwar ist die bisherige Regelung des § 59 Abs. 5 Satz 2 AufenthG nicht geeignet, die Zweifel an der (generellen) Vereinbarkeit des § 59 Abs. 5 Satz 1 AufenthG mit Unionsrecht zu beseitigen; jedenfalls im Zusammenhang mit der vorgesehenen Streichung sollte jedoch erwogen werden, die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Setzung einer Ausreisefrist an die unionsrechtlichen Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 RfRL anzupassen. Dies würde in erheblichem Umfang zur Rechtsklarheit beitragen, da es Behörden und die zuständigen Gerichte von der Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Anwendung im Einzelfall entbindet.¹⁵¹

Unabhängig davon sollte nicht übersehen werden, dass die Pflicht zur Ankündigung der Abschiebung dem Betroffenen den Zugang zu effektivem Rechtsschutz gegen die Abschiebung, der auch verfassungsrechtlich geboten ist (Art. 19 Abs. 4 GG), erheblich erleichtert. Zwar wurde in entsprechenden Fällen bereits mit Erlass der Abschiebungsandrohung über die Zulässigkeit der Abschiebung entschieden; diese liegt im Zeitpunkt des tatsächlichen Abschiebungsvollzugs – insbesondere in Fällen langjähriger Strafhaft¹⁵² – oftmals schon mehrere Monate oder Jahre zurück. Dem Betroffenen muss daher die Möglichkeit offen stehen, eine Veränderung der Sach- und Rechtslage z.B. im Hinblick auf Abschiebungsverbote oder Gründe für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung geltend zu machen.

Ohne vorherige Ankündigung der Abschiebung, die im Fall der Abschiebung aus der Haft nicht mit einem zusätzlichen Risiko für den Abschiebungsvollzug verbunden ist, ist der Betroffene jedoch vor die Wahl gestellt, entsprechende Abschiebungshindernisse entweder auf Verdacht – d.h. ggf. auch ohne konkret bevorstehenden Abschiebungstermin – oder erst unmittelbar mit Beginn des Abschiebungsvorgangs geltend zu machen. Dies stellt insbesondere die mit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes beauftragten Verwaltungsgerichte ggf. vor erhebliche Herausforderungen, da sie entweder unnötig oder unter extremem Zeitdruck mit einem ihnen bislang unbekanntem Vollstreckungssachverhalt konfrontiert werden. Es ist auch für den Betroffenen mit erheblichen Belastungen verbunden,

¹⁴⁸ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 29. März 2017 – 11 S 2029/16 –, juris Rn. 82 ff.; *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 59 Rn. 181.

¹⁴⁹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 29. März 2017 – 11 S 2029/16 –, juris Rn. 92.

¹⁵⁰ Vgl. zu den Anforderungen insoweit EuGH, Urteil v. 11. Juni 2015 – C-554/13 [Zh. und O.] –, Rn. 50 ff., VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 29. März 2017 – 11 S 2029/16 –, juris Rn. 92 ff. sowie VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 30. August 2016 – 11 S 1660/16 –, juris Rn. 10 ff.

¹⁵¹ Vgl. zu diesem Erfordernis *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 59 Rn. 181.

¹⁵² Vgl. *Coen*, in: BeckOK-StPO, § 456a StPO Rn. 4: Abschiebung aus der Strafhaft erfolgt regelmäßig erst nach Verbüßung der Hälfte der Strafe.

zumal der kurzfristige Zugang zu anwaltlicher Vertretung unter Haftbedingungen jedenfalls erschwert ist.

Unabhängig davon ermöglicht es die vorherige Ankündigung der Abschiebung dem Betroffenen, seine in Deutschland verbleibenden Angelegenheiten zu regeln und sich ggf. von im Bundesgebiet verbleibenden Familienangehörigen zu verabschieden. Angesichts dessen erscheint zumindest fragwürdig, ob die in der Gesetzesbegründung alleine in den Blick genommenen, aber nicht im Einzelnen bezifferten Belastungen der Ausländerbehörde gegenüber den Vorteilen der bisherigen Regelung überwiegen.

11. Beschränkung der Pflicht zur Ankündigung der Abschiebung bei Widerruf langjähriger Duldungen auf Familien mit minderjährigen Kindern (Art. 1 Nr. 13 Reg)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 60a AufenthG)

§ 60a AufenthG (Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung [Duldung]) soll nunmehr lauten:

(1) – (4) [...]

(5) ¹Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. ²Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. ³Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. ~~⁴Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde.~~ ⁵~~Satz 4 findet keine Anwendung, wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.~~

(5a) ¹Ist die Abschiebung eines Ausländers mit Kindern im Alter von unter zwölf Jahren länger als ein Jahr ausgesetzt, so ist die nach dem Widerruf im Sinne des Absatz 5 Satz 2 vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat im Voraus anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde. ²Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzliche falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.

(6) ¹Einem Ausländer, der eine Duldung besitzt, darf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht erlaubt werden, wenn

1. er sich in das Inland begeben hat, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen,

2. aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei ihm aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, nicht vollzogen werden können oder
3. er Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a des Asylgesetzes ist und sein nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag abgelehnt oder zurückgenommen wurde, es sei denn, die Rücknahme erfolgte auf Grund einer Beratung nach § 24 Absatz 1 des Asylgesetzes beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, oder ein Asylantrag nicht gestellt wurde.

²Zu vertreten hat ein Ausländer die Gründe nach Satz 1 Nummer 2 insbesondere, wenn er das Abschiebungshindernis durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit oder durch eigene falsche Angaben selbst herbeiführt. ³Satz 1 Nummer 3 gilt bei unbegleiteten minderjährigen Ausländern nicht für die Rücknahme des Asylantrags oder den Verzicht auf die Antragstellung, wenn die Rücknahme oder der Verzicht auf das Stellen eines Asylantrags im Interesse des Kindeswohls erfolgte. ⁴Abweichend von den Sätzen 1 bis 3 ist einem Ausländer, der als Asylberechtigter anerkannt ist, der im Bundesgebiet die Rechtsstellung eines ausländischen Flüchtlings oder eines subsidiär Schutzberechtigten genießt, die Erwerbstätigkeit erlaubt.

b) Einordnung und Bewertung

Der Gesetzentwurf sieht es vor, die in § 60a Abs. 5 AufenthG a.F. vorgesehene Pflicht zur Ankündigung der Abschiebung in Fällen, in denen die mehr als ein Jahr andauernde Aussetzung der Abschiebung widerrufen wird, auf Fälle der Abschiebung von Ausländern mit Kindern im Alter von unter zwölf Jahren zu beschränken (§ 60a Abs. 5a Satz 1 AufenthG-E). Hiervon ist – wie nach bisheriger Rechtslage – abzusehen, wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzliche falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.

Zur Begründung verweist die Gesetzesbegründung auf die Vereinbarkeit mit der Rückführungsrichtlinie sowie mit der Streichung verbundene Entlastungseffekte für die Ausländerbehörden.¹⁵³ Sie verliert dabei jedoch aus dem Blick, dass die Ankündigungspflicht den Betroffenen, die – z.B. als Inhaber einer Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG¹⁵⁴ – ggf. seit mehreren Jahren geduldet im Bundesgebiet leben (und z.B. einer geregelten Arbeit nachgehen), eine Abwicklung ihrer Lebensverhältnisse im Bundesgebiet ermöglicht und auch im Hinblick auf etwaige Rechtsschutzanträge grundrechtssichernde Wirkung entfaltet.¹⁵⁵ Sie übersieht auch die für die Verwaltungsgerichte entlastende Wirkung einer vorherigen Ankündigung der Abschiebung, die unnötige Rechtsschutzanträge ebenso vermeidet wie unter

¹⁵³ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 44.

¹⁵⁴ Vgl. zum Widerruf § 60d Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

¹⁵⁵ Ob die bisherige Ankündigungspraxis in einem signifikanten Teil der betroffenen Fälle dazu führt, dass die Betroffenen sich der Abschiebung entziehen, entzieht sich der Kenntnis des Sachverständigen; hierzu trifft auch die Gesetzesbegründung keine Aussage.

erheblichem Zeitdruck zu entscheidende Eilrechtsschutzanträge.¹⁵⁶ Die Neuregelung sollte daher überdacht werden.

Nach dem Eindruck des Sachverständigen hat die bisherige Regelung des § 60a Abs. 5 Satz 4 AufenthG allerdings schon bisher eine nur geringe praktische Bedeutung. Denn sie greift nur dann ein, wenn eine über einen Zeitraum von mehr als zwölf Monaten erteilte Duldung durch Widerruf – d.h. durch kassatorischen Verwaltungsakt der Ausländerbehörde – erlischt. Sie erfasst daher jedenfalls Fälle nicht, in denen eine erteilte Duldung ihre Wirkung durch Ablauf ihrer Geltungsdauer (Befristung) verliert, auch wenn die Betroffenen ggf. mit deren Verlängerung rechnen.¹⁵⁷ Ob die Regelung auch durch Setzung einer auflösenden Bedingung, nach der die Duldung mit Bekanntgabe des Ausreisetermins erlischt, umgangen werden kann,¹⁵⁸ ist in der Rechtsprechung jedenfalls umstritten.¹⁵⁹ Angesichts dessen sind die praktischen Auswirkungen der Gesetzesänderung möglicherweise gering.

Soweit der Gesetzentwurf die Ankündigungspflicht für Ausländer mit Kindern unter zwölf Jahren beibehält, ist dies verfassungs- und unionsrechtlich wohl nicht zwingend, aber vor dem Hintergrund des besonderen Schutzes minderjähriger Kinder und den möglichen Auswirkungen einer unangekündigten Aufenthaltsbeendigung zu begrüßen. Nach dem Gesetzeswortlaut findet die Vorschrift jedoch nur auf die Abschiebung von Ausländern mit Kindern unter zwölf Jahren Anwendung, nicht aber auf die Abschiebung z.B. unbegleiteter Minderjähriger selbst. Die Praxisrelevanz entsprechender Fallkonstellationen dürfte indes gering sein (vgl. § 58a Abs. 1a AufenthG).

12. Ausweitung von Abschiebungs- und Mitwirkungshaft (Art. 1 Nr. 2 und 14 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung

aa) § 62 AufenthG

§ 62 AufenthG (Abschiebungshaft) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Die Abschiebungshaft ist unzulässig, wenn der Zweck der Haft durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. ²Die Inhaftnahme ist auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken. ³Minderjährige und Familien mit Minderjährigen dürfen nur in

¹⁵⁶ Vgl. zur Problematik oben S. 58.

¹⁵⁷ Vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 20. Dezember 2022 – 2 B 435/21 –, juris Rn. 13 ff.

¹⁵⁸ Nach Auffassung des Sachverständigen ist bereits die entsprechende Praxis, Duldungen mit entsprechenden auflösenden Bedingungen zu versehen, kaum mit der Funktion der Duldung vereinbar und daher regelmäßig ermessensfehlerhaft. Die weit überwiegende Rechtsprechung teilt diese Bedenken jedoch nicht bzw. artikuliert diese erst im Hinblick auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 60a Abs. 5 Satz 4 AufenthG.

¹⁵⁹ Gegen eine entsprechende Anwendbarkeit z.B. Nds. OVG, Beschluss v. 11. Januar 2019 – 13 ME 220/18 –, juris Rn. 9 ff. sowie BayVG, Beschluss v. 5. Januar 2023 – 10 CE 22.2618 –, juris Rn. 29. A.A. aber z.B. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 17. August 2010 – 2 M 124/10 –, juris Rn. 4, VG Schleswig, Beschluss v. 7. Mai 2021 – 1 B 59/21 –, juris Rn. 16 sowie wohl noch BayVG, Beschluss v. 18. Februar 2015 – 10 C 14.1117 –, juris Rn. 25.

besonderen Ausnahmefällen und nur so lange in Abschiebungshaft genommen werden, wie es unter Berücksichtigung des Kindeswohls angemessen ist.

(2) ¹Ein Ausländer ist zur Vorbereitung der Ausweisung oder der Abschiebungsanordnung nach § 58a auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen, wenn über die Ausweisung oder die Abschiebungsanordnung nach § 58a nicht sofort entschieden werden kann und die Abschiebung ohne die Inhaftnahme wesentlich erschwert oder vereitelt würde (Vorbereitungshaft). ²Die Dauer der Vorbereitungshaft soll sechs Wochen nicht überschreiten. ³Im Falle der Ausweisung bedarf es für die Fortdauer der Haft bis zum Ablauf der angeordneten Haftdauer keiner erneuten richterlichen Anordnung.

(3) ¹Ein Ausländer ist zur Sicherung der Abschiebung auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen (Sicherungshaft), wenn

1. Fluchtgefahr besteht,
2. der Ausländer auf Grund einer unerlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig **oder nach einer erlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig geworden ist,**~~oder~~
3. eine Abschiebungsanordnung nach § 58a ergangen ist, diese aber nicht unmittelbar vollzogen werden kann, **oder**
4. **der Ausländer entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot in das Bundesgebiet eingereist ist und sich darin aufhält.**

²Von der Anordnung der Sicherungshaft nach Satz 1 Nummer 2 kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will. ³Die Sicherungshaft ist unzulässig, wenn feststeht, dass aus Gründen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten ~~drei sechs~~ Monate durchgeführt werden kann, ~~bei einem Ausländer, bei dem ein Fall des § 54 Absatz 1 Nummer 1 bis 1b oder Absatz 2 Nummer 1 oder 3 vorliegt und auf den nicht das Jugendstrafrecht angewendet wurde oder anzuwenden wäre, gilt abweichend ein Zeitraum von sechs Monaten.~~

⁴Abweichend 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 sechs~~ Monate durchgeführt werden kann.

(3a) ¹Fluchtgefahr im Sinne von Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 wird widerleglich vermutet, wenn

1. der Ausländer gegenüber den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden über seine Identität täuscht oder in einer für ein Abschiebungshindernis erheblichen Weise und in zeitlichem Zusammenhang mit der Abschiebung getäuscht hat und die Angabe nicht selbst berichtigt hat, insbesondere durch Unterdrückung oder Vernichtung von Identitäts- oder Reisedokumenten oder das Vorgeben einer falschen Identität,
2. der Ausländer unentschuldigt zur Durchführung einer Anhörung oder ärztlichen Untersuchung nach § 82 Absatz 4 Satz 1 nicht an dem von der Ausländerbehörde angegebenen Ort angetroffen wurde, sofern der Ausländer

bei der Ankündigung des Termins auf die Möglichkeit seiner Inhaftnahme im Falle des Nichtantreffens hingewiesen wurde,

3. die Ausreisefrist abgelaufen ist und der Ausländer seinen Aufenthaltsort trotz Hinweises auf die Anzeigepflicht gewechselt hat, ohne der zuständigen Behörde eine Anschrift anzugeben, unter der er erreichbar ist,
- ~~4. der Ausländer sich entgegen § 11 Absatz 1 Satz 2 im Bundesgebiet aufhält und er keine Betretenserlaubnis nach § 11 Absatz 8 besitzt,~~
5. der Ausländer sich bereits in der Vergangenheit der Abschiebung entzogen hat oder
6. der Ausländer ausdrücklich erklärt hat, dass er sich der Abschiebung entziehen will.

(3b) Konkrete Anhaltspunkte für Fluchtgefahr im Sinne von Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 können sein:

1. der Ausländer hat gegenüber den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden über seine Identität in einer für ein Abschiebungshindernis erheblichen Weise getäuscht und hat die Angabe nicht selbst berichtigt, insbesondere durch Unterdrückung oder Vernichtung von Identitäts- oder Reisedokumenten oder das Vorgeben einer falschen Identität,
2. der Ausländer hat zu seiner unerlaubten Einreise erhebliche Geldbeträge, insbesondere an einen Dritten für dessen Handlung nach § 96, aufgewandt, die nach den Umständen derart maßgeblich sind, dass daraus geschlossen werden kann, dass er die Abschiebung verhindern wird, damit die Aufwendungen nicht vergeblich waren,
3. von dem Ausländer geht eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit aus,
4. der Ausländer ist wiederholt wegen vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu mindestens einer Freiheitsstrafe verurteilt worden,
5. der Ausländer hat die Passbeschaffungspflicht nach § 60b Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, 2 und 6 nicht erfüllt oder der Ausländer hat andere als die in Absatz 3a Nummer 2 genannten gesetzlichen Mitwirkungshandlungen zur Feststellung der Identität, insbesondere die ihm nach § 48 Absatz 3 Satz 1 obliegenden Mitwirkungshandlungen, verweigert oder unterlassen und wurde vorher auf die Möglichkeit seiner Inhaftnahme im Falle der Nichterfüllung der Passersatzbeschaffungspflicht nach § 60b Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, 2 und 6 oder der Verweigerung oder Unterlassung der Mitwirkungshandlung hingewiesen,
6. der Ausländer hat nach Ablauf der Ausreisefrist wiederholt gegen eine Pflicht nach § 61 Absatz 1 Satz 1, Absatz 1a, 1c Satz 1 Nummer 3 oder Satz 2 verstoßen oder eine zur Sicherung und Durchsetzung der Ausreisepflicht verhängte Auflage nach § 61 Absatz 1e nicht erfüllt,
- ~~7. der Ausländer, der erlaubt eingereist und vollziehbar ausreisepflichtig geworden ist, ist dem behördlichen Zugriff entzogen, weil er keinen Aufenthaltsort hat, an dem er sich überwiegend aufhält.~~

(4) ¹Die Sicherungshaft kann bis zu sechs Monaten angeordnet werden. ²Sie kann in Fällen, in denen die Abschiebung aus von dem Ausländer zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann, um höchstens zwölf Monate verlängert werden. ³Eine

Verlängerung um höchstens zwölf Monate ist auch möglich, soweit die Haft auf der Grundlage des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 3 angeordnet worden ist und sich die Übermittlung der für die Abschiebung erforderlichen Unterlagen oder Dokumente durch den zur Aufnahme verpflichteten oder bereiten Drittstaat verzögert. ⁴Die Gesamtdauer der Sicherungshaft darf 18 Monate nicht überschreiten. ⁵Eine Vorbereitungshaft ist auf die Gesamtdauer der Sicherungshaft anzurechnen.

(4a) ¹Ist die Abschiebung gescheitert, bleibt die Anordnung bis zum Ablauf der Anordnungsfrist unberührt, sofern die Voraussetzungen für die Haftanordnung unverändert fortbestehen.

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

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

²Der Ausländer ist unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung der Sicherungshaft vorzuführen.

~~(6) ⁴Ein Ausländer kann auf richterliche Anordnung zum Zwecke der Abschiebung für die Dauer von längstens 14 Tagen zur Durchführung einer Anordnung nach § 82 Absatz 4 Satz 1, bei den Vertretungen oder ermächtigten Bediensteten des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er vermutlich besitzt, persönlich zu erscheinen, oder eine ärztliche Untersuchung zur Feststellung seiner Reisefähigkeit durchführen zu lassen, in Haft genommen werden, wenn er~~

- ~~1. einer solchen erstmaligen Anordnung oder~~
- ~~2. einer Anordnung nach § 82 Absatz 4 Satz 1, zu einem Termin bei der zuständigen Behörde persönlich zu erscheinen, unentschuldigt ferngeblieben ist und der Ausländer zuvor auf die Möglichkeit einer Inhaftnahme hingewiesen wurde (Mitwirkungshaft).~~

¹Zum Zwecke der Abschiebung kann ein Ausländer auf richterliche Anordnung für die Dauer von längstens 14 Tagen zur Durchführung einer Anordnung nach § 82 Absatz 4 Satz 1, bei den Vertretungen oder ermächtigten Bediensteten des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er vermutlich besitzt, persönlich zu erscheinen und die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben zu machen, oder eine ärztliche Untersuchung zur Feststellung seiner Reisefähigkeit durchführen zu lassen, in Haft genommen werden, wenn

1. der Ausländer
 - a) einer solchen erstmaligen Anordnung unentschuldigt ferngeblieben ist oder die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben unterlassen hat oder

- b) einer Anordnung nach § 82 Absatz 4 Satz 1, zu einem Termin bei der zuständigen Behörde persönlich zu erscheinen unentschuldigt ferngeblieben ist oder im Termin die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben unterlassen hat und**
- 2. zuvor auf die Möglichkeit einer Inhaftnahme hingewiesen wurde (Mitwirkungshaft).**

²Eine Verlängerung der Mitwirkungshaft ist nicht möglich. ³Eine Mitwirkungshaft ist auf die Gesamtdauer der Sicherungshaft anzurechnen. ⁴§ 62a Absatz 1 findet entsprechende Anwendung.

bb) § 2 AufenthG

§ 2 Abs. 14 AufenthG (Begriffsbestimmungen) soll nunmehr lauten:

(14) ¹Soweit Artikel 28 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 31), der die Inhaftnahme zum Zwecke der Überstellung betrifft, maßgeblich ist, gelten § 62 **Absatz 3 Nummer 4 und** Absatz 3a für die widerlegliche Vermutung einer Fluchtgefahr im Sinne von Artikel 2 Buchstabe n der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 und § 62 Absatz 3b Nummer 1 bis 5 als objektive Anhaltspunkte für die Annahme einer Fluchtgefahr im Sinne von Artikel 2 Buchstabe n der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 entsprechend; im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 bleibt Artikel 28 Absatz 2 im Übrigen maßgeblich. ²Ferner kann ein Anhaltspunkt für Fluchtgefahr vorliegen, wenn

1. der Ausländer einen Mitgliedstaat vor Abschluss eines dort laufenden Verfahrens zur Zuständigkeitsbestimmung oder zur Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz verlassen hat und die Umstände der Feststellung im Bundesgebiet konkret darauf hindeuten, dass er den zuständigen Mitgliedstaat in absehbarer Zeit nicht aufsuchen will,
2. der Ausländer zuvor mehrfach einen Asylantrag in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 gestellt und den jeweiligen anderen Mitgliedstaat der Asylantragstellung wieder verlassen hat, ohne den Ausgang des dort laufenden Verfahrens zur Zuständigkeitsbestimmung oder zur Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz abzuwarten.

³Die für den Antrag auf Inhaftnahme zum Zwecke der Überstellung zuständige Behörde kann einen Ausländer ohne vorherige richterliche Anordnung festhalten und vorläufig in Gewahrsam nehmen, wenn

- b) der dringende Verdacht für das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 oder 2 besteht,

- c) die richterliche Entscheidung über die Anordnung der Überstellungshaft nicht vorher eingeholt werden kann und
- d) der begründete Verdacht vorliegt, dass sich der Ausländer der Anordnung der Überstellungshaft entziehen will.

⁴Der Ausländer ist unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung der Überstellungshaft vorzuführen. ⁵Auf das Verfahren auf Anordnung von Haft zur Überstellung nach der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 finden die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend Anwendung, soweit das Verfahren in der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 nicht abweichend geregelt ist.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Ausweitung der Haftgründe für Sicherungshaft

aaa) Einordnung

Nach § 62 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 AufenthG ist ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer in Sicherungshaft zu nehmen, wenn ein Haftgrund besteht und der Zweck der Haft nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. Nach § 62 Abs. 1 Satz 3 AufenthG dürfen Minderjährige und Familien mit Minderjährigen nur in besonderen Ausnahmefällen und nur so lange in Abschiebungshaft genommen werden, wie es unter Berücksichtigung des Kindeswohls angemessen ist; auch im Übrigen ist die Anordnung von Sicherungshaft durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt. Nach § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ist die Sicherungshaft unzulässig, wenn feststeht, dass aus Gründen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei bzw. sechs Monaten durchgeführt werden kann; nach § 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG gilt diese Beschränkung nicht für Ausländer, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht.

Die für die Anordnung von Sicherheitshaft stets erforderlichen Haftgründe sind in § 62 Abs. 3 AufenthG abschließend geregelt. Die vorrangige Stellung nimmt insoweit die in § 62 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG geregelte Fluchtgefahr ein, deren Vorliegen in den in § 62 Abs. 3a AufenthG genannten Fällen widerleglich vermutet wird; darüber hinaus ist Sicherungshaft zulässig, wenn der Ausländer auf Grund einer unerlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig ist oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a ergangen ist (§ 62 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG). In den Fällen der unerlaubten Einreise kann ausnahmsweise von der Verhängung von Sicherungshaft abgesehen werden, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will (§ 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG).

Nach dem Gesetzentwurf soll der Haftgrund der unerlaubten Einreise auf Fälle erstreckt werden, in denen der Betroffene nach einer erlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig geworden ist (§ 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG-E). Dies ersetzt die bisherige Regelung, der Eintritt der vollziehbaren Ausreisepflicht nach erlaubter Einreise dann ein konkreter Anhaltspunkt für das Bestehen von Fluchtgefahr sein

kann, wenn der Betroffene keinen Aufenthaltsort hat, an dem er sich überwiegend aufhält (§ 62 Abs. 3b Nr. 7 AufenthG a.F.). Die Möglichkeit für den Betroffenen, das Nichtbestehen von Fluchtgefahr im Einzelfall glaubhaft zu machen, gilt nunmehr auch für Fälle des Eintritts der vollziehbaren Ausreisepflicht nach erlaubter Einreise (§ 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG).

Darüber hinaus sieht der Gesetzentwurf die unerlaubte Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nunmehr als selbstständigen Haftgrund an (§ 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E). Diese Regelung tritt an die Stelle der bisherigen Regelung des § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG a.F., nach der das Bestehen von Fluchtgefahr in diesen Fällen vermutet wird. Anders als in sonstigen Fällen der unerlaubten Einreise bzw. des unerlaubten Aufenthalts nach erlaubter Einreise kann der neu geschaffene Haftgrund weder widerlegt noch durch entsprechende Glaubhaftmachungen ausgeräumt werden.

bbb) Bewertung

Die Neuregelung ist an den zwingenden Vorgaben des Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RfRL zu messen. Nach dieser dürfen die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörige nur in Haft nehmen, um deren Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen, und zwar insbesondere dann, wenn Fluchtgefahr besteht oder die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern.

Vor diesem Hintergrund erscheint bereits die Tragfähigkeit der bisherigen Regelung des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG fragwürdig, da diese nicht unmittelbar an die in Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RfRL genannten Haftgründe anknüpft. Sie kann bei unionsrechtskonformer Handhabung aber möglicherweise gerechtfertigt werden, da § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG den in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 genannten Haftgrund letztlich auf eine Form der vermuteten Fluchtgefahr zurückführt und dem Betroffenen die Möglichkeit der Glaubhaftmachung eröffnet, dass keine Fluchtgefahr besteht. Allerdings hat der Bundesgerichtshof den mit § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG identischen Haftgrund des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG im Kontext der Abschiebungshaft zur Durchführung einer Überstellung im Rahmen des Dublin-Verfahrens als unzureichend beanstandet.¹⁶⁰

Vor diesem Hintergrund erscheint jedenfalls die Bestimmung des Art. 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG unionsrechtlich nicht tragfähig, da diese den in Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RfRL bezeichneten Haftgründen einen eigenständigen Haftgrund hinzufügt, der – mangels Anwendbarkeit des § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG – auch nicht mittelbar auf den Haftgrund der Fluchtgefahr zurückgeführt werden kann. Ein selbstständiger Haftgrund kann wohl insbesondere nicht unter Hinweis auf die nicht abschließende Natur des Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RfRL („insbesondere“) gerechtfertigt werden,¹⁶¹ da die Richtlinie die Einreise unter Verstoß gegen unionsrechtliche Einreise- und

¹⁶⁰ Vgl. BGH, Beschluss v. 22. Oktober 2014 – V ZB 124/14 –, juris Rn. 11.

¹⁶¹ Vgl. hierzu allerdings LG Hannover, Beschluss v. 30. April 2015 – 8 T 16/15 –, juris Rn. 15.

Aufenthaltsverbote ausdrücklich nicht als eigenständigen Haftgrund bezeichnet, obwohl sie diese im Übrigen ausführlich regelt.

Die Bestimmung des Art. 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E kann insbesondere auch nicht durch die Anwendung der Opt-Out-Klausel des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL gerechtfertigt werden. Denn unabhängig von den bereits artikulierten Zweifeln an der Anwendbarkeit im Kontext des deutschen Sanktionensystems liegt einem Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 AufenthG nicht stets eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL zugrunde. Zudem fehlt es auch insoweit an einer klar erkennbaren Bezugnahme auf die Opt-Out-Regelung.

Die im Hinblick auf die bestehende Regelung des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG bestehenden Zweifel an der Unionsrechtskonformität gelten für die beabsichtigte Neuregelung des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG-E erst recht. Zwar erscheint hier jedenfalls normlogisch eine Rückführung auf den Haftgrund der Fluchtgefahr möglich,¹⁶² bei der Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer ist jedoch erst recht fraglich, ob diese ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme einer Fluchtgefahr vermittelt. Die Gesetzesbegründung weist der Sache nach selbst auf entsprechende Zweifel in Fällen hin, in denen zulässige Aufenthaltsdauer nur geringfügig überschritten wird, und verweist insoweit auf das Erfordernis einer Prüfung des § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG „mit der gebotenen Sorgfalt“.¹⁶³ Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG dem Betroffenen die Glaubhaftmachung für das Nichtbestehen der Fluchtgefahr auferlegt und daher grundsätzlich vom Bestehen eines Haftgrundes auch bei geringfügiger Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer ausgeht. Ob die Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer wertungsmäßig der planmäßigen unerlaubten Einreise gleichgestellt werden kann, erscheint im Hinblick auf den mit der unerlaubten Einreise regelmäßig verbundenen Aufwand erheblich zweifelhaft; der in der Gesetzesbegründung enthaltene Verweis auf eine – einfachgesetzliche – Gleichstellung im Rahmen der Strafnorm des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG geht auf die unterschiedliche Stoßrichtung beider Normen nicht ein und kann eine entsprechende Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund des vorrangigen Unionsrechts kaum erklären. Konkrete Erläuterungen zur Vereinbarkeit der Neuregelungen mit der Rückführungsrichtlinie bleibt die Gesetzesbegründung ohnehin schuldig. Auch eine konkrete Notwendigkeit für entsprechende Verschärfungen wird in der Gesetzesbegründung nicht aufgezeigt. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung von der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL Gebrauch machen wollte, liegen nicht vor; zudem liegt der gesetzlichen Fallgruppe regelmäßig keine strafrechtliche Verurteilung zugrunde. Zudem hat der EuGH bereits klargestellt, dass die Strafbarkeit der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts eine pauschale Anwendung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL nicht rechtfertigen könnte.¹⁶⁴

¹⁶² Vgl. § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG.

¹⁶³ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 44.

¹⁶⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 21. März 2013 – C-522/11 [Mbaye], Urteil v. 6. Dezember 2011 – C-329/11 [Achughbadian] –, InfAusIR 2012, 77 und Urteil v. 6. Dezember 2012 – 430/11 [Sagor] –, InfAusIR 2013, 83.

Insgesamt entsteht durch die Neuregelung ein Regelungssystem, das in allen denkbaren Fällen des unerlaubten Aufenthalts einen Haftgrund annimmt, widerleglich vermutet oder zumindest konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen von Fluchtgefahr annimmt (bzw. fingiert). Trotz der im Einzelfall gegebenen Möglichkeiten einer Einzelfallprüfung erscheint die Vereinbarkeit dieses Regelungssystems mit den Grundgedanken der Rückführungsrichtlinie, die eine Rückkehrentscheidung gerade nicht automatisch oder auch nur regelmäßig mit der Verhängung von Abschiebungshaft verknüpft sehen will, fraglich. Auch der in der Gesetzesbegründung wiederholt angesprochene Hinweis auf den Charakter der Abschiebungshaft als „ultima ratio“ und die gebotene Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vermögen den Eindruck nicht zu widerlegen, dass die nunmehrige Gesetzesfassung die Verhängung von Abschiebungshaft als den gesetzlichen Regelfall begreift und lediglich ein Absehen im Einzelfall – z.B. aufgrund nachweislich fehlender Haftgründe oder nachweislich bestehender Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall – für geboten hält. Dies wird dem schwerwiegenden Eingriffscharakter der Abschiebungshaft als ggf. mehrmonatige Freiheitsentziehung nicht gerecht, zumal die Gesetzesbegründung konkrete Fälle, in denen die bisherige Regelung zu Defiziten beim Abschiebungsvollzug geführt hätte, nicht aufzeigt. Aus Sicht des unions- sowie zwingenden Verfassungsrechts erscheint es daher angezeigt, von der beabsichtigten Ausweitung der Haftgründe abzusehen.

bb) Angleichung der Haftgründe für Sicherungshaft im Kontext des Dublin-Verfahrens

Nach § 2 Abs. 14 Satz 2 AufenthG-E soll die Neuregelung des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E¹⁶⁵ auch im Kontext der Abschiebungshaft nach der Dublin-III-VO gelten. Sie fungiert im Kontext des § 2 Abs. 14 Satz 2 AufenthG aber nur – anders als im Kontext des § 62 Abs. 3 Satz 1 AufenthG-E – als widerlegliche Vermutung einer Fluchtgefahr im Sinne von Art. 2 lit. n) der VO Nr. 604/2023 (Dublin-III-VO)¹⁶⁶. Bei der Gesetzesänderung handelt es sich daher lediglich um eine Folgeänderung zur Verschiebung des § 62 Abs. 3a Nr. 4 AufenthG a.F. in § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E, die im Kontext der Dublin-III-VO nicht mit inhaltlichen Änderungen verbunden ist.¹⁶⁷

cc) Verlängerung der Prognosefrist für die Anordnung von Sicherungshaft auf sechs Monate

¹⁶⁵ Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs spricht von einer Geltung des § 62 Abs. 3 Nr. 4 AufenthG-E, gemeint dürfte aber § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 AufenthG-E sein.

¹⁶⁶ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 31.

Nach § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG a.F. ist die Sicherungshaft unzulässig, wenn feststeht, dass aus Gründen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann; bei Ausländern, die rechtskräftig zu nicht unerheblichen Haftstrafen verurteilt wurden oder in (einfache) Betäubungsmittelkriminalität verstrickt sind, gilt abweichend ein Zeitraum von sechs Monaten. Abweichend hiervon ist die Sicherungshaft bei Ausländern, von dem eine erhebliche Gefahren für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgehen, auch dann zulässig, wenn die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann (§ 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG a.F.).

Der Gesetzentwurf verlängert die gesetzliche Prognosefrist gegenüber Ausländern, die die Gründe für das Unterbleiben der Abschiebung nicht zu vertreten haben, von drei auf sechs Monate (und streicht die diesbezügliche – nunmehr überflüssig gewordene – Ausnahme für Straftäter); er passt die Bestimmung des § 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG, die höhere Höchstfristen bei akuten Gefährdungen zulässt, entsprechend an.

Die Gesetzesbegründung verweist insoweit auf den Umstand, dass eine Abschiebung „in der Praxis nicht immer innerhalb von drei Monaten und auch nicht immer aus der Strafhaft heraus durchführbar“ sei, da etwa die Beschaffung von Heimreisedokumenten länger als drei Monate in Anspruch nehmen könne. Mit dieser Ausweitung sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt, wenn die Abschiebung innerhalb der nächsten sechs Monate prognostisch durchführbar sei und die Freiheitsentziehung erforderlich sei. Insoweit bleibe es beim Erfordernis einer Einzelfallprüfung und dem ultima-ratio-Charakter der Sicherungshaft.¹⁶⁸

Die Erhöhung des Prognosehorizonts von drei auf sechs Monaten orientiert sich an der in § 62 Abs. 4 Satz 1 AufenthG bezeichneten Höchstdauer für die Anordnung von Sicherungshaft, die allerdings nach Maßgabe des § 62 Abs. 4 Satz 2 – 5 AufenthG zu einem späteren Zeitpunkt verlängert werden kann; dies steht mit Art. 15 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 RfRL im Einklang. Auch wenn die Neuregelung weder gegen zwingendes Unionsrecht noch gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstößt, muss ihre Anwendung im Einzelfall jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

Hierzu ist festzustellen, dass die Ausweitung des Prognosehorizonts auf sechs Monate für die Betroffenen zu erheblichen Belastungen führt. Denn auch Betroffene, denen keine Verletzung von Mitwirkungspflichtverletzungen angelastet werden kann, können aufgrund der Neuregelung bis zu sechs Monate vor dem zu erwartenden Abschiebungstermin in Abschiebungshaft genommen werden, wenn eine Abschiebung innerhalb dieses Zeitraums aus der ex-ante-Perspektive aussichtsreich erscheint. Insbesondere in Fällen, in denen die Abschiebung an der notwendigen Beschaffung von Heimreisepapieren scheitert, kann den Betroffenen dabei noch nicht einmal vorgehalten werden, dass sie die Sicherungshaft durch eine freiwillige Ausreise vermeiden könnten. Insbesondere in Verbindung mit der Neuregelung des § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG-E kann sich die Abschiebungshaft dabei gegen Personen richten, deren einziger Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften in der Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer besteht. Personen, die mit ihrer

¹⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 45.

Einreise gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verstoßen haben, können nach dem Gesetzeswortlaut sogar dann für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten in Haft genommen werden, wenn keine individuellen Anhaltspunkte für Fluchtgefahr bestehen. Dies erscheint v.a. vor dem Hintergrund bedenklich, dass sich die anfängliche Sechsmonatsprognose letztlich als falsch herausstellen kann, so dass der Betroffene ggfs. letztlich grundlos über einen nicht unerheblichen Zeitraum inhaftiert wurde. Der in der Gesetzesbegründung bezeichneten (potentiellen) Stärkung der Effektivität des Abschiebungsvollzugs steht daher ggf. eine erhebliche Beeinträchtigung individueller Freiheitsrechte auch von Personen gegenüber, denen lediglich die unerlaubte Einreise oder der unerlaubte Aufenthalt vorgeworfen werden kann. Angesichts dessen erscheint der pauschale Verweis der Gesetzesbegründung auf Verhältnismäßigkeitsprinzip und ultima-ratio-Charakter der Sicherungshaft, die in der gesetzlichen Regelungstechnik zunehmen lediglich formalen Wiederhall finden, der grundrechtlichen Eingriffsintensität einer – insbesondere längeren – Sicherungshaft kaum angemessen.

Wenn – was der Sachverständige nicht aus eigener Anschauung beurteilen kann – der effektive Abschiebungsvollzug tatsächlich eine Ausweitung des Prognosehorizonts erforderlich machen sollte, erschiene es zweckmäßig, die den Behörden und Gerichten im Einzelfall obliegende Verhältnismäßigkeitsprüfung gesetzlich vorzustrukturieren und den erweiterten Prognosehorizont z.B. auf Fälle zu beschränken, in denen das Vollzugsinteresse nicht alleine durch die Verletzung der Ausreisepflicht begründet wird.

dd) Erstreckung der Mitwirkungshaft auf Mitwirkungspflichten bei Vorführungsterminen

Nach § 82 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 AufenthG kann angeordnet werden, dass ein Ausländer bei der zuständigen Behörde bzw. Vertretern seines mutmaßlichen Herkunftslandes vorspricht. Im Fall einer Weigerung des Betroffenen können entsprechende Anordnungen nach § 82 Abs. 4 Satz 2 AufenthG zwangsweise durchgesetzt werden. Zu diesem Zweck sieht § 62 Abs. 6 Satz 1 AufenthG die gerichtliche Anordnung von Mitwirkungshaft vor, die eine Vorführung des Betroffenen vor der zuständigen Stelle ermöglicht.

§ 82 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 AufenthG-E erweitert diese Pflicht darauf, die Termine nicht nur wahrzunehmen, sondern im Rahmen der entsprechenden Termine auch die erforderlichen Angaben zu machen. Dementsprechend erstreckt § 62 Abs. 6 Satz 1 AufenthG-E die Mitwirkungshaft nunmehr auch auf Fälle, in denen der Betroffene den Termin zwar wahrnimmt, eine Mitwirkung im Rahmen des Termins aber verweigert.¹⁶⁹

Die Anpassung der Bestimmungen über die Mitwirkungshaft ist folgerichtig und geboten, da der Betroffene zur Mitwirkung bei der Identitätsklärung und der Beschaffung von Reisepapieren verpflichtet ist und der Zweck von Maßnahmen nach

¹⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 46.

§ 82 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 AufenthG durch das bloße Erscheinen des Betroffenen bei der zuständigen Stelle regelmäßig nicht erreicht werden kann. Zwar wandelt sich der Charakter der Mitwirkungshaft insoweit, als mit der Maßnahme nunmehr nicht nur die Durchsetzung der Vorsprachepflicht im Wege der Ersatzvornahme ermöglicht wird, sondern die Mitwirkungshaft in entsprechenden Fällen den Charakter einer Beugehaft erhält. Da die Rechtsordnung die Erzwingung von notwendigen Angaben auch in anderem Kontext kennt,¹⁷⁰ begegnet dies keinen durchgreifenden Bedenken.

13. Ausweitung des Ausreisegewahrsams (Art. 1 Nr. 15 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 62b AufenthG)

§ 62b AufenthG (Ausreisegewahrsam) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Unabhängig von den Voraussetzungen der Sicherungshaft nach § 62 Absatz 3, insbesondere vom Vorliegen der Fluchtgefahr, kann ein Ausländer zur Sicherung der Durchführbarkeit der Abschiebung auf richterliche Anordnung bis zu ~~zehn~~ **28** Tage in Gewahrsam genommen werden, wenn

1. die Ausreisefrist abgelaufen ist, es sei denn, der Ausländer ist unverschuldet an der Ausreise gehindert oder die Überschreitung der Ausreisefrist ist nicht erheblich,
2. feststeht, dass die Abschiebung innerhalb dieser Frist durchgeführt werden kann und
3. der Ausländer ein Verhalten gezeigt hat, das erwarten lässt, dass er die Abschiebung erschweren oder vereiteln wird. Das wird vermutet, wenn er
 - a) seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten verletzt hat,
 - b) über seine Identität oder Staatsangehörigkeit getäuscht hat,
 - c) wegen einer im Bundesgebiet begangenen vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde, wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen außer Betracht bleiben oder
 - d) die Frist zur Ausreise um mehr als 30 Tage überschritten hat.

²Von der Anordnung des Ausreisegewahrsams ist abzusehen, wenn der Ausländer glaubhaft macht oder wenn offensichtlich ist, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will.

(2) Der Ausreisegewahrsam wird im Transitbereich eines Flughafens oder in einer Unterkunft, von der aus die Ausreise des Ausländers ~~ohne Zurücklegen einer größeren Entfernung zu einer Grenzübergangsstelle~~ möglich ist, vollzogen.

(3) § 62 Absatz 1 und 4a sowie § 62a finden entsprechend Anwendung.

¹⁷⁰ Vgl. § 390 Abs. 2 ZPO, § 70 Abs. 2 StPO.

(4) ¹Die für den Antrag nach Absatz 1 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 Satz 1 besteht,
2. die richterliche Entscheidung über die Anordnung des Ausreisegewahrsams nach Absatz 1 nicht vorher eingeholt werden kann und
3. der begründete Verdacht vorliegt, dass sich der Ausländer der Anordnung des Ausreisegewahrsams entziehen will.

²Der Ausländer ist unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung des Ausreisegewahrsams vorzuführen.

b) Einordnung und Bewertung

Der mit Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015 in das Aufenthaltsgesetz eingefügte Ausreisegewahrsam war ursprünglich auf vier Tage beschränkt. Er wird grundsätzlich im Transitbereich eines Flughafens oder in einer Unterkunft vollzogen, von wo aus die Ausreise des Ausländers möglich ist (§ 62b Abs. 2 AufenthG), wobei § 62b Abs. 3 i.V.m. § 62a AufenthG auch eine Vollziehung in Abschiebungshafteinrichtungen ermöglicht. Von der Abschiebungshaft unterscheidet er sich im Wesentlichen durch seine nur vorübergehende Dauer, die erforderliche Prognose eines die Abschiebung erschwerenden oder vereitelnden Verhaltens (an Stelle der nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AufenthG grundsätzlich erforderlichen Fluchtgefahr) und die – jedenfalls theoretische – Möglichkeit, aus dem Transitbereich bzw. der grenznahen Unterkunft freiwillig auszureisen und so den weiteren Ausreisegewahrsam zu vermeiden.¹⁷¹ Ggf. ist das Personal einer Unterkunft oder als Unterkunft genutzten Hafteinrichtung daher gehalten, dem Betroffenen eine freiwillige Ausreise zu ermöglichen.¹⁷²

Mit Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20. Juli 2017 hat der Gesetzgeber die maximale Gewahrsamsdauer auf 10 Tage erweitert. Mit dem Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 10. August 2019 wurde § 62 AufenthG dahingehend ergänzt, dass auch Verurteilungen wegen vorsätzlicher Straftaten ab einer Höhe von 51 Tagessätzen sowie eine Überschreitung der Ausreisefrist um mehr als 30 Tage die (widerlegliche) Vermutung begründen, dass der Betroffene die Abschiebung erschweren oder vereiteln wird. Zugleich wurde § 62b Abs. 2 AufenthG um das Erfordernis ergänzt, dass die Ausreise des Ausländers „ohne Zurücklegen einer größeren Entfernung zu einer Grenzübergangsstelle“ möglich sein muss.

Nunmehr soll die zulässige Gewahrsamsdauer von zehn auf 28 Tage erweitert und das Erfordernis einer Unterbringung in grenznahen Unterkünften bzw.

¹⁷¹ Vgl. BGH, Beschluss v. 23. Februar 2021 – XIII ZB 50/20 –, juris Rn. 14 ff.

¹⁷² Vgl. BGH, Beschluss v. 23. Februar 2021 – XIII ZB 50/20 –, juris Rn. 16.

Hafteinrichtungen wieder gestrichen werden, um die Möglichkeiten eines effektiven Rückkehrmanagements zu verbessern.¹⁷³

Trotz der Bezeichnung als bloßer Gewahrsam ist der Ausreisegewahrsam an den Bestimmungen der Rückführungsrichtlinie über die Inhaftnahme zu messen. Mit diesen ist die Bestimmung dem Grunde nach vereinbar, da Art. 15 Abs. 1 Satz 1 lit. b) RfRL die Verhängung von Abschiebungshaft auch dann vorsieht, wenn die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern. Nicht nachvollziehbar ist allerdings die Vermutungsregelung des § 62b Abs. 1 Satz 1 lit. c) und d) AufenthG, da die Begehung vorsätzlicher Straftaten und die Überschreitung der Ausreisefrist auch in Ansehung der im Gesetz angelegten Bagatellschwellen von 50 Tagessätzen bzw. 30 Tagen keinen erkennbaren Bezug zur Gefahr einer Abschiebungerschwerung oder – vereitelung aufweisen. Demgegenüber ist eine Haftdauer von 28 Tagen ohne weiteres von Art. 15 Abs. 5 RfRL gedeckt.

Wie auch bei der Sicherungshaft gilt auch im Hinblick auf den Ausreisegewahrsam, dass eine Verlängerung der zulässigen Prognosezeiträume und/oder -haftdauern nicht nur die Eingriffsintensität, sondern auch das Risiko einer Fehlprognose zum Nachteil des Betroffenen erhöht: Mit zunehmender Ausweitung der Haftregelung steigt daher nicht nur die in der Gesetzesbegründung angesprochene Wahrscheinlichkeit eines Abschiebungserfolges, sondern auch das Risiko einer langerwährenden Freiheitsentziehung, die (ggf. trotz bester Bemühungen der Ausländerbehörden) dennoch nicht zum von der Rechtsordnung gewünschten Erfolg führt. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist daher besonders kritisch zu sehen, dass sowohl Abschiebungshaft als auch Ausreisegewahrsam zunehmend unter sehr geringen tatbestandlichen Voraussetzungen ermöglicht werden sollen, die sich zum Teil unmittelbar aus der Verletzung der Ausreisepflicht ergeben,¹⁷⁴ und der Gesetzestext bzw. – wie auch hier¹⁷⁵ – die Gesetzesbegründung lediglich abstrakt auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verweisen, der – trotz weit ausgreifender tatbestandlicher Haft- und Gewahrsamsregelungen – eine grundrechtskonforme Rechtsanwendung im Einzelfall sicherstellen soll. Insoweit wäre es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vorzugswürdig, die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch gesetzliche Regelungen vorzustrukturieren und die Inhaftnahme ausreisepflichtiger Ausländer qua Gesetzes auf jene Personen zu konzentrieren, die den Abschiebungsvollzug nachhaltig beeinträchtigen und/oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich gefährden. Dies entspräche auch dem in der Gesetzesbegründung formal betonten ultima-ratio-Gedanken weit eher als auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite möglichst weit gefasste Normen, deren verhältnismäßige Anwendung den Ausländerbehörden und Gerichten im Einzelfall überantwortet wird. Insbesondere kann auch ein Richtervorbehalt, der in erster Linie der verfahrensrechtlichen Absicherung der Einhaltung des materiellen Rechts dient, das weitgehende Fehlen materieller Eingriffsschwellen nicht vollumfänglich kompensieren.

¹⁷³ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 46.

¹⁷⁴ Vgl. § 62b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG und § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AufenthG-E.

¹⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 46.

Die Streichung des Erfordernisses, dass die Ausreise des Ausländers von der Unterkunft aus ohne Zurücklegen einer größeren Entfernung zu einer Grenzübergangsstelle möglich sein muss, kehrt zur früheren Gesetzesfassung zurück und lässt die Verpflichtung, dem Betroffenen ggf. eine freiwillige Ausreise zu ermöglichen, unberührt.¹⁷⁶ Allerdings weckt die Gesetzesbegründung, die auf die regelmäßige Unterbringung der Betroffenen in Abschiebungshafteinrichtungen verweist,¹⁷⁷ in Verbindung mit der zunehmenden Ausweitung der zulässigen Gewahrsamsdauer Zweifel daran, ob sich der Ausreisegewahrsam im Hinblick auf Eingriffsintensität und Anwendungspraxis wesentlich von der Abschiebungshaft unterscheidet. Dies erhöht seinerseits die Eingriffstiefe der Maßnahme und – hiermit verbunden – die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahme im Einzelfall. Auffällig ist dabei insbesondere, dass es an jeglichen konkretisierenden Regelungen dazu fehlt, wie und ggf. in welchem Umfang freiwillige Ausreisebemühungen des Betroffenen behördlicherseits zu unterstützen sind.

14. Haftung für Abschiebungskosten (Art. 1 Nr. 17 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 66 AufenthG)

§ 66 AufenthG (Kostenschuldner; Sicherheitsleistung) soll nunmehr lauten:

(1) Kosten, die durch die Durchsetzung einer räumlichen Beschränkung, die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung entstehen, hat der Ausländer zu tragen.

(2) [...]

(3) In den Fällen des § 64 Abs. 1 und 2 haftet der Beförderungsunternehmer neben dem Ausländer für die Kosten der Rückbeförderung des Ausländers und für die Kosten, die von der Ankunft des Ausländers an der Grenzübergangsstelle bis zum Vollzug der Entscheidung über die Einreise entstehen. Ein Beförderungsunternehmer, der schuldhaft einer Verfügung nach § 63 Abs. 2 zuwiderhandelt, haftet neben dem Ausländer für sonstige Kosten, die in den Fällen des § 64 Abs. 1 durch die Zurückweisung und in den Fällen des § 64 Abs. 2 durch die Abschiebung entstehen.

(4) ¹Für die Kosten der Abschiebung oder Zurückschiebung haftet:

1. wer als Arbeitgeber den Ausländer als Arbeitnehmer beschäftigt hat, dem die Ausübung der Erwerbstätigkeit nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht erlaubt war;
2. ein Unternehmer, für den ein Arbeitgeber als unmittelbarer Auftragnehmer Leistungen erbracht hat, wenn ihm bekannt war oder er bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass der Arbeitgeber für die Erbringung der Leistung den Ausländer als Arbeitnehmer eingesetzt hat,

¹⁷⁶ Vgl. BGH, Beschluss v. 23. Februar 2021 – XIII ZB 50/20 –, juris Rn. 16.

¹⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 47.

dem die Ausübung der Erwerbstätigkeit nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht erlaubt war;

3. wer als Generalunternehmer oder zwischengeschalteter Unternehmer ohne unmittelbare vertragliche Beziehungen zu dem Arbeitgeber Kenntnis von der Beschäftigung des Ausländers hat, dem die Ausübung der Erwerbstätigkeit nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht erlaubt war;
4. wer eine nach § 96 strafbare Handlung **oder eine nach § 95 strafbare Teilnahme** begeht
5. der Ausländer, soweit die Kosten von den anderen Kostenschuldern nicht beigetrieben werden können.

²Die in Satz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Personen haften als Gesamtschuldner im Sinne von § 421 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

(4a) Die Haftung nach Absatz 4 Nummer 1 entfällt, wenn der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nach § 4a Absatz 5 sowie seiner Meldepflicht nach § 28a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit den §§ 6, 7 und 13 der Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung oder nach § 18 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nachgekommen ist, es sei denn, er hatte Kenntnis davon, dass der Aufenthaltstitel oder die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung oder die Aussetzung der Abschiebung des Ausländers gefälscht war.

(5) ¹Von dem Kostenschuldner kann eine Sicherheitsleistung verlangt werden. ²Die Anordnung einer Sicherheitsleistung des Ausländers oder des Kostenschuldners nach Absatz 4 Satz 1 und 2 kann von der Behörde, die sie erlassen hat, ohne vorherige Vollstreckungsanordnung und Fristsetzung vollstreckt werden, wenn andernfalls die Erhebung gefährdet wäre. ³Zur Sicherung der Ausreisekosten können Rückflugscheine und sonstige Fahrausweise beschlagnahmt werden, die im Besitz eines Ausländers sind, der zurückgewiesen, zurückgeschoben, ausgewiesen oder abgeschoben werden soll oder dem Einreise und Aufenthalt nur wegen der Stellung eines Asylantrages gestattet wird. **⁴Bestehen tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Ausländer im Besitz von Geldmitteln entsprechend Satz 1 oder von Unterlagen entsprechend Satz 3 ist, können er und die von ihm mitgeführten Sachen nach diesen Geldmitteln oder Unterlagen durchsucht werden.**

b) Einordnung und Bewertung

aa) Kostenhaftung für Teilnahmehandlungen an Ausländerdelikten

Nach der Gesetzesbegründung soll die Ausdehnung der Haftung für Kosten der Abschiebung oder Zurückschiebung auf bloße Beihilfehandlungen nach § 95 AufenthG Personen erfassen, die eine strafbare Beihilfe oder Anstiftung zu einer unerlaubten Einreise begehen, ohne selbst Schleuser im Sinne des § 96 AufenthG zu sein.¹⁷⁸ Die (vergleichsweise knapp gefasste) Gesetzesbegründung verkennt dabei allerdings die Tragweite der vorgeschlagenen Regelung: Denn die Haftungsregelung verweist nicht spezifisch auf den Tatbestand der unerlaubten Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG), sondern auf Anstiftungs- und Beihilfehandlungen zu sämtlichen in § 95 AufenthG

¹⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 47.

bezeichneten Delikten. Dies umfasst insbesondere auch die (ggf. psychische) Beihilfe zu einem unerlaubten Aufenthalt, die Aufforderung zu einer dem Betroffenen verbotenen politischen Betätigung, die Anstiftung oder Beihilfe zu Falschangaben im Rahmen der Identitätsfeststellung, die strafbare Teilnahme an wiederholten Verstößen gegen Meldepflichten oder gegen dem Betroffenen auferlegte räumliche Beschränkungen.

Dies setzt ggf. selbst alltägliche, in den Augen des Gesetzgebers allerdings grundsätzlich strafwürdige Verhaltensweisen, die in der Rechtspraxis jedoch regelmäßig nicht verfolgt werden, einem erheblichen wirtschaftlichen Haftungsrisiko aus. Dies wirft zum Teil schwierige Abgrenzungsfragen auf, die etwa Situationen wie die Gewährung von Kirchenasyl, die materielle oder emotionale Unterstützung bereits unerlaubt eingereister Personen oder Fragen der allgemeinen Lebensführung (wie z.B. die Mitnahme von Anhaltern innerhalb des Bundesgebiets) betreffen. Zudem ist bei all jenen Handlungen fraglich, inwieweit diese für die Entstehung von Kosten für die Abschiebung von Personen, die im Zeitpunkt der Unterstützungshandlung bereits eingereist waren, als ursächlich angesehen werden können. Da der Gesetzgeber eine solche Kausalitätsprüfung im Rahmen des § 66 Abs. 4 AufenthG aber auch im Übrigen nicht vorsieht, kann der Betroffene ggf. für eine Bagatellhandlung mit den nicht unerheblichen Gesamtkosten einer Abschiebung belastet werden. Dies erscheint ebenso unangemessen wie die im Gesetz vorgesehen gesamtschuldnerische Haftung eines nur punktuell fremdnützig tätig gewordenen Helfers mit i.d.R. gewerbsmäßigen Schleusern (§ 66 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 AufenthG) und Arbeitgebern bzw. Unternehmern, die unerlaubt eingereiste Personen unerlaubt beschäftigen (§ 66 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 – 3 AufenthG).

Die Neuregelung sollte daher grundlegend überdacht oder jedenfalls erheblich eingeschränkt werden.

bb) Durchsuchung zum Zweck der Sicherheitsleistung

§ 66 Abs. 5 Satz 4 AufenthG-E soll eine Durchsuchung von Personen nach Geldmitteln und Fahrscheinen ermöglichen, die nach § 66 Abs. 5 Satz 1 und 3 AufenthG zur Sicherheitsleistung z.B. für Abschiebungskosten verpflichtet sind.¹⁷⁹ Die Regelung ist sachgerecht.

15. Einschränkung der Beteiligungserfordernisse der Staatsanwaltschaft bei Delikten mit geringem Unrechtsgehalt (Art. 1 Nr. 18 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 72 AufenthG)

§ 72 AufenthG (Beteiligungserfordernisse) soll nunmehr lauten:

¹⁷⁹ BT-Drs. 20/9463, S. 47 f.

(1) – (3a) [...]

(4) ¹Ein Ausländer, gegen den öffentliche Klage erhoben oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, darf nur im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft ausgewiesen und abgeschoben werden. ²Ein Ausländer, der zu schützende Person im Sinne des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes ist, darf nur im Einvernehmen mit der Zeugenschutzdienststelle ausgewiesen oder abgeschoben werden. ³Des Einvernehmens der Staatsanwaltschaft nach Satz 1 bedarf es nicht, wenn nur ein geringes Strafverfolgungsinteresse besteht. ⁴Dies ist der Fall, wenn die Erhebung der öffentlichen Klage oder die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen einer Straftat nach § 95 dieses Gesetzes oder nach § 9 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern oder Straftaten nach dem Strafgesetzbuch mit geringem Unrechtsgehalt erfolgt ist. ⁴Insoweit sind Straftaten mit geringem Unrechtsgehalt Straftaten nach § 113 Absatz 1, § 115 des Strafgesetzbuches, soweit er die entsprechende Geltung des § 113 Absatz 1 des Strafgesetzbuches vorsieht, den §§ 123, 166, 167, 169, 185, 223, 240 Absatz 1, den §§ 242, 246, 248b, 263 Absatz 1, 2 und 4, den §§ 265a, 267 Absatz 1 und 2, § 271 Absatz 1, 2 und 4, den §§ 273, 274, 276 Absatz 1, den §§ 279, 281, 303 des Strafgesetzbuches, dem § 21 des Straßenverkehrsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl. I S. 310, 919), das zuletzt durch Artikel **16 des Gesetzes vom 2. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 56)** ~~4 des Gesetzes vom 8. April 2019 (BGBl. I S. 430)~~ geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, und dem § 6 des Pflichtversicherungsgesetzes vom 5. April 1965 (BGBl. I S. 213), das zuletzt durch Artikel **11 des Gesetzes vom 19. Juni 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 154)** ~~4 der Verordnung vom 6. Februar 2017 (BGBl. I S. 147)~~ geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, ~~es sei denn, diese Strafgesetze werden durch verschiedene Handlungen mehrmals verletzt oder es wird ein Strafantrag gestellt.~~

(5) – (7) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Nach § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG darf ein Ausländer, gegen den öffentliche Klage erhoben oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, im Interesse einer effektiven Strafverfolgung nur im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft ausgewiesen oder abgeschoben werden. § 72 Abs. 4 Satz 3 AufenthG schränkt diesen Grundsatz u.a. für Straftaten mit geringem Unrechtsgehalt ein, die in § 72 Abs. 4 Satz 4 AufenthG näher umschrieben werden.

Der Gesetzentwurf sieht – neben redaktionellen Änderung – eine Streichung der Einschränkung vor, der zufolge ein Einvernehmen der Staatsanwaltschaft bei Delikten mit grundsätzlich geringem Unrechtsgehalt dennoch erforderlich ist, wenn der Betroffene mehrere Straftaten begangen hat oder ein Strafantrag gestellt wurde. Insoweit führt die Gesetzesbegründung aus, dass die genannte Gegen Ausnahme die gesetzliche Bagatellklausel entwertet, weil entsprechende Straftaten typischerweise mehrmals begangen werden.¹⁸⁰ Dies ist nachvollziehbar, auch wenn ggf. das

¹⁸⁰ BT-Drs. 20/9463, S. 48.

Strafverfolgungsinteresse einzelner Geschädigter durch eine frühzeitige Abschiebung beeinträchtigt wird. Dies ist jedoch hinnehmbar, zumal die Staatsanwaltschaft auch in den genannten Fällen regelmäßig berechtigt wäre, ihr Einvernehmen mit einer Abschiebung zu erteilen.

16. Vereinfachung bei der Ausstellung von Aufenthaltstiteln bei unbefristeten Aufenthaltstiteln (Art. 1 Nrn. 19 und 25 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung

aa) § 78 AufenthG

§ 78 AufenthG (Dokumente mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 bis 4 werden als eigenständige Dokumente mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium ausgestellt. ²Aufenthaltserlaubnisse, die nach Maßgabe des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (ABl. L 114 vom 30.4.2002, S. 6) auszustellen sind, werden auf Antrag als Dokumente mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium ausgestellt. ³Dokumente nach den Sätzen 1 und 2 enthalten folgende sichtbar aufgebrachte Angaben:

1. Name und Vornamen,
2. Doktorgrad,
3. Lichtbild,
4. Geburtsdatum und Geburtsort,
5. Anschrift,
6. Gültigkeitsbeginn und Gültigkeitsdauer,
7. Ausstellungsort,
8. Art des Aufenthaltstitels oder Aufenthaltsrechts und dessen Rechtsgrundlage,
9. Ausstellungsbehörde,
10. Seriennummer des zugehörigen Passes oder Passersatzpapiers,
11. Gültigkeitsdauer des zugehörigen Passes oder Passersatzpapiers,
12. Anmerkungen,
13. Unterschrift,
14. Seriennummer,
15. Staatsangehörigkeit,
16. Geschlecht mit der Abkürzung „F“ für Personen weiblichen Geschlechts, „M“ für Personen männlichen Geschlechts und „X“ in allen anderen Fällen,
17. Größe und Augenfarbe,
18. Zugangsnummer.

⁴Dokumente nach Satz 1 können unter den Voraussetzungen des § 48 Absatz 2 oder 4 als Ausweisersatz bezeichnet und mit dem Hinweis versehen werden, dass die Personalien auf den Angaben des Inhabers beruhen. ⁵Die Unterschrift durch den

Antragsteller nach Satz 3 Nummer 13 ist zu leisten, wenn er zum Zeitpunkt der Beantragung des Dokuments zehn Jahre oder älter ist.⁶Auf Antrag können Dokumente nach den Sätzen 1 und 2 bei einer Änderung des Geschlechts nach § 45b des Personenstandsgesetzes mit der Angabe des vorherigen Geschlechts ausgestellt werden, wenn die vorherige Angabe männlich oder weiblich war.⁷Dieser abweichenden Angabe kommt keine weitere Rechtswirkung zu.⁸**Bei einer Niederlassungserlaubnis (§ 9) oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU (§ 9a) kann auf die Angaben nach Absatz 1 Satz 3 Nummer 10 und 11 verzichtet werden, wenn bei der Beantragung dieser Aufenthaltstitel ein anerkannter und gültiger ausländischer Pass vorliegt.**

(2) – (8) [...]

bb) § 105a AufenthG

§ 105a AufenthG (Bestimmungen zum Verwaltungsverfahren) soll nunmehr lauten:

Von den in § 4 Absatz 2 Satz 2, § 15a Abs. 4 Satz 2 und 3, § 23 Abs. 1 Satz 3, § 23a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, § 43 Abs. 4, § 44a Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1, § 61 Absatz 1d, § 72 Absatz 2, § 73 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und 2, den §§ 78 **mit Ausnahme des Absatzes 1 Satz 8**, 78a, § 79 Abs. 2, § 81 Abs. 5, § 82 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3, § 87 Absatz 1, 2 Satz 1 und 2, Absatz 4 Satz 1, 3 und 5 und Absatz 5, § 89 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 3 und 4, den §§ 90, 90a, 90b, 91 Abs. 1 und 2, § 91a Abs. 3, 4 und 7, § 91c Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4 Satz 2, § 99 Absatz 1 bis 4, mit Ausnahme von § 99 Absatz 1 Nummer 3a, und § 104a Abs. 7 Satz 2 getroffenen Regelungen und von den auf Grund von § 43 Abs. 4 und § 99 Absatz 1 bis 4, mit Ausnahme von § 99 Absatz 1 Nummer 3a, getroffenen Regelungen des Verwaltungsverfahrens kann durch Landesrecht nicht abgewichen werden.

b) Einordnung und Bewertung

Die Neuregelung soll verhindern, dass ein bis zu zehn Jahre gültiges Aufenthaltstitel alleine wegen der zwischenzeitlichen Neuausstellung eines Reisepasses frühzeitig erneuert werden muss. Die Gesetzesbegründung gibt der Verwaltungsvereinfachung und Entbürokratisierung insoweit den Vorzug vor dem staatlichen Interesse, die Einhaltung der Passpflicht auch bei dauerhaft aufenthaltsberechtigten Ausländern individuell zu überwachen.¹⁸¹ Dies ist nachvollziehbar und jedenfalls vertretbar.

Zugleich sieht die Gesetzesbegründung insoweit kein Erfordernis für eine bundeseinheitliche Regelung, so dass § 78 Abs. 1 Satz 8 AufenthG-E nicht abweichungsfest ausgestaltet werden soll (§ 105a AufenthG-E).¹⁸² Das Ziel der letztgenannten Regelung dürfte mit der Änderung des § 105a AufenthG-E aber nicht

¹⁸¹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 48.

¹⁸² BT-Drs. 20/9463, S. 51.

erreicht werden können, da § 78 Abs. 1 Satz 8 AufenthG-E keine Verfahrensregelung im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG i.V.m. § 105a AufenthG-E darstellt, sondern materielle Anforderungen an elektronische Aufenthaltsdokumente regelt (und das Aufenthaltsrecht nicht zu den in Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG benannten Materien der Abweichungsgesetzgebung gehört).

17. Erstreckung der Mitwirkungspflichten bei Vorführungen auf die erforderlichen Angaben (Art. 1 Nr. 20 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 82 AufenthG)

§ 82 AufenthG (Mitwirkung des Ausländers) soll nunmehr lauten:

(1) – (3) [...]

(4) Soweit es zur Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen nach diesem Gesetz und nach ausländerrechtlichen Bestimmungen in anderen Gesetzen erforderlich ist, kann angeordnet werden, dass ein Ausländer bei der zuständigen Behörde sowie den Vertretungen oder ermächtigten Bediensteten des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er vermutlich besitzt, persönlich erscheint **und die zur Klärung seiner Identität erforderlichen Angaben macht** sowie eine ärztliche Untersuchung zur Feststellung der Reisefähigkeit durchgeführt wird. Kommt der Ausländer einer Anordnung nach Satz 1 nicht nach, kann sie zwangsweise durchgesetzt werden. § 40 Abs. 1 und 2, die §§ 41, 42 Abs. 1 Satz 1 und 3 des Bundespolizeigesetzes finden entsprechende Anwendung.

(5) – (6) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Die Gesetzesänderung soll der gesetzlichen Pflicht, zum Zweck der Identitätsklärung bei zuständigen Behörden oder Auslandsvertretungen vorzusprechen, praktische Wirksamkeit verleihen, indem sie den Betroffenen im Rahmen der Vorführung auch zu den erforderlichen Angaben verpflichtet. Dies ist nachvollziehbar und zweckmäßig.¹⁸³

18. Sofortige Vollziehbarkeit einzelner ausländerrechtlicher Maßnahmen (Art. 1 Nr. 21 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 84 AufenthG)

§ 84 AufenthG (Wirkungen von Widerspruch und Klage) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Widerspruch und Klage gegen

¹⁸³ Vgl. oben S. 72.

1. die Ablehnung eines Antrages auf Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels,
 - 1a. Maßnahmen nach § 49,
 - 1b. die Anordnung einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Absatz 1c,**
 - 1c. die Anordnung einer Wohnsitzauflage nach § 61 Absatz 1d,**
 - 1d. die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 66 Absatz 5,**
2. die Auflage nach § 61 ~~Absatz 1e~~ **Absatz 1f**, in einer Ausreiseeinrichtung Wohnung zu nehmen,
 - 2a. Auflagen zur Sicherung und Durchsetzung der vollziehbaren Ausreisepflicht nach § 61 Absatz 1e,
3. die Änderung oder Aufhebung einer Nebenbestimmung, die die Ausübung einer Erwerbstätigkeit betrifft,
4. den Widerruf des Aufenthaltstitels des Ausländers nach § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 in den Fällen des § 75 Absatz 2 Satz 1 des Asylgesetzes,
5. den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung von Forschungseinrichtungen für den Abschluss von Aufnahmevereinbarungen nach § 18d,
6. die Anordnung und Ausreiseuntersagung nach § 46 Absatz 2 Satz 1,
7. die **Anordnung und** Befristung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 ~~sowie~~,
- ~~8. die Anordnung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Absatz 6 sowie~~
- ~~9.~~ **8.** die Feststellung nach § 85a Absatz 1 Satz 2

haben keine aufschiebende Wirkung.

²Die Klage gegen die Anordnung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Absatz 7 hat keine aufschiebende Wirkung.

(2) ¹Widerspruch und Klage lassen unbeschadet ihrer aufschiebenden Wirkung die Wirksamkeit der Ausweisung und eines sonstigen Verwaltungsaktes, der die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendet, unberührt. ²Für Zwecke der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit gilt der Aufenthaltstitel als fortbestehend, solange die Frist zur Erhebung des Widerspruchs oder der Klage noch nicht abgelaufen ist, während eines gerichtlichen Verfahrens über einen zulässigen Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. ³Eine Unterbrechung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts tritt nicht ein, wenn der Verwaltungsakt durch eine behördliche oder unanfechtbare gerichtliche Entscheidung aufgehoben wird.

b) Einordnung und Bewertung

Die Änderungen bewirken, dass Widerspruch und Klage gegen einzelne Maßnahmen der Ausländerbehörden keine aufschiebende Wirkung entfalten. Der Betroffene kann allerdings die Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht beantragen (§ 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Die Änderungen dienen zum Teil lediglich der Anpassung an frühere Änderungen des § 11 AufenthG; sie halten sich auch im Übrigen im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und werfen keine grundsätzlichen Fragen auf. Nicht gelungen ist allerdings die redaktionelle Gliederung der Vorschrift, die zum Teil nicht der numerischen Abfolge der in Bezug genommenen Vorschriften entspricht.

19. Ausweitung der Strafbarkeit von Verstößen gegen Maßnahmen zur Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit (Art. 1 Nr. 22 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 95 AufenthG)

§ 95 AufenthG (Strafvorschriften) soll nunmehr lauten:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 sich im Bundesgebiet aufhält,
2. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1 sich im Bundesgebiet aufhält, wenn
 - a) er vollziehbar ausreisepflichtig ist,
 - b) ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und
 - c) dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist,
3. entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist,
4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 zuwiderhandelt,
5. entgegen § 49 Abs. 2 eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist,
6. entgegen § 49 Abs. 10 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet,

~~6a. entgegen § 56 wiederholt einer Meldspflicht nicht nachkommt, wiederholt gegen räumliche Beschränkungen des Aufenthalts oder sonstige Auflagen verstößt oder trotz wiederholten Hinweises auf die rechtlichen Folgen einer Weigerung der Verpflichtung zur Wohnsitznahme nicht nachkommt oder entgegen § 56 Abs. 4 bestimmte Kommunikationsmittel nutzt oder bestimmte Kontaktverbote nicht beachtet,~~

6a. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht,

6b. einer vollziehbaren Anordnung nach § 56 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 oder Absatz 4 zuwiderhandelt,

6c. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 zuwiderhandelt,

7. wiederholt einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Absatz 1c zuwiderhandelt oder
8. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden.

(1a) – (7) [...]

b) Einordnung und Bewertung

§ 95 Abs. 1 Nr. 6a – 6c AufenthG-E erstrecken die bereits bisher gegebene Strafbarkeit wiederholter Verstöße gegen Maßnahmen zur Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit (Meldepflichten, räumliche Beschränkungen des Aufenthalts, Kontaktverbote) bzw. hartnäckiger Verstöße gegen Wohngebote auf Erstverstöße. Die Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtslage, die eine Ahnung von Erstverstößen aus Ordnungswidrigkeiten vorsieht, hält sich im Rahmen der Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers, zumal der vorgesehene Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe eine angemessene Handhabung von Bagatelldelikten durch die Strafverfolgungsbehörden ermöglicht (vgl. § 153 ff. StPO).

20. Ausweitung der Strafbarkeit des Einschleusens von Ausländern (Art. 1 Nr. 23 Reg)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 96 AufenthG)

§ 96 AufenthG (Einschleusen von Ausländern) soll nunmehr lauten:

§ 96 AufenthG – Einschleusen von Ausländern und Personen, auf die das Freizügigkeitsgesetz/EU Anwendung findet

(1) ¹Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, ~~eine Handlung~~

1. **eine Handlung** nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und
 - a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder
 - b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt oder
2. **eine Handlung** nach **§ 95 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 2, Absatz 1a oder Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b oder Nummer 2 oder nach § 9 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU** ~~§ 95 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b oder Nr. 2~~ zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt.

²Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat.

(2) ¹Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1

1. gewerbsmäßig handelt,
2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt,
3. eine Schusswaffe bei sich führt, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht,
4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, oder
5. den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt.

²Ebenso wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 **Satz 1** Nummer 1 Buchstabe a zugunsten eines minderjährigen ledigen Ausländers handelt, der ohne Begleitung einer personensorgeberechtigten Person oder einer dritten Person, die die Fürsorge oder Obhut für ihn übernommen hat, in das Bundesgebiet einreist, **auch wenn dieser keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat.**

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) ~~Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe a, Nr. 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2 und 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a, Nummer 2, Satz 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2 und 5, Satz 2 und Absatz 3~~ sind auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates anzuwenden, wenn

1. sie den in ~~§ 95 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 oder Abs. 2 Nr. 4~~ **§ 95 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder Absatz 2 Nummer 1** bezeichneten Handlungen entsprechen und
2. der Täter einen Ausländer unterstützt, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt.

(5) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.

b) Einordnung und Bewertung

Die Gesetzesänderung erstreckt die Strafandrohung des § 96 AufenthG (Einschleusen von Ausländern) auf die Teilnahme an einzelnen Straftaten nach dem FreizügG/EU und enthält im Übrigen v.a. redaktionelle Änderungen.

Die Neuregelung des § 96 Abs. 1 Satz 1 AufenthG-E, der eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe im Rahmen einer Schleusertätigkeit auch dann sanktioniert, wenn der eingeschleuste Ausländer selbst keine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat begangen hat, soll Fälle betreffen, in denen die Tat sehr junge Minderjährige, Bewusstlose oder in sonstiger Weise handlungsunfähige Personen betrifft.¹⁸⁴ Insoweit weist die Gesetzesbegründung zutreffend darauf hin, dass entsprechende Haupttaten gegenüber der Schleusung von handlungsfähigen bzw. volljährigen Ausländern sogar eher einen erhöhten Unrechtsgehalt aufweisen.

Nicht vollständig nachvollziehbar ist dabei, warum der Gesetzentwurf auch vom Erfordernis einer rechtswidrigen Anknüpfungstat entbindet. Denn die vom Gesetzentwurf umschriebenen Fallkonstellationen begründen zwar einen Vorsatzausschluss zugunsten des Ausländers, der nach bisheriger Rechtslage auch die akzessorische Haftung des (schleusenden) Teilnehmers entfallen lässt.¹⁸⁵ Sie lassen die Rechtswidrigkeit der Einreisehandlung aber unberührt. Demgegenüber würde die vorgeschlagene Gesetzesfassung auch – praktisch allerdings nur ausnahmsweise denkbare – Fälle erfassen, in denen die ausländerrechtlich unerlaubte Einreise strafrechtlich z.B. durch einen rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt sind. Hierfür besteht nach der Gesetzesbegründung kein Anlass.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass entsprechende Teilnahmehandlungen nach bisheriger Rechtslage nur dann als Sonderform der Schleusungsdelikte strafbar sind, wenn der Täter hierfür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) AufenthG) oder – alternativ – wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) AufenthG). Eine altruistische Schleusungshandlung zugunsten eines einzelnen Ausländers ist daher nicht mit (erhöhter) Strafe bestraft, sondern kann nur nach allgemeinen Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme sanktioniert werden.

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Formulierung, derzufolge „ebenso bestraft wird, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat“ könnte nunmehr auch so verstanden werden, dass im Falle der fehlenden vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat bereits die altruistische rechtswidrige Haupttat zugunsten „eines“ Ausländers strafbegründend wirkt. Dies ist nach der Gesetzesbegründung aber nicht beabsichtigt. Vorzugswürdig wäre daher eine Formulierung, nach der „ebenso bestraft [wird], wer **unter den Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 oder 2 AufenthG** zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche [rechtswidrige] Tat begangen hat.“

21. Folgeänderung von Bußgeldvorschriften (Art. 1 Nr. 24 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 98 AufenthG)

§ 98 AufenthG (Bußgeldvorschriften) soll nunmehr lauten:

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 50

¹⁸⁵ Vgl. BGH, Beschluss v. 24. Oktober 2018 – 1 StR 212/18 –, juris Rn. 14 ff.

(1) – (2b) [...]

(3) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 4a Absatz 3 Satz 4 oder Absatz 4, § 6 Absatz 2a, § 7 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz, § 16a Absatz 3 Satz 1, § 16b Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 7 Satz 3, § 16b Absatz 5 Satz 3 zweiter Halbsatz, § 16c Absatz 2 Satz 3, § 16d Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 Satz 2 oder Absatz 4 Satz 3, § 16f Absatz 3 Satz 4, § 17 Absatz 3 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 4, auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2, § 23 Absatz 1 Satz 4 erster Halbsatz oder § 25 Absatz 4 Satz 3 erster Halbsatz, Absatz 4a Satz 4 erster Halbsatz oder Absatz 4b Satz 4 erster Halbsatz eine selbständige Tätigkeit ausübt,
2. einer vollziehbaren Auflage nach § 12 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 4 zuwiderhandelt,
- 2a. entgegen § 12a Absatz 1 Satz 1 den Wohnsitz nicht oder nicht für die vorgeschriebene Dauer in dem Land nimmt, in dem er zu wohnen verpflichtet ist,
- 2b. einer vollziehbaren Anordnung nach § 12a Absatz 2, 3 oder 4 Satz 1 oder § 61 Absatz 1c zuwiderhandelt,
3. entgegen § 13 Abs. 1 außerhalb einer zugelassenen Grenzübergangsstelle oder außerhalb der festgesetzten Verkehrsstunden einreist oder ausreist oder einen Pass oder Passersatz nicht mitführt,
4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 **Absatz 1 Abs. 1, § 56 Absatz 1 Satz 2 oder Abs. 3** oder § 61 Absatz 1e zuwiderhandelt,
- ~~5. entgegen § 56 Absatz 1 Satz 1 eine Meldung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig macht,~~
- 5a. entgegen § 60b Absatz 2 Satz 1 nicht alle zumutbaren Handlungen vornimmt, um einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz zu erlangen,**
- ~~5a-5b. einer räumlichen Beschränkung nach § 56 Absatz 2 oder § 61 Absatz 1 Satz 1 zuwiderhandelt,~~
- ~~5b. entgegen § 60b Absatz 2 Satz 1 nicht alle zumutbaren Handlungen vornimmt, um einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz zu erlangen,~~
6. entgegen § 80 Abs. 4 einen der dort genannten Anträge nicht stellt oder
7. einer Rechtsverordnung nach § 99 Absatz 1 Nummer 3a Buchstabe d, Nummer 7, 10 oder 13a Satz 1 Buchstabe j zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

(4) [...]

(5) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 2a Nummer 1 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2a Nummer 2, 3 und 4 mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2 und des Absatzes 3 Nr. 1 und 5b mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro, in den Fällen der Absätze 1 und 2 Nr. 1, 2a und 3 und des Absatzes 3 Nr. 3 mit einer Geldbuße bis zu dreitausend Euro und in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu tausend Euro geahndet werden.

(6) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Die Streichung der jeweiligen Bußgeldvorschriften ist eine Folge der Aufwertung entsprechender Erstverstöße zu Straftaten.

Der Tausch von § 98 Abs. 3 Nrn. 5a und 5b AufenthG ist eine redaktionelle Folge der Anpassung des § 98 Abs. 3 Nr. 5b AufenthG-E, der nunmehr nur noch auf § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG verweist und daher logisch nach der auf § 60b Abs. 2 Satz 1 AufenthG verweisenden Bußgeldnorm stehen soll.¹⁸⁶

Nach dem Gesetzesentwurf führt dieser Tausch jedoch – wohl unabsichtlich – dazu, dass Verstöße gegen § 60b Abs. 2 Satz 1 AufenthG (Verletzung der besonderen Passbeschaffungspflicht für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer) nunmehr nur noch der allgemeinen Sanktionsdrohung des § 98 Abs. 5 AufenthG (Geldbuße bis zu 1.000 €) unterfallen, während Verstöße gegen § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (räumliche Beschränkung) nunmehr mit Geldbußen bis zu 5.000 € bedroht wären (§ 98 Abs. 5 Hs. 4 AufenthG).

Dies ist ersichtlich nicht beabsichtigt und sollte daher durch entsprechende Anpassung des in § 98 Abs. 5 Hs. 4 AufenthG enthaltenen Verweisung auf § 98 Abs. 3 Nr. 5b AufenthG-E korrigiert werden. Diese müsste nunmehr auf § 98 Abs. 3 Nr. 5a AufenthG-E verweisen, der Verletzungen der besonderen Passbeschaffungspflicht nach § 60b Abs. 2 Satz 1 AufenthG sanktioniert.

II. Änderungen des Asylgesetzes (Artikel 2)

1. Erweiterung der Übermittlungspflichten bei Rückkehr in das Herkunftsland (Art. 2 Nr. 2 AsylG)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 8 AsylG)

§ 8 AsylG (Übermittlung personenbezogener Daten) soll nunmehr lauten:

(1) – (1b) [...]

(1c) ¹Die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende, die mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden, die Ausländerbehörden und die deutschen Auslandsvertretungen teilen den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden mit, wenn sie von Umständen Kenntnis erlangt haben, dass **ein Ausländer, der einen Asylantrag gestellt hat**, ein Asylberechtigter oder ein Ausländer, dem internationaler Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zuerkannt **oder für den ein Abschiebungsverbot nach § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes festgestellt** worden ist, in sein Herkunftsland (§ 3 Absatz 1 Nummer 2) gereist ist. ²Die nach Satz 1 übermittelten

¹⁸⁶ BT-Drs. 20/9463, S. 51.

personenbezogenen Daten dürfen nur für die Prüfung verarbeitet werden, ob die Voraussetzungen für **die Einstellung des Asylverfahrens oder die Ablehnung eines Asylantrags nach § 33 Absatz 1 und 3 oder für einen Widerruf oder eine Rücknahme der Asylberechtigung ~~oder~~**, des internationalen Schutzes **oder der Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen.**

(2) – (5) [...]

b) Einordnung und Bewertung

§ 8 Abs. 1c AsylG-E erweitert die bereits bestehenden Mitteilungspflichten der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende, der mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörden, der Ausländerbehörden und der deutschen Auslandsvertretungen gegenüber den mit der Ausführung des Asylgesetzes um weitere Fallkonstellationen, in denen die Kenntnis von einer Rückkehr in das Herkunftsland für den weiteren Ablauf des Verfahrens von Bedeutung sein kann. Die Regelung ist sachgerecht und wirkt angesichts der geringen Persönlichkeitsrelevanz der mitgeteilten Information und der ausdrücklichen Zweckbindung keine datenschutzrechtlichen Bedenken auf.

2. Neuregelung der Abschiebungshaft bei Asylantragstellung (Art. 2 Nr. 3 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 14 AsylG)

§ 14 AsylG (Antragstellung) soll nunmehr lauten:

(1) [...]

(2) ¹Der Asylantrag ist beim Bundesamt zu stellen, wenn der Ausländer

1. einen Aufenthaltstitel mit einer Gesamtgeltungsdauer von mehr als sechs Monaten besitzt,
2. sich in Haft oder sonstigem öffentlichem Gewahrsam, in einem Krankenhaus, einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in einer Jugendhilfeeinrichtung befindet, oder
3. minderjährig ist und sein gesetzlicher Vertreter nicht verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen.

²Die Ausländerbehörde leitet einen bei ihr eingereichten schriftlichen Antrag unverzüglich dem Bundesamt zu. ³Das Bundesamt bestimmt die für die Bearbeitung des Asylantrags zuständige Außenstelle.

(3) ~~⁴Befindet sich der Ausländer in den Fällen des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 2 in~~

~~1. Untersuchungshaft,~~

~~2. Strafhaft,~~

- ~~3. Vorbereitungshaft nach § 62 Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes,~~
- ~~4. Sicherungshaft nach § 62 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 des Aufenthaltsgesetzes, weil er sich nach der unerlaubten Einreise länger als einen Monat ohne Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufgehalten hat,~~
- ~~5. Sicherungshaft nach § 62 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und 3 des Aufenthaltsgesetzes,~~
- ~~6. Mitwirkungshaft nach § 62 Absatz 6 des Aufenthaltsgesetzes,~~
- ~~7. Ausreisegewahrsam nach § 62b des Aufenthaltsgesetzes,~~

~~steht die Asylantragstellung der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft nicht entgegen.~~

¹Befindet sich der Ausländer in Haft oder sonstigem öffentlichem Gewahrsam oder lagen zum Zeitpunkt der Stellung des Asylantrags die Voraussetzungen der Abschiebungshaft vor, so steht die Stellung des Asylantrags der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft nicht entgegen. ²Dem Ausländer ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, mit einem Rechtsbeistand seiner Wahl Verbindung aufzunehmen, es sei denn, er hat sich selbst vorher anwaltlichen Beistands versichert. ³Die Abschiebungshaft endet mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesamtes, spätestens jedoch vier Wochen nach Eingang des Asylantrags beim Bundesamt, es sei denn, es wurde auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages über die Zuständigkeit für die Durchführung von Asylverfahren ein Auf- oder Wiederaufnahmeersuchen an einen anderen Staat gerichtet oder der Asylantrag wurde ~~als unzulässig nach § 29 Absatz 1 Nummer 4 oder als offensichtlich unbegründet~~ abgelehnt.

b) Einordnung und Bewertung

Der Sachverständige hatte bereits in der Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verschiebung des Zensus in das Jahr 2022 und zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes vom 25. September darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 14 Abs. 3 AsylG den Anforderungen des Art. 8 Abs. 3 UA 1 lit. d) der RL 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung)¹⁸⁷ (AufnRL) nicht entspricht.¹⁸⁸ Denn dieser erlaubt die Inhaftnahme eines Asylantragstellers nur dann, wenn dieser sich aufgrund eines Rückkehrverfahrens gemäß der Rückführungsrichtlinie zur Vorbereitung seiner Rückführung und/oder Fortsetzung des Abschiebungsverfahrens in Haft befindet und 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. Das letztgenannte

¹⁸⁷ Richtlinie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung).

¹⁸⁸ Vgl. Wittmann, BT-Drs.(A)19(4)625, S. 34, Fn. 113.

Missbrauchskriterium findet sich weder in § 14 Abs. 3 AsylG noch in sonstigen Bestimmungen des deutschen Abschiebungsrechts wieder.¹⁸⁹

Der Gesetzentwurf enthält keine Anpassung an diese europarechtlichen Vorgaben. Er erweitert die Zulassung von Abschiebungshaft vielmehr auf Fälle, in denen der Betroffene sich im Zeitpunkt der Asylantragstellung nicht in Haft befand, die Haftvoraussetzungen aber objektiv vorgelegen hatten. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt dies mit dem Umstand, dass die Reihenfolge von Asylantragstellung und Inhaft- oder Ingewahrsamnahme regelmäßig von verschiedenen Faktoren beeinflusst werden, so dass die Möglichkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft im Einzelfall vom Zufall abhängt und die bisherige Rechtslage Fehlanreize zur Asylantragstellung aus asylfremden Gründen schafft.¹⁹⁰ Sie übersieht dabei aber, dass die bisherige Rechtslage durch den Wortlaut des Art. 3 UA 1 lit. d) AufnRL vorgegeben ist, der gerade keine Gleichstellung beider Fallkonstellationen vorsieht.¹⁹¹ Sie übersieht weiterhin, dass das Vorliegen von Haftgründen dem Betroffenen oftmals nicht bekannt sein wird, so dass beide Fallkonstellationen auch wertungsmäßig nicht ohne weiteres gleichgestellt werden können.

Zur Begründung der Vereinbarkeit mit Unionsrecht verweist die Gesetzesbegründung demgegenüber auf Art. 3 UA 1 lit. e) AufnRL, der eine Inhaftnahme „aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“ ermöglicht.¹⁹² Sie übersieht hierbei jedoch, dass die in Art. 8 Abs. 3 UA 1 AufnRL abschließend aufgezählten Haftgründe nach der Rechtsprechung des EuGH jeweils besonderen Bedürfnissen entsprechend und einen autonomen Charakter aufweisen,¹⁹³ so dass vieles für eine Sperrwirkung des Art. 3 UA 1 lit. d) AufnRL hinsichtlich der Verhängung von Abschiebungshaft spricht.¹⁹⁴ Keinesfalls kann das Vorliegen von „Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“ dabei alleine mit der Gefahr einer Vereitelung des Abschiebungserfolgs durch die (unterstellt) missbräuchliche Asylantragstellung begründet werden, weil Art. 8 Abs. 3 UA 1 lit. d) AufnRL sonst seine eigenständige Bedeutung verlöre.¹⁹⁵ Dass die Anordnung der Abschiebungshaft in den Fällen des § 14 Abs. 3 AsylG-E stets aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung erfolgt, ist auch durch die Bestimmungen des § 62 AufenthG nicht sichergestellt. Es kann auch nicht aus dem tatbestandlichen Erfordernis des Vorliegens der Voraussetzungen von „Haft oder sonstigem öffentlichem Gewahrsam“ hergeleitet werden, da das Fortbestehen entsprechender Haftgründe bei der in § 14 Abs. 3 AsylG-E vorgesehenen Überleitung in eine reine Abschiebungshaft nicht sichergestellt ist. Die Neuregelung begegnet daher erheblichen unionsrechtlichen Bedenken.

Nach § 14 Abs. 3 Satz 3 AufenthG-E soll die Abschiebungshaft in den Fällen des § 14 Abs. 4 Satz 1 AufenthG-E nunmehr nur noch dann mit Zustellung der Entscheidung

¹⁸⁹ Vgl. hierzu bereits *Wittmann*, BT-Drs.(A)19(4)625, S. 18 ff.

¹⁹⁰ BT-Drs. 20/9463, S. 51 f.

¹⁹¹ Vgl. hierzu bereits *Wittmann*, BT-Drs.(A)19(4)625, S. 21.

¹⁹² Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 52.

¹⁹³ Vgl. EuGH (GK), Urteil vom 15. Februar 2016 – C-601/15 PPU [J.N.] –, Rn. 59.

¹⁹⁴ Vgl. *Wittmann*, BT-Drs.(A)19(4)625, S. 22 f.

¹⁹⁵ So aber BT-Drs. 20/9463, S. 52.

des Bundesamts enden, wenn der Asylantrag nicht abgelehnt wurde. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt dies mit der Erwägung, dass in Abschiebungshaft befindliche Ausländer, die einen Asylantrag gestellt haben, nicht besser gestellt werden sollten als solche Abschiebungshäftlinge, die keinen Asylantrag gestellt haben.¹⁹⁶ Dies ist im Grunde nachvollziehbar. Die Gesetzesbegründung weist jedoch selbst darauf hin, dass die Fortdauer der Abschiebungshaft in entsprechenden Fällen stets den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen muss.¹⁹⁷ Hierzu gehört neben der Einhaltung der in § 62 Abs. 4 AufenthG normierten Maximaldauer auch die Beachtung des in § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG-E bezeichneten Prognosehorizonts von (grundsätzlich) drei (bzw. nunmehr sechs)¹⁹⁸ Monaten, innerhalb der eine Abschiebung möglich sein muss.

Dies dürfte in den von der Neuregelung erfassten Fällen jedoch in aller Regel nicht gewährleistet sein. Denn in Fällen, in denen der Asylantrag lediglich als „einfach unbegründet“ abgelehnt wird, kann eine Abschiebung jedenfalls nicht vor Eintritt der Bestandskraft der Entscheidung des Bundesamts erfolgen.¹⁹⁹ Auf den gesetzlichen Prognosehorizont von sechs Monaten sind daher neben der Dauer bis zum Erlass und zur Zustellung des Bescheids des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge²⁰⁰ auch die gesetzliche Klagefrist von zwei Wochen,²⁰¹ die – für die mit dem Abschiebungsvollzug befassten Behörden und Gerichte zudem kaum prognostizierbare – Verfahrensdauer bis zur Zustellung einer verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheentscheidung,²⁰² die gesetzliche Rechtsmittel(begründungs)frist von einem Monat²⁰³ und die Dauer bis zur Zustellung einer Entscheidung über die (Nicht)zulassung der Berufung anzurechnen, wenn der Betroffene – wie regelmäßig – den Rechtsweg ausschöpft. Nimmt man hinzu, dass auch die Abschiebungsorganisation regelmäßig einen erheblichen Vorlauf benötigt, dürften die Voraussetzungen des § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG im Fall einer Ablehnung des Asylantrags als einfach unbegründet regelmäßig nicht vorliegen.

3. Klarstellung zum Umfang von Mitwirkungspflichten (Art. 2 Nr. 4 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 15 AsylG)

§ 15 AsylG (Allgemeine Mitwirkungspflichten) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Der Ausländer ist persönlich verpflichtet, bei der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken. ²Dies gilt auch, wenn er sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lässt.

¹⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 52.

¹⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 52.

¹⁹⁸ Vgl. § 62 Abs. 3 Satz 2 AufenthG-E.

¹⁹⁹ Vgl. § 67 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 4 und 6 AsylG.

²⁰⁰ Nach § 14 Abs. 3 Satz 3 AufenthG-E bis zu 4 Wochen.

²⁰¹ Vgl. § 74 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 AsylG.

²⁰² Einschließlich der gesetzlichen Klagebegründungsfrist von einem Monat (§ 74 Abs. 2 Satz 1 AsylG) und der gesetzlichen Ladungsfrist von mindestens zwei Wochen (§ 102 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

²⁰³ Vgl. § 78 Abs. 4 Satz 1 AsylG.

(2) Er ist insbesondere verpflichtet,

1. den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden die erforderlichen Angaben **wahrheitsgemäß und nach bestem Wissen und Gewissen** mündlich und nach Aufforderung auch schriftlich zu machen;
2. das Bundesamt unverzüglich zu unterrichten, wenn ihm ein Aufenthaltstitel erteilt worden ist;
3. den gesetzlichen und behördlichen Anordnungen, sich bei bestimmten Behörden oder Einrichtungen zu melden oder dort persönlich zu erscheinen, Folge zu leisten;
4. seinen Pass oder Passersatz den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen;
5. alle erforderlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, die in seinem Besitz sind, den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen;
6. im Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes an der Beschaffung eines Identitätspapiers mitzuwirken und auf Verlangen alle Datenträger, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können und in deren Besitz er ist, den mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen;
7. die vorgeschriebenen erkennungsdienstlichen Maßnahmen zu dulden.

(3) Erforderliche Urkunden und sonstige Unterlagen nach Absatz 2 Nr. 5 sind insbesondere

1. alle Urkunden und Unterlagen, die neben dem Pass oder Passersatz für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können,
2. von anderen Staaten erteilte Visa, Aufenthaltstitel und sonstige Grenzübertrittspapiere,
3. Flugscheine und sonstige Fahrausweise,
4. Unterlagen über den Reiseweg vom Herkunftsland in das Bundesgebiet, die benutzten Beförderungsmittel und über den Aufenthalt in anderen Staaten nach der Ausreise aus dem Herkunftsland und vor der Einreise in das Bundesgebiet sowie
5. alle sonstigen Urkunden und Unterlagen, auf die der Ausländer sich beruft oder die für die zu treffenden asyl- und ausländerrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen einschließlich der Feststellung und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit in einen anderen Staat von Bedeutung sind.

(4) ¹Die mit der Ausführung dieses Gesetzes betrauten Behörden **sowie die Aufnahmeeinrichtungen** können den Ausländer und Sachen, die von ihm mitgeführt werden, durchsuchen, wenn der Ausländer seinen Verpflichtungen nach ~~Absatz 2 Nr. 4 und 5~~ **Absatz 2 Nummer 4 und 5** nicht nachkommt sowie nicht gemäß Absatz 2 Nummer 6 auf Verlangen die Datenträger vorlegt, aushändigt oder überlässt und Anhaltspunkte bestehen, dass er im Besitz solcher Unterlagen oder Datenträger ist.

²Der Ausländer darf nur von einer Person gleichen Geschlechts durchsucht werden.

(5) Durch die Rücknahme des Asylantrags werden die Mitwirkungspflichten des Ausländers nicht beendet.

b) Einordnung und Bewertung

Die Gesetzesänderung hat im Wesentlichen klarstellende Wirkung²⁰⁴ und wirft keine grundsätzlichen Rechtsfragen auf.

4. Neufassung der Vorschriften zur Auswertung von Datenträgern (Art. 2 Nr. 5 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 15a AsylG)

§ 15a AsylG (Auswertung von Datenträgern) soll nunmehr lauten:

§ 15a **Auslesen und Auswertung von Datenträgern**

~~(1) ¹Die Auswertung von Datenträgern ist nur zulässig, soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers nach § 15 Absatz 2 Nummer 6 erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann. ²§ 48 Absatz 3a Satz 2 bis 7 und § 48a des Aufenthaltsgesetzes gelten entsprechend.~~

(1) ¹Das Auslesen von Datenträgern, einschließlich mobiler Geräte und Cloud-Dienste, ist zum Zwecke der Sicherstellung einer Auswertung nach Absatz 2 zulässig, wenn es zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit erforderlich ist, da der Ausländer keinen gültigen Pass, Passersatz oder sonstigen geeigneten Identitätsnachweis besitzt. ²Der Ausländer hat die notwendigen Zugangsdaten für ein zulässiges Auslesen der Datenträger zur Verfügung zu stellen; § 48a des Aufenthaltsgesetzes gilt entsprechend.

~~(2) Für die in Absatz 1 genannten Maßnahmen ist das Bundesamt zuständig.~~

(2) ¹Das Auswerten der ausgelesenen Daten ist nur zulässig, soweit dies für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers nach § 15 Absatz 2 Nummer 6 erforderlich ist und der Zweck der Maßnahme nicht durch mildere Mittel erreicht werden kann. ²Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. ³Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch die Auswertung von Datenträgern erlangt werden, dürfen nicht verwertet werden. ⁴Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. ⁵Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen. ⁶Die Datenträger dürfen nur von einem Bediensteten ausgewertet werden, der die Befähigung zum Richteramt hat.

²⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9464, S: 52.

(3) ¹Ausgelesene Daten sind unverzüglich zu löschen, sobald sie für die Feststellung der Identität oder Staatsangehörigkeit nicht mehr erforderlich sind. ²Das Auslesen, Auswerten und Löschen von Daten ist in der Asylakte zu dokumentieren. ³Durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen nach den Artikeln 24, 25 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 ist sicherzustellen, dass kein unberechtigter Zugriff auf die ausgelesenen Daten erfolgt.

(4) Für die in den Absätzen 1 bis 3 genannten Maßnahmen ist das Bundesamt zuständig.

b) Einordnung und Bewertung

Die Neufassung der Vorschriften über die Befugnisse des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge zur Auswertung von Datenträgern zur Identitätsklärung entspricht im Wesentlichen der Neufassung des § 48 Abs. 3a und Abs. 3b AufenthG-E, so dass auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.²⁰⁵

Die (inhaltlich gegenüber § 15a Abs. 2 AsylG a.F. in der Sache unveränderte) Vorschrift des § 48 Abs. 4 AufenthG-E wirft auch weiterhin erhebliche Abgrenzungsprobleme zu den Zuständigkeiten und Befugnissen der Ausländerbehörden nach § 48 Abs. 3a und 3b AufenthG-E auf. Insoweit kann ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen zu diesen Vorschriften verwiesen werden. Hier besteht erheblicher Klärungsbedarf.²⁰⁶

5. Neufassung der Vorschriften über die Ablehnung von Asylanträgen als offensichtlich unbegründet (Art. 2 Nrn. 6 und 8 RegE)

a) § 30 AsylG

aa) Bisherige Gesetzesfassung (§ 30 AsylG)

§ 30 Offensichtlich unbegründete Asylanträge

(1) Ein Asylantrag ist offensichtlich unbegründet, wenn die Voraussetzungen für eine Anerkennung als Asylberechtigter und die Voraussetzungen für die Zuerkennung des internationalen Schutzes offensichtlich nicht vorliegen.

(2) Ein Asylantrag ist insbesondere offensichtlich unbegründet, wenn nach den Umständen des Einzelfalles offensichtlich ist, dass sich der Ausländer nur aus wirtschaftlichen Gründen oder um einer allgemeinen Notsituation zu entgehen, im Bundesgebiet aufhält.

(3) Ein unbegründeter Asylantrag ist als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn

²⁰⁵ Vgl. oben S. 26.

²⁰⁶ Vgl. oben S. 30.

1. in wesentlichen Punkten das Vorbringen des Ausländers nicht substantiiert oder in sich widersprüchlich ist, offenkundig den Tatsachen nicht entspricht oder auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel gestützt wird,
2. der Ausländer im Asylverfahren über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder diese Angaben verweigert,
3. er unter Angabe anderer Personalien einen weiteren Asylantrag oder ein weiteres Asylbegehren anhängig gemacht hat,
4. er den Asylantrag gestellt hat, um eine drohende Aufenthaltsbeendigung abzuwenden, obwohl er zuvor ausreichend Gelegenheit hatte, einen Asylantrag zu stellen,
5. er seine Mitwirkungspflichten nach § 13 Abs. 3 Satz 2, § 15 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 oder § 25 Abs. 1 gröblich verletzt hat, es sei denn, er hat die Verletzung der Mitwirkungspflichten nicht zu vertreten oder ihm war die Einhaltung der Mitwirkungspflichten aus wichtigen Gründen nicht möglich,
6. er nach §§ 53, 54 des Aufenthaltsgesetzes vollziehbar ausgewiesen ist oder
7. er für einen nach diesem Gesetz handlungsunfähigen Ausländer gestellt wird oder nach § 14a als gestellt gilt, nachdem zuvor Asylanträge der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils unanfechtbar abgelehnt worden sind.

(4) Ein Asylantrag ist ferner als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn die Voraussetzungen des § 60 Abs. 8 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes oder des § 3 Abs. 2 vorliegen oder wenn das Bundesamt nach § 60 Absatz 8 Satz 3 des Aufenthaltsgesetzes von der Anwendung des § 60 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes abgesehen hat.

(5) Ein beim Bundesamt gestellter Antrag ist auch dann als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn es sich nach seinem Inhalt nicht um einen Asylantrag im Sinne des § 13 Abs. 1 handelt.

bb) Geplante Gesetzesfassung (§ 30 AsylG-E)

§ 30 AsylG (Offensichtlich unbegründete Asylanträge) soll nunmehr lauten:

(1) Ein unbegründeter Asylantrag ist als offensichtlich unbegründet abzulehnen, wenn der Ausländer

1. im Asylverfahren nur Umstände vorgebracht hat, die für die Prüfung des Asylantrags nicht von Belang sind,
2. eindeutig unstimmmige und widersprüchliche, eindeutig falsche oder offensichtlich unwahrscheinliche Angaben gemacht hat, die im Widerspruch zu hinreichend gesicherten Herkunftslandinformationen stehen, sodass die Begründung für seinen Asylantrag offensichtlich nicht überzeugend ist,
3. die Behörden durch falsche Angaben oder Dokumente oder durch Verschweigen wichtiger Informationen oder durch Zurückhalten von Dokumenten über seine Identität oder Staatsangehörigkeit offensichtlich getäuscht hat,

4. ein Identitäts- oder ein Reisedokument, das die Feststellung seiner Identität oder Staatsangehörigkeit ermöglicht hätte, mutwillig vernichtet oder beseitigt hat oder die Umstände offensichtlich diese Annahme rechtfertigen,
5. sich weigert, der Verpflichtung zur Abnahme seiner Fingerabdrücke gemäß der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Eurodacs auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 1) nachzukommen,
6. den Asylantrag nur zur Verzögerung oder Behinderung der Vollstreckung einer bereits getroffenen oder unmittelbar bevorstehenden Entscheidung, die zu seiner Abschiebung führen würde, gestellt hat,
7. aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung ausgewiesen wurde oder es schwerwiegende Gründe für die Annahme gibt, dass er eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung darstellt,
8. einen Folgeantrag (§ 71 Absatz 1) oder einen Zweitantrag (§ 71a Absatz 1) gestellt hat und ein weiteres Asylverfahren durchgeführt wurde oder
9. entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot in das Bundesgebiet eingereist ist.

(2) Auf unbegleitete Minderjährige findet Absatz 1 Nummer 1 bis 6 keine Anwendung.

b) Geplante Gesetzesfassung (§ 31 AsylG)

§ 31 AsylG (Entscheidung des Bundesamtes über Asylanträge) soll nunmehr lauten:

(1) [...]

(2) In Entscheidungen über zulässige Asylanträge ~~und nach § 30 Absatz 5~~ ist ausdrücklich festzustellen, ob dem Ausländer die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutz zuerkannt wird und ob er als Asylberechtigter anerkannt wird. In den Fällen des § 13 Absatz 2 Satz 2 ist nur über den beschränkten Antrag zu entscheiden.

(3) – (7) [...]

c) Einordnung und Bewertung

aa) Inhaltliche Bewertung

Die geplante Gesetzesänderung dient der Umsetzung des Art. 32 Abs. 2 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 RL 2013/32/EU zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung)²⁰⁷ (VerfRL) und ist daher unionsrechtlich geboten. Sie entspricht weitgehend unionsrechtlichen Vorgaben.

Die Ablehnungsgründe des § 30 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 4, 5, 6, 7 und 8 AsylG-E entsprechen inhaltlich – bis auf kleinere sprachliche Abweichungen – den in Art. 31 Abs. 3 lit. a), e), d), i), g), j) und f) VerfRL genannten Tatbeständen.²⁰⁸ Demgegenüber werfen die Ablehnungstatbestände des § 30 Abs. 3 Nr. 3 und 9 AsylG-E unionsrechtliche Fragen auf.

Der Ablehnungsgrund des § 30 Abs. 3 Nr. 3 AsylG-E ist an Art. 31 Abs. 8 lit. c) VerfRL angelehnt. Er weicht jedoch in zweierlei Hinsicht hiervon ab: Zum einen verlangt er anders als die unionsrechtliche Vorlage eine „offensichtliche“ Täuschung. Dies ist letztlich unproblematisch, da Art. 31 Abs. 8 VerfRL von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt werden muss und Art. 5 VerfRL insoweit für den Betroffenen günstigere Bestimmungen ermöglicht. Zum anderen verzichtet der Ablehnungsgrund jedoch auf die in der Richtlinie vorgesehene Einschränkung, dass sich die verschwiegenen Informationen bzw. zurückgehaltenen Dokumente „negativ auf die Entscheidung hätten auswirken können“. Ein sachlicher Grund für diese Abweichung ist nicht ersichtlich, da sich das Verschweigen irrelevanter Umstände nicht auf den Verfahrensausgang auswirken kann. Insbesondere kann die Einschränkung nicht unter das im nationalen Recht vorgesehene Offensichtlichkeitskriterium subsumiert werden, da auch über irrelevante Umstände offensichtlich getäuscht werden kann. Die Abweichung kann auch nicht unter Anwendung des Art. 5 VerfRL gerechtfertigt werden, da sie keine für die Betroffenen günstigere Regelung darstellt.

Demgegenüber fehlt es für den in § 30 Abs. 1 Nr. 9 AsylG-E vorgesehenen Ablehnungsgrund, der sich alleine auf die Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot stützt, gänzlich an einer unionsrechtlichen Grundlage. Eine solche behauptet auch die Gesetzesbegründung nicht. Sie führt vielmehr aus, dass der Betroffene durch die Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eine Straftat bestehe und dies vom Unrechtsgehalt mit den in § 30 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 5, 6 und 7 AsylG-E aufgeführten Konstellationen vergleichbar sei.²⁰⁹ Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass der insoweit abschließende Katalog des Art. 31 Abs. 8 VerfRL keine entsprechende Klausel enthält. Im Gegenteil zeigt der (in § 30 Abs. 1 AsylG-E nicht umgesetzte) Ablehnungstatbestand des Art. 31 Abs. 8 lit. h) VerfRL, dass die unerlaubte Einreise nach der Richtlinie nur dann als Grund für eine Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet herangezogen werden kann, wenn der Betroffene es ohne stichhaltigen Grund versäumt hat, zum angesichts der Umstände seiner Einreise frühestmöglichen Zeitpunkt bei den Behörden vorstellig zu werden oder einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. Ebenso wenig lässt sich behaupten, dass die Einreise unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot für sich genommen eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die

²⁰⁷ Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

²⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 54 f.

²⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 55.

öffentliche Ordnung im Sinne des Art. 31 Abs. 8 lit. j) VerfRL begründet. Der in § 30 Abs. 1 Nr. 9 AsylG-E vorgesehene Ablehnungstatbestand ist daher unionsrechtswidrig und darf daher nicht umgesetzt werden.

bb) Fehlen einer Übergangsregelung

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzentwurf keine Übergangsregelung für Fälle enthält, in denen die Ablehnungsentscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge noch auf Grundlage des § 30 AsylG a.F. ergangen ist. Aufgrund der allgemeinen Regelung des § 77 Abs. 1 Satz 1 AsylG, nach dem die Verwaltungsgerichte in Streitigkeiten nach dem Asylgesetz auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellen, wäre die Rechtmäßigkeit entsprechender Entscheidungen nach Inkrafttreten der Neuregelung daher anhand der Neuregelung zu bewerten, obwohl das Bundesamt deren Voraussetzungen gar nicht geprüft hat.

Dies ist geeignet, jedenfalls in einem mehrmonatigen Übergangszeitraum erheblichen Mehraufwand bei den Verwaltungsgerichten – und ggf. eine vermeidbare Kostenbelastung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, die aus einer partiellen Aufhebung entsprechender Bescheide folgt – herbeizuführen. Denn trotz gewisser Parallelen zwischen Alt- und Neuregelung können die in § 30 Abs. 1 AsylG-E bezeichneten Ablehnungsgründe nicht ohne weiteres auf vergleichbare Regelungen des § 30 Abs. 3 AsylG a.F. zurückgeführt werden, zumal die Neuregelung für die Betroffenen zum Teil günstiger ausfällt. Jedenfalls entsteht hier ein erheblicher Prüfungsaufwand der Verwaltungsgerichte, der durch eine geeignete Übergangsregelung vermieden werden könnte.²¹⁰ Dieser Mehraufwand steht im Widerspruch zum Zweck der Regelung des § 30 AsylG-E, der u.a. durch die sofortige Vollziehbarkeit entsprechender Bescheide zu einer Beschleunigung der Asylverfahren und der Abschiebungsvorgänge beitragen soll.²¹¹ Die Diskrepanz zwischen Alt- und Neuregelung kann insbesondere dazu führen, dass die Verwaltungsgerichte in größerem Umfang die aufschiebende Wirkung entsprechender Klagen anordnen, weil sich das bisherige Offensichtlichkeitsurteil nach Inkrafttreten der Neuregelung nicht mehr aufrechterhalten lässt.²¹²

Eine geeignete Übergangsregelung könnte etwa lauten:

„Auf Fälle, in denen Entscheidungen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vor dem XXX zugestellt²¹³ wurden, findet § 30 AsylG in der bei Erlass des Bescheides geltenden Fassung Anwendung.“

²¹⁰ Die Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, die Vereinbarkeit der Altregelung mit Art. 31 Abs. 8 VerfRL zu prüfen, bleibt hiervon unberührt.

²¹¹ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 55.

²¹² Vgl. § 36 AsylG.

²¹³ Alternativ könnte auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem sich das Bundesamt der Entscheidung entäußert hat. Dies ist jedoch nicht immer zuverlässig feststellbar und wirft daher ggf. weiteren Ermittlungsaufwand auf. Ein Abstellen auf den im Bescheid bezeichneten Zeitpunkt wäre nicht

6. Ausweitung des beschleunigten Verfahrens (Art. 2 Nr. 7 RegE)
a) Geplante Gesetzesfassung (§ 30a AsylG)

§ 30a AsylG (Beschleunigte Verfahren) soll nunmehr lauten:

(1) Das Bundesamt kann das Asylverfahren in einer Außenstelle, die einer besonderen Aufnahmeeinrichtung (§ 5 Absatz 5) zugeordnet ist, beschleunigt durchführen, wenn der Ausländer

1. Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates (§ 29a) ist,
2. die Behörden durch falsche Angaben oder Dokumente oder durch Verschweigen wichtiger Informationen oder durch Zurückhalten von Dokumenten über seine Identität oder Staatsangehörigkeit offensichtlich getäuscht hat,
3. ein Identitäts- oder ein Reisedokument, das die Feststellung seiner Identität oder Staatsangehörigkeit ermöglicht hätte, mutwillig vernichtet oder beseitigt hat, oder die Umstände offensichtlich diese Annahme rechtfertigen,
4. einen Folgeantrag gestellt hat,
5. den Antrag nur zur Verzögerung oder Behinderung der Vollstreckung einer bereits getroffenen oder unmittelbar bevorstehenden Entscheidung, die zu seiner Abschiebung führen würde, gestellt hat,
6. sich weigert, der Verpflichtung zur Abnahme seiner Fingerabdrücke gemäß der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europols auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl. L 180 vom 29.6.2013, S. 1) nachzukommen, ~~oder~~
7. aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung ausgewiesen wurde oder es schwerwiegende Gründe für die Annahme gibt, dass er eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung darstellt ~~oder~~
8. **entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot in das Bundesgebiet eingereist ist.**

sachgerecht, da dieser ggf. erheblich vom eigentlichen Erlass- und Bekanntgabzeitpunkt abweichen kann.

(2) Macht das Bundesamt von Absatz 1 Gebrauch, so entscheidet es innerhalb einer Woche ab Stellung des Asylantrags. Kann es nicht innerhalb dieser Frist entscheiden, dann führt es das Verfahren als nicht beschleunigtes Verfahren fort.

(3) ¹Ausländer, deren Asylanträge im beschleunigten Verfahren nach dieser Vorschrift bearbeitet werden, sind verpflichtet, bis zur Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag in der für ihre Aufnahme zuständigen besonderen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Die Verpflichtung nach Satz 1 gilt darüber hinaus bis zur Ausreise oder bis zum Vollzug der Abschiebungsandrohung oder -anordnung bei

1. einer Einstellung des Verfahrens oder
2. einer Ablehnung des Asylantrags
 - a) nach § 29 Absatz 1 Nummer 4 als unzulässig,
 - b) nach § 29a oder § 30 als offensichtlich unbegründet oder
 - c) im Fall des § 71 Absatz 4.

²Die §§ 48 bis 50 bleiben unberührt.

b) Einordnung und Bewertung

Die Neuregelung soll die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens auch in Fällen ermöglichen, in denen der Betroffene unter Verstoß gegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot eingereist ist.

Die vorgesehene Neuregelung des § 30a Abs. 1 Nr. 8 AsylG-E ist indes unionsrechtswidrig, da sie keiner der in Art. 31 Abs. 8 VerfRL abschließend umschriebenen Fallgruppen entspricht. Insoweit kann auf die entsprechenden Ausführungen zu § 30 Abs. 1 Nr. 9 AsylG-E verwiesen werden.

Unabhängig davon hat das sog. „beschleunigte Verfahren“ nach den Erfahrungen des Sachverständigen in der Praxis nahezu keine Bedeutung erlangt, da seine Voraussetzungen in keinem Verhältnis zum mit seiner Durchführung verbundenen praktischen Ertrag stehen.

7. Umsetzung der Anforderungen der Rückführungsrichtlinie an den Erlass einer Abschiebungsandrohung (Art. 2 Nr. 9 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 34 AsylG)

§ 34 AsylG (Abschiebungsandrohung) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Das Bundesamt erlässt nach den §§ 59 und 60 Absatz 10 des Aufenthaltsgesetzes eine schriftliche Abschiebungsandrohung, wenn

1. der Ausländer nicht als Asylberechtigter anerkannt wird,
2. dem Ausländer nicht die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird,

- 2a. dem Ausländer kein subsidiärer Schutz gewährt wird,
3. die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 und 7 des Aufenthaltsgesetzes nicht vorliegen oder die Abschiebung ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen des § 60 Absatz 7 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes ausnahmsweise zulässig ist ~~und~~ ,
- 4. der Abschiebung weder das Kindeswohl noch familiäre Bindungen noch der Gesundheitszustand des Ausländers entgegenstehen und**
- ~~4~~ **5. der Ausländer keinen Aufenthaltstitel besitzt.**

²Eine Anhörung des Ausländers vor Erlass der Abschiebungsandrohung ist nicht erforderlich. ³Im Übrigen bleibt die Ausländerbehörde für Entscheidungen nach § 59 Absatz 1 Satz 4 und Absatz 6 des Aufenthaltsgesetzes zuständig.

(2) Die Abschiebungsandrohung soll mit der Entscheidung über den Asylantrag verbunden werden. Wurde kein Bevollmächtigter für das Verfahren bestellt, sind die Entscheidungsformel der Abschiebungsandrohung und die Rechtsbehelfsbelehrung dem Ausländer in eine Sprache zu übersetzen, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann.

b) Einordnung und Bewertung

Bei formaler Betrachtung erweitert die Neuregelung das Prüfprogramm des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge und trägt so nicht zur Beschleunigung der Asylverfahren bzw. des Abschiebungsvollzugs bei. Inhaltlich entspricht die Änderung jedoch der gegenwärtigen Rechtslage, wie sie sich aus der – für die deutschen Behörden und Gerichte unmittelbar verbindlichen – Auslegung der Rückführungsrichtlinie durch den EuGH ergibt. Eine Umsetzung mittels nationaler Regelung ist daher verpflichtend und sachgerecht.²¹⁴

Insbesondere ist es sachgerecht, dass der Bundesgesetzgeber im Hinblick auf die Abschiebungsandrohung nach § 34 Abs. 1 AsylG von einer Umsetzung der Opt-Out-Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL keinen Gebrauch macht. Denn unabhängig von den allgemeinen Bedenken gegenüber der Vereinbarkeit der Systematik des deutschen Straf- und Ausländerrechts mit der Funktionsweise der Opt-Out-Klausel werden die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RfRL bei abgelehnten Asylbewerbern regelmäßig nicht vorliegen.²¹⁵

²¹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 56.

²¹⁵ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis eines Entstehens der Rückkehrverpflichtung in Folge der strafgerichtlichen Verurteilung, das bei unerlaubt eingereisten Asylbewerbern regelmäßig nicht erfüllt sein wird. Im Übrigen bleibt die Geltung einer Aufenthaltsgestattung durch eine strafgerichtliche Verurteilung ohnehin unberührt (vgl. 67 Abs. 1 AsylG). Vgl. zum Kausalitätserfordernis VG Karlsruhe, Urteil v. v. 27. Februar 2023 – 19 K 4230/21 –, juris Rn. 104 sowie *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 11 Rn. 35.

In der Praxis wirft die unmittelbare Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung ohne flankierende Begleitregelung jedoch erhebliche Folgeprobleme auf, denen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens begegnet werden sollte.

Mit der Prüfung zielstaatsbezogener gesundheitlicher Fragestellungen ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge seit jeher vertraut, da es zur Prüfung zielstaatsbezogener Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG verpflichtet ist und bzgl. der gesundheitlichen Versorgungssituation in den jeweiligen Zielstaaten über reichhaltige Erkenntnisse verfügt. Mit der Prüfung gesundheitsbezogener inlandsbezogener Abschiebungshindernisse (wie z.B. der Suizidgefahr des Betroffenen im Verlauf einer Abschiebung) oder der Prüfung der Auswirkungen einer Abschiebung auf das Kindeswohl bzw. bestehende familiäre Bindungen wachsen dem Bundesamt jedoch klassische Aufgaben an, die sich alleine auf innerstaatliche Sachverhalte beziehen und nach bisheriger Rechtslage alleine den Ausländerbehörden zukommen.

Für diese Prüfung fehlt dem Bundesamt nach der bisherigen Praxiserfahrung mit der Umsetzung der Entscheidungen des EuGH zu Art. 5 RfRL jedoch sowohl die Bereitschaft als auch die fachlichen sowie personellen Ressourcen. Als besonders problematisch erweist sich dabei die Praxis des Bundesamts, bei der Entscheidung ohne weitere Nachprüfung auf den Sachstand der ggf. bereits mehrere Monate zurückliegenden Anhörung des Betroffenen abzustellen und einmal entschiedene Sachverhalte im gerichtlichen Verfahren allenfalls dann weiterzubetreuen, wenn ein spezifisches öffentliches Interesse (z.B. an der Abschiebung eines Gefährders) besteht oder das Verwaltungsgericht das Bundesamt im Einzelfall explizit zu einer erneuten Stellungnahme bzw. Sachprüfung auffordert. Darüber hinaus haben in der Vergangenheit – abhängig von der personellen Ausstattung und internen Priorisierungsentscheidungen des Bundesamts – selbst ausdrückliche Aufforderungen der Verwaltungsgerichte nicht notwendigerweise zu einer Reaktion des Bundesamts geführt. In mehreren hundert von Sachverständigen geleiteten mündlichen Verhandlungen in Asylsachen in erster Instanz²¹⁶ war das Bundesamt so etwa allenfalls in einer Handvoll tatsächlich vertreten; auch zeigen Mitteilungen aus der aktuellen erstinstanzlichen Praxis, dass gerichtliche Anfragen an das Bundesamt auch weiterhin oft nur mit Formschriften oder erheblicher Verzögerung beantwortet werden oder sogar gänzlich unbeantwortet bleiben.

An sich würde die nunmehr gesetzlich kodifizierte Verpflichtung, im Rahmen der Abschiebungsandrohung auch Kindeswohlaspekte, familiäre Bindungen und inlandsbezogene gesundheitsbedingte Abschiebungshindernisse zu prüfen, jedoch eine stetige Begleitung anhängiger Verfahren von Amts wegen erfordern, um aktuellen Entwicklungen – wie z.B. einer Änderung der familiären Lebenssituation des Betroffenen oder der Geburt oder Erkrankung eines Kindes – Rechnung tragen zu können. Faktisch dürfte die Neuregelung daher dazu führen, dass sich die gesamte Ermittlungslast hinsichtlich familiärer, gesundheitlicher und kindwohlbezogener Aspekte auf die Verwaltungsgerichte verlagert, die jedenfalls im Hauptsacheverfahren zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen verpflichtet sind. Dies trägt zunächst das

²¹⁶ Der Sachverständige war bis 2022 als Richter in erster Instanz tätig.

Potential in sich, die Personalbedarfe bei den Verwaltungsgerichten wesentlich zu erhöhen und / oder die schon jetzt zum Teil beträchtlichen Verfahrenslaufzeiten noch weiter zu erhöhen. V.a. dürfte es aber zu einer beträchtlichen Fehlerquote führen, weil die Verwaltungsgerichte ohne Unterstützung einer Fachbehörde – wie im bisherigen Verfahren der Aussetzung der Abschiebung der Ausländerbehörde – nicht in der Lage sind, die Angaben des Betroffenen z.B. zur Übernahme tatsächlicher Betreuungsleistungen für eigene Kinder, zum Fortbestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder zur Pflegebedürftigkeit von Angehörigen in der gebotenen Weise zu hinterfragen und prüfen. Zwar behelfen sich die Verwaltungsgerichte schon derzeit zum Teil mit der Beiziehung der jeweiligen Ausländerakten von Amts wegen auch zum asylrechtlichen Verfahren; diese sind in Ansehung der personellen Überlastung vieler Ausländerbehörden und der geringen Bedeutung entsprechender Sachfragen während der Dauer des asylrechtlichen Verfahrens für die Ausländerbehörde (die mit entsprechenden Fragen i.d.R. erst nach Ablehnung des Asylantrags wieder befasst werden) aber oftmals ebenfalls nicht aktuell oder aussagekräftig. Da die Ausländerbehörden zudem nicht förmlich am verwaltungsgerichtlichen Asylverfahren beteiligt sind, besteht für diese regelmäßig auch keine Veranlassung, ggf. bekanntgewordene Änderungen der Umstände von Amts wegen mitzuteilen.

Angesichts dessen trägt die vorgeschlagene Gesetzesänderung insbesondere vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis des Bundesamts das Potential in sich, die Verfahrensdauer und Ergebnisrichtigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren erheblich zu beeinträchtigen und so – unbeabsichtigt – Wirkungen zu erzielen, die dem Ziel des Gesetzgebungsverfahrens diametral entgegenlaufen.

Behoben werden könnte dies zum einen durch eine Verschiebung der Zuständigkeit für den Erlass von Abschiebungsandrohungen auf die Ausländerbehörden, die entsprechende Entwicklungen bei Sachverhalten ohne Asylantragstellung bzw. im Nachgang zum Erlass einer bestandskräftigen Abschiebungsandrohung durch das Bundesamt ohnehin im Blick behalten müssen und mit den zugrundeliegenden inlandsbezogenen Fragestellungen weit besser vertraut sind als das Bundesamt. Dies würde insbesondere auch Doppelprüfungen vermeiden, da die Zuständigkeit der Ausländerbehörden für die Prüfung sonstiger, nicht familien- oder gesundheitsbezogener Duldungsgründe ohnehin bei den jeweiligen Ausländerbehörden verbleibt. Eine solche Zuständigkeitsverschiebung würde den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung ebenfalls gerecht, da diese keine Prüfung entsprechender Umstände im Asylverfahren fordert, sondern lediglich bei Erlass einer Abschiebungsanordnung gegenüber dem Betroffenen gebietet. Sie wäre allerdings mit erheblichen Eingriffen in die bisherige Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundesamt und Ausländerbehörden verbunden, die ggf. weitere Anpassungen erfordern würden.

Alternativ erschiene es zweckmäßig, die gesetzliche Ausweitung der Prüfverpflichtungen des Bundesamts mit weiteren gesetzlichen Regelungen – und einer entsprechenden Personalausstattung bzw. Weisungslage, die auch in der Praxis gelebt wird – zu flankieren, die Ausländerbehörden zu regelmäßigen Mitteilungen an das Bundesamt und die zuständigen Verwaltungsgerichte verpflichtet, dem Bundesamt eine (an sich schon nach derzeitiger Rechtslage gebotener, in der Praxis aber nicht geleisteter) kontinuierliche Betreuung vor Gericht anhängiger Verfahren

(einschließlich der Mitwirkung in mündlicher Verhandlung) vorgibt (und ermöglicht) und die Verwaltungsgerichte in die Lage versetzt, ihre eigentliche Aufgabe als Entscheider über zwischen den Beteiligten streitige Sach- oder Rechtsfragen (an Stelle der erstmaligen Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts von Amts wegen) wahrzunehmen. Ohne entsprechende Begleitregelungen trägt die (unionsrechtlich dem Grunde nach zweifellos gebotene) vorgeschlagene Gesetzesänderung jedoch das Potential in sich, die Richtigkeit und Geschwindigkeit gerichtlicher Asylentscheidungen erheblich zu beeinträchtigen. Dies sollte im Interesse des mit dem Gesetzentwurf verfolgten Zwecks unbedingt vermieden werden.

8. Verlängerung der Geltungsdauer der Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung (Art. 2 Nr. 10 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 63 AsylG)

§ 63 AsylG (Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Dem Ausländer wird nach der Asylantragstellung innerhalb von drei Arbeitstagen eine mit den Angaben zur Person und einem Lichtbild versehene Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung ausgestellt, wenn er nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels ist. ²Im Falle des Absatzes 3 Satz 2 ist der Ausländer bei der Asylantragstellung aufzufordern, innerhalb der Frist nach Satz 1 bei der zuständigen Ausländerbehörde die Ausstellung der Bescheinigung zu beantragen.

(2) ¹Die Bescheinigung ist zu befristen. ²Solange der Ausländer verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, beträgt die Frist längstens ~~drei~~ **sechs** und im Übrigen längstens ~~sechs~~ **zwölf** Monate.

(3) – (5) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 67 Abs. 1 AsylG gilt das gesetzliche Bleiberecht zum Zweck der Durchführung des Asylverfahrens unbefristet, bis einer der in § 67 Abs. 1 AsylG genannten Erlöschenstatbestände eintritt. Die in § 63 Abs. 2 AsylG getroffene Befristungsregelung betrifft daher nicht die Wirksamkeit des Bleiberechts, sondern lediglich die Geltungsdauer der Bescheinigung, mit der dessen Geltung in der Praxis nachgewiesen werden kann. Die Befristung dient dabei insbesondere dem Zweck, eine regelmäßige Überprüfung des Bleiberechtsstatus des Betroffenen zu ermöglichen und ein längerfristiges Auseinanderfallen von Papierlage und tatsächlicher Rechtslage zu vermeiden.

Die Verlängerung der Geltungsdauer der Bescheinigung betrifft daher nur die minimal einzuhaltenden behördlichen Kontrollintervalle. Wenn der Gesetzgeber die zuständige Behörde hier durch Verlängerung der Kontrollintervalle entlasten will, begegnet dies

keinen durchgreifenden Bedenken, zumal eine kürzere Befristung nach der gesetzlichen Regelung möglich bleibt.²¹⁷

9. Neuregelung des Folgeantrags (Art. 2 Nr. 11 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 71 AsylG)

§ 71 AsylG (Folgeantrag) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Stellt der Ausländer nach Rücknahme oder unanfechtbarer Ablehnung eines früheren Asylantrags erneut einen Asylantrag (Folgeantrag), so ist ein weiteres Asylverfahren nur durchzuführen, wenn **neue Elemente oder Erkenntnisse zutage getreten oder vom Ausländer vorgebracht worden sind, die mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer für den Ausländer günstigeren Entscheidung beitragen, oder Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 der Zivilprozessordnung gegeben sind und der Ausländer ohne eigenes Verschulden außerstande war, die Gründe für den Folgeantrag im früheren Asylverfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen** ~~die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsvorfahrensgesetzes vorliegen~~; die Prüfung obliegt dem Bundesamt. ²Das Gleiche gilt für den Asylantrag eines Kindes, wenn der Vertreter nach § 14a ~~Absatz Abs.~~ 3 auf die Durchführung eines Asylverfahrens verzichtet hatte.

(2) ¹**Der Ausländer hat den Folgeantrag persönlich bei einer Außenstelle des Bundesamts zu stellen; ist sein Aufenthalt nach § 61 des Aufenthaltsgesetzes festgelegt, so hat er den Folgeantrag bei der nächstgelegenen Außenstelle in dem Land seines Aufenthalts zu stellen.** ~~¹Der Ausländer hat den Folgeantrag persönlich bei der Außenstelle des Bundesamtes zu stellen, die der Aufnahmeeinrichtung zugeordnet ist, in der er während des früheren Asylverfahrens zu wohnen verpflichtet war.~~ ²Wenn der Ausländer das Bundesgebiet zwischenzeitlich verlassen hatte, gelten die §§ 47 bis 67 entsprechend. ³In den Fällen des § 14 ~~Absatz Abs.~~ 2 Satz 1 ~~Nummer Nr.~~ 2 oder wenn der Ausländer nachweislich am persönlichen Erscheinen gehindert ist, ist der Folgeantrag schriftlich zu stellen. ~~⁴Der Folgeantrag ist schriftlich bei der Zentrale des Bundesamtes zu stellen, wenn~~

- ~~1. die Außenstelle, die nach Satz 1 zuständig wäre, nicht mehr besteht,~~
- ~~2. der Ausländer während des früheren Asylverfahrens nicht verpflichtet war, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen.~~

⁵§ 19 ~~Absatz Abs.~~ 1 findet keine Anwendung.

(3) ¹In dem Folgeantrag hat der Ausländer seine Anschrift sowie die Tatsachen und Beweismittel anzugeben, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen des **Absatzes 1 Satz 1 § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsvorfahrensgesetzes** ergibt. ²Auf Verlangen hat der Ausländer diese Angaben schriftlich zu machen. ³Von einer Anhörung kann abgesehen werden. ⁴§ 10 gilt entsprechend.

²¹⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 56.

(4) Liegen die Voraussetzungen des ~~**Absatzes 1 Satz 1 § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsvorfahrensgesetzes**~~ nicht vor, sind die §§ 34, 35 und 36 entsprechend anzuwenden; im Falle der Abschiebung in einen sicheren Drittstaat (§ 26a) ist § 34a entsprechend anzuwenden.

(5) ¹Stellt der Ausländer, nachdem eine nach Stellung des früheren Asylantrags ergangene Abschiebungsandrohung oder -anordnung vollziehbar geworden ist, einen Folgeantrag, der nicht zur Durchführung eines weiteren Verfahrens führt, so bedarf es zum Vollzug der Abschiebung keiner erneuten Fristsetzung und Abschiebungsandrohung oder -anordnung. ²~~**Hat der Ausländer den Folgeantrag nur zur Verzögerung oder Behinderung der Abschiebung gestellt oder hat der Ausländer nach unanfechtbarer Ablehnung eines Folgeantrags einen erneuten Folgeantrag gestellt, so darf die Abschiebung vollzogen werden, wenn das Bundesamt mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 nicht vorliegen.**~~ ³Im Übrigen darf die Abschiebung erst nach Ablauf der Frist nach § 74 Absatz 1 Halbsatz 2 und im Fall eines innerhalb der Frist gestellten Antrags nach § 80 Absatz 5 der Verwaltungsgerichtsordnung erst nach der gerichtlichen Ablehnung dieses Antrags vollzogen werden. ~~²Die Abschiebung darf erst nach einer Mitteilung des Bundesamtes, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 des Verwaltungsvorfahrensgesetzes nicht vorliegen, vollzogen werden, es sei denn, der Ausländer soll in den sicheren Drittstaat abgeschoben werden.~~

(6) ¹Absatz 5 gilt auch, wenn der Ausländer zwischenzeitlich das Bundesgebiet verlassen hatte. ²Im Falle einer unerlaubten Einreise aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a) kann der Ausländer nach § 57 ~~**Absatz Abs.**~~ 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes dorthin zurückgeschoben werden, ohne dass es der vorherigen Mitteilung des Bundesamtes bedarf.

(7) ¹War der Aufenthalt des Ausländers während des früheren Asylverfahrens räumlich beschränkt, gilt die letzte räumliche Beschränkung fort, solange keine andere Entscheidung ergeht. Die §§ 59a und 59b gelten entsprechend. ²In den Fällen der Absätze 5 und 6 ist für ausländerrechtliche Maßnahmen auch die Ausländerbehörde zuständig, in deren Bezirk sich der Ausländer aufhält.

(8) ¹Ein Folgeantrag steht der Anordnung von Abschiebungshaft nicht entgegen, ~~**es sei denn, es wird ein weiteres Asylverfahren durchgeführt.**~~ ²Wird ein weiteres Asylverfahren durchgeführt, gilt § 14 Absatz 3 entsprechend.

b) Einordnung und Bewertung

aa) Neuregelung des Folgeantrags

Die Neufassung des § 71 AsylG-E dient im Wesentlichen der Umsetzung der zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 40 f. VerfRL.²¹⁸

²¹⁸ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 57 sowie EuGH, Urteil vom 9. September 2021 – C-18/20 [XY].

§ 71 Abs. 1 AsylG-E entspricht im Wesentlichen einer wortlautgetreuen Umsetzung des Art. 40 Abs. 1 – 4 VerfRL und begegnet daher keinen rechtlichen Bedenken.

Die Neufassung des § 71 Abs. 4 Satz 2 AsylG-E dient der Umsetzung des Art. 41 Abs. 1 VerfRL. Hierbei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Art. 41 Abs. 1 UA 2 VerfRL die hier geregelte Ausnahme vom Recht auf Verbleib bei Folgeanträgen davon abhängig macht, dass „die Asylbehörde die Auffassung vertritt, dass eine Rückkehrentscheidung keine direkte oder indirekte Zurückweisung zur Folge hat, die einen Verstoß gegen die völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Pflichten dieses Mitgliedstaats darstellt“. Aufgrund der von Art. 40 Abs. 2 VerfRL abweichenden Formulierung des Art. 41 Abs. 1 UA 2 VerfRL spricht jedoch vieles dafür, dass der hier verwendete Begriff der „Zurückweisung“ nicht alleine auf das asylspezifische Refoulementverbot des Art. 33 Abs. 1 GFK Bezug nimmt, sondern das allgemeinere Refoulementverbot des Art. 3 EMRK bzw. Art. 19 Abs. 2 GrCh meint,²¹⁹ das nach nationaler Rechtslage nur im Rahmen des § 60 Abs. 5 AufenthG bzw. im Rahmen der Abschiebungsandrohung geprüft wird. Insoweit ergibt sich der Prüfungsmaßstab im Folgeantrags- bzw. Schutzverfahren nach nationaler Rechtslage indes nicht aus § 71 Abs. 1 AsylG-E, sondern aus § 31 Abs. 3 Satz 3 AsylG. Insoweit sollte der nationale Gesetzgeber klarstellen, wie sich der Prüfungsmaßstab des § 71 Abs. 4 Satz 4 AsylG-E im Hinblick auf Abschiebungsverbote und die Abschiebungsandrohung zu § 31 Abs. 3 Satz 3 AsylG verhält. Hierbei bestünde zugleich die Gelegenheit, die bei der letzten Gesetzesänderung misslungene Formulierung des § 31 Abs. 3 Satz 3 AsylG klarstellend zu korrigieren.²²⁰

Die Neufassung des § 74 Abs. 3 Satz 3 AsylG-E ist eine zutreffende und unionsrechtlich weitgehend zwingende Umsetzung der Art. 33 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 46 Abs. 6 und 8 VerfRL. Sie gewährt insbesondere das nach Art. 46 VerfRL auch bei (nicht rechtsmissbräuchlichen bzw. wiederholten) Folgeanträgen gebotene Recht auf Verbleib im Mitgliedsstaat bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. zur Entscheidung über den zulässigen Eilrechtsschutzantrag.

Defizitär ist die Regelung des § 71 Abs. 2 Satz 2 AsylG-E allerdings weiterhin, soweit sie eine Aufenthaltsgestattung in Fällen der Folgeantragstellung erst bei Durchführung eines weiteren Asylverfahrens oder allenfalls dann entstehen lässt, wenn der Ausländer das Bundesgebiet zwischenzeitlich verlassen hatte.²²¹ Denn insoweit gebietet das unionsrechtliche Recht auf Verbleib im Bundesgebiet nicht lediglich eine Aussetzung der Abschiebung, sondern die Gewährung eines vollwertigen Bleiberechts.²²²

²¹⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2018 – C-181/16 [Gnandi] – Rn. 53, 56, EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-69/21 [X] –, Rn. 82 und EuGH, Urteil vom 6. Juli 2023 – C-663/21 [AA] –, Rn. 50.

²²⁰ Vgl. zu den in Folge kurzfristiger Normänderungen im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung der Asylgerichtsverfahren und Asylverfahren v. 21. Dezember 2022 aufgetretenen Auslegungsschwierigkeiten *Wittmann*, in: BeckOK-MigR, § 31 AsylG Rn. 55 ff., 64f.

²²¹ So möglicherweise VG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2023 – 19 K 4534/22 –, juris Rn. 31.

²²² Vgl. schon *Wittmann* ZAR 2019, 45 (53) unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 19. Juni 2018 – C-181/16 [Gnandi] – Rn. 61 ff.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass in der fachgerichtlichen Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt ist,²²³ ob das Unionsrecht den Erlass einer erneuten Rückkehrentscheidung fordert²²⁴ oder den (vom Gesetz auch bislang vorgesehenen) Verweis auf eine frühere Rückkehrentscheidung genügen lässt.²²⁵ Insoweit ist der Gesetzentwurf – ebenso wie die bisherige Rechtslage – mit weiteren unionsrechtlichen Unwägbarkeiten behaftet.

Der Gesetzeswortlaut bricht schließlich mit der bislang weit verbreiteten Rechtsprechung und Literaturauffassung, der zufolge auch nach Änderung des § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG Eilrechtsschutz in Folgeantragsfällen nur nach Maßgabe des § 123 VwGO zu gewähren ist.²²⁶ Dies ist jedoch nicht zu beanstanden, zumal die im Gesetz nun ausdrücklich vorgesehene Rechtsschutzgewährung nach § 80 Abs. 5 VwGO nach Auffassung des Sachverständigen schon nach bisheriger Rechtslage den Vorzug verdiente und in der einschlägigen Fachliteratur schon seit längerem eine Klarstellung durch den Gesetzgeber gefordert wird.²²⁷

bb) Neufassung der Zuständigkeitsregelung

Die Streichung der Beschränkung der Antragstellung auf die Außenstelle, in deren Bezirk der Ausländer während eines früheren Asylverfahrens zu wohnen verpflichtet war, dient nach den Darlegungen der Gesetzesbegründung einem praktischen Bedürfnis nach Flexibilisierung bisheriger Verwaltungspraxis.²²⁸

cc) Verhältnis von Folgeantrag und Abschiebungshaft

Nach § 78 Abs. 8 Satz 1 AsylG a.F. steht ein Folgeantrag der Anordnung von Abschiebungshaft nicht entgegen, so lange kein weiteres Asylverfahren durchgeführt wird. § 78 Abs. 8 Satz 1 AsylG-E will eine Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft demgegenüber auch ermöglichen, wenn ein weiteres Asylverfahren durchgeführt wird.

Die Gesetzesbegründung geht hier ersichtlich von der fehlerhaften Prämisse aus, dass die Folgeantragstellung nicht das Entstehen einer Aufenthaltsgestattung bewirkt. Dies entspricht dem ursprünglichen Verständnis des § 71 AsylG, ist aber – zumindest bei

²²³ Offen gelassen z.B. in VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 17. November 2023 – 12 S 986/23 –, juris Rn. 22.

²²⁴ So beispielsweise VG Leipzig, Beschluss v. 25. Oktober 2023 – 4 L 345/23.A –, juris Rn. 64 ff. sowie VG Bremen, Urteil v. 22. August 2023 – 7 K 263/22 –, juris Rn. 68 ff.

²²⁵ So beispielsweise VG Karlsruhe, Beschluss v. 23. Januar 2023 – 19 K 4534/22 –, juris Rn. 32 ff.

²²⁶ Vgl. exemplarisch OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 9. November 2023 – 5 MR 5/23 –, juris Rn. 5. Vgl. aber – wiederum exemplarisch – z.B. VG Leipzig, Beschluss v. 25. Oktober 2023 – 4 L 345/23.A –, juris Rn. 21 ff. sowie VG Köln, Beschluss v. 4. April 2023 – 25 L 493/23.A –, juris, Rn. 10 ff. ausführlich zur Gegenauffassung.

²²⁷ Überzeugend *Diesterhöft*, in: HTK-AusIR, § 71 AsylG Rn. 5 ff., 13.

²²⁸ BT-Drs. 20/9463, S. 57.

zwischenzeitlicher Ausreise des Betroffenen²²⁹ – schon einfachrechtlich unrichtig²³⁰ und im Übrigen jedenfalls unionsrechtlich nicht vertretbar.²³¹ Mit Art. 8 Abs. 3 lit. d) AufnRL ist jedenfalls die Inhaftnahme nach Asylfolgeantragstellung nicht vereinbar;²³² anderes gilt bei Asylfolgeantragstellung nach Inhaftnahme nur dann, 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 der Ausländer den Antrag auf internationalen Schutz nur beantragt, um die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern oder zu vereiteln.²³³ Die Neuregelung ist daher noch in weiterem Umfang unionsrechtswidrig als die bisherige Regelung.

Im Übrigen dürfte in Fällen der Durchführung eines weiteren Asylverfahrens regelmäßig nicht davon auszugehen sein, dass das Asylverfahren innerhalb der Prognosefrist des § 63 Abs. 4 Satz 1 AufenthG (negativ) abgeschlossen werden kann.²³⁴ Die Regelung wäre daher selbst im Falle ihrer Unionsrechtskonformität überflüssig und sollte daher insgesamt gestrichen werden.

10. Strafrechtliches Verwertungsverbot selbstbelastender Aussagen (Art. 2 Nr. 12 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 73b AsylG)

§ 73b AsylG (Widerrufs- und Rücknahmeverfahren) soll nunmehr lauten:

(1) – (4) [...]

(5) ¹Der Ausländer ist nach Aufforderung durch das Bundesamt persönlich zur Mitwirkung bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des Widerrufs oder der Rücknahme verpflichtet, soweit dies für die Prüfung erforderlich und dem Ausländer zumutbar ist. ²§ 15 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Nummer 1, 4 bis 7 und Absatz 3 sowie § 16 gelten entsprechend, hinsichtlich der Sicherung der Identität durch erkennungsdienstliche Maßnahmen (§ 16 Absatz 1 Satz 1 und 2) mit der Maßgabe, dass sie nur zulässig ist, soweit die Identität des Ausländers nicht bereits gesichert worden ist. ³Das Bundesamt soll den Ausländer mit Mitteln des Verwaltungszwangs zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten anhalten. ⁴Kommt der Ausländer den Mitwirkungspflichten nicht oder nicht vollständig nach, kann das Bundesamt nach Aktenlage entscheiden, sofern

²²⁹ Vgl. § 71 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG.

²³⁰ Vgl. VG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2023 – 19 K 4534/22 –, juris Rn. 31.

²³¹ Vgl. oben bei Fn. 221 und Fn. 222. Vgl. zum Bestehen eines unionsrechtlichen Bleiberechts bis zur Ablehnung eines etwaigen Eilantrags auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 15. November 2023 – 11 S 1783/23 –, juris Rn. 7 m.w.N.

²³² Vgl. hierzu oben S. 91.

²³³ Vgl. oben S. 91.

²³⁴ Vgl. oben S. 91. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 20 Abs. 1 lit. c) AufnRL, der Folgeanträge nur im Kontext von Leistungseinschränkungen erwähnt, im Kontext des Art. 8 Abs. 3 lit. d) AufnRL aber den allgemeinen Regelungen unterstellt. Dies schließt es nicht aus, die Stellung eines Folgeantrags als Indiz im Sinne der vorgenannten Vorschrift heranzuziehen.

1. die unterbliebene Mitwirkungshandlung nicht unverzüglich nachgeholt worden ist oder
2. der Ausländer die Mitwirkungspflichten ohne genügende Entschuldigung verletzt hat.

⁵Bei der Entscheidung nach Aktenlage sind für die Entscheidung über einen Widerruf oder eine Rücknahme nach dieser Vorschrift oder nach § 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sämtliche maßgeblichen Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen. ⁶Ferner ist zu berücksichtigen, inwieweit der Ausländer seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist. ⁷Der Ausländer ist durch das Bundesamt auf Inhalt und Umfang seiner Mitwirkungspflichten nach dieser Vorschrift sowie auf die Rechtsfolgen einer Verletzung hinzuweisen.

(5a) ¹Teilt der Ausländer dem Bundesamt mit, im Asylverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt zu haben, so darf diese Information zu Beweis Zwecken in einem gegen den Ausländer oder gegen einen seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nur mit Zustimmung des Ausländers verwendet werden. ²Der Ausländer ist auf diese Rechtsfolgen hinzuweisen.

(6) – (8) [...]

b) Einordnung und Bewertung

Die Regelung des 73b Abs. 5a AufenthG-E flankiert die mit § 85 Abs. 2 AsylG-E angeordnete Strafbarkeit von Falschangaben im Asylverfahren mit einem Beweisverwertungsverbot in Fällen, in denen der Betroffene frühere Falschangaben – und damit eigenes strafbares Verhalten – im Rahmen der Erfüllung seiner gesetzlichen Mitwirkungspflichten offenbart. Eine entsprechende Begleitregelung dürfte verfassungsrechtlich geboten sein, um den Betroffenen nicht einer strafbewehrten Selbstbeziehungspflicht zu unterwerfen;²³⁵ sie ist jedenfalls zweckmäßig, um den Zweck der Mitwirkungspflichten nicht unnötig zu gefährden.

11. Strafbarkeit falscher oder unvollständiger Angaben im Asylverfahren (Art. 2 Nr. 13 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 85 AsylG)

§ 85 AsylG (Sonstige Straftaten) soll nunmehr lauten:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 50 Abs. 6, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 2 Satz 1, sich nicht unverzüglich zu der angegebenen Stelle begibt,
2. wiederholt einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 oder § 59b Absatz 1, jeweils auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, zuwiderhandelt,

²³⁵ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 58.

3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 60 Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, nicht rechtzeitig nachkommt ~~oder~~ ,
4. entgegen § 61 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, eine Erwerbstätigkeit ausübt, ,
5. **entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 1 eine erforderliche Angabe zu seinem Alter, seiner Identität oder seiner Staatsangehörigkeit nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, soweit nicht die Tat in Absatz 2 mit Strafe bedroht ist oder**
6. **entgegen § 15 Absatz 2 Nummer 4 bis 6 einen Pass, Passersatz, erforderliche Urkunden, sonstige Unterlagen oder Datenträger nicht vorlegt, aushändigt oder überlässt.**

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um

1. **die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder die Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes zu erreichen oder**
2. **den Widerruf oder die Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter, der Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 oder der Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder Absatz 7 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes abzuwenden.**

b) Einordnung und Bewertung

Der Gesetzentwurf stellt einzelne Verstöße gegen asylverfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten und insbesondere Falschangaben im Asylverfahren gegenüber dem Bundesamt oder den Verwaltungsgerichten unter Strafe stellen.

Der Gesetzentwurf weist insoweit zutreffend darauf hin, dass die Angaben des Betroffenen oftmals die einzige individuelle Informationsquelle im Rahmen eines Asylverfahrens sind, so dass ein erhebliches staatliches Interesse daran besteht, auf wahrheitsgemäße Angaben hinzuwirken.²³⁶

Der Gesetzentwurf nimmt die praktischen Folgen der Gesetzesänderung jedoch nicht in den Blick: Nach § 183 Satz 1 GVG ist ein Gericht verpflichtet, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung begangene Straftaten festzustellen und der zuständigen Behörde das darüber aufgenommene Protokoll mitzuteilen. Geht ein Gericht daher von der (wissentlichen) Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit (!) von Angaben des Betroffenen in der mündlichen Verhandlung aus, muss es die näheren Tatumstände protokollieren und die Staatsanwaltschaft über den Vorgang informieren. Der hierbei entstehende Sachaufwand geht erheblich über die Pflicht zur Fertigung einer Niederschrift über die mündliche Verhandlung hinaus, da diese in der Praxis regelmäßig nur formale Angaben enthält und die Angaben des Betroffenen im Rahmen

²³⁶ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 59.

einer sog. „informativischen Anhörung“ oft nicht wortwörtlich wiedergibt. Demgegenüber dürfte insbesondere eine „Feststellung des Tatbestands“ in Fällen, in denen dem Betroffenen unvollständige Angaben vorgeworfen werden, eine umfassendere Wortprotokollierung erfordern.

Dieser Mehraufwand entsteht unabhängig davon, ob die Staatsanwaltschaft das Verfahren später – was mutmaßlich häufig der Fall sein wird – wegen mangelnden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO), geringer Schwere der Schuld (§ 153 f. StPO) oder späterer Abschiebung des Betroffenen (§ 154b Abs. 3 StPO) einstellt, sie einen Strafbefehl beantragt oder öffentliche Klage erhebt. Im letztgenannten Fall ist der Verwaltungsrichter als Zeuge zum Erscheinen und zur Aussage vor dem Strafgericht verpflichtet, muss hierfür aber ggf. zunächst eine Aussagegenehmigung des jeweiligen Dienstherrn beantragen (§ 54 Abs. 1 StPO). Soweit eine Verständigung in der mündlichen Verhandlung nur mit Hilfe eines Dolmetschers möglich war, müsste ggf. auch dieser als Zeuge befragt werden.

Ein vergleichbarer Mehraufwand dürfte dann entstehen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge selbst von unvollständigen oder falschen Angaben im Rahmen einer Anhörung ausgeht. Hier kommt hinzu, dass derselbe Sachvortrag dann ggf. im Nachgang sowohl von der Staatsanwaltschaft bzw. dem Strafrichter sowie dem mit der Entscheidung über die Asylklage befassten Verwaltungsgerichte bewertet und ggf. weiter aufgeklärt werden müsste.

Dieser Mehraufwand dürfte in grobem Missverhältnis zum tatsächlichen Nutzen entsprechender strafbewehrter Wahrheitspflichten stehen, zumal Falschangaben im Asylverfahren ggf. schon nach § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG ausländerrechtlich sanktioniert werden können. Die Schaffung einer entsprechenden Strafnorm sollte daher dringend überdacht werden.

Falls der Gesetzgeber sich dennoch für eine entsprechende Strafnorm entscheiden sollte, spräche vieles dafür, die Protokollierungspflicht nach § 183 Satz 1 GVG in entsprechenden Fällen nur auf Antrag des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge in der mündlichen Verhandlung eingreifen zu lassen und die eigentliche Strafdrohung als absolutes Antragsdelikt mit Antragsrecht des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge auszugestalten. Hierdurch könnte sichergestellt werden, dass sich eine Inanspruchnahme behördlicher, verwaltungsgerichtlicher und justizieller Ressourcen auf geeignete Fälle beschränkt.

III. Änderungen des Asylbewerberleistungsgesetzes (Artikel 3) und des Freizügigkeitsgesetzes / EU (Artikel 4)

Von einer Stellungnahme wird aus Zeitgründen abgesehen.

IV. Änderungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Artikel 5)

1. Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten bei Erledigung von Haftentscheidungen (Art. 5 Nr. 1 RegE)
 - a) Geplante Gesetzesfassung (§ 62 FamFG)

§ 62 FamFG (Statthaftigkeit der Beschwerde nach Erledigung der Hauptsache) soll nunmehr lauten:

(1) Hat sich die angefochtene Entscheidung in der Hauptsache erledigt, spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, dass die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat.

(2) Ein berechtigtes Interesse liegt in der Regel vor, wenn

1. schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorliegen oder
2. eine Wiederholung konkret zu erwarten ist.

(3) In Verfahren der Abschiebungs-, Zurückschiebungs- und Zurückweisungshaft liegt ein berechtigtes Interesse auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 70 Absatz 2 Satz 1 vor.

~~(3)~~ (4) Hat der Verfahrensbeistand oder der Verfahrenspfleger die Beschwerde eingelegt, gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

b) Einordnung und Bewertung

Die neue Fallgruppe eines Feststellungsinteresses nach Erledigung einer Haftentscheidung in der Hauptsache soll insbesondere Behörden eine Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen ermöglichen, die sich auf schwerwiegende Grundrechtseingriffe nicht berufen können. Sie gilt aber in gleicher Weise für Haftbetroffene.²³⁷

Die Regelung ist im Grunde sachgerecht; ob sie zu einer übermäßigen Belastung der zuständigen Gerichte führt, kann der Sachverständige mangels einschlägiger Erfahrung mit entsprechenden Verfahren nicht beurteilen. Ggf. sollte im Interesse der Rechtsklarheit klargestellt werden, ob sich die Neuregelung neben allen Formen der in § 62 AufenthG geregelten Abschiebungshaft z.B. auch auf den in § 62b AufenthG geregelten Ausreisegewahrsams erstrecken soll.

²³⁷ Vgl. BT-Drs. 20/9463, S. 62.

2. Rechtsgrundlage für unangekündigte Festnahmen bei geplanten Freiheitsentziehungen (Art. 5 Nr. 2 RegE)

a) Geplante Gesetzesfassung (§ 427 FamFG)

§ 427 FamFG (Einstweilige Anordnung) soll nunmehr lauten:

(1) ¹Das Gericht kann durch einstweilige Anordnung eine vorläufige Freiheitsentziehung anordnen, wenn dringende Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Freiheitsentziehung gegeben sind und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht. ²Die vorläufige Freiheitsentziehung darf die Dauer von sechs Wochen nicht überschreiten.

(2) Bei Gefahr im Verzug kann das Gericht eine einstweilige Anordnung bereits vor der persönlichen Anhörung des Betroffenen sowie vor Bestellung und Anhörung des Verfahrenspflegers erlassen; die Verfahrenshandlungen sind unverzüglich nachzuholen.

(3) ¹Abweichend von den Absätzen 1 und 2 kann das Gericht eine einstweilige Anordnung vor der Anhörung des Betroffenen erlassen, wenn dringende Gründe für die Annahme vorliegen, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Freiheitsentziehung gegeben sind, und die vorherige Anhörung den Zweck der Anordnung gefährden würde. ²Die Anhörung ist unverzüglich nachzuholen.

b) Einordnung und Bewertung

Die Regelung schließt eine vorhandene Regelungslücke, auf die Rechtsprechung und Literatur bereits hingewiesen haben.²³⁸ Sie erscheint daher sachgerecht.

V. Änderung der Aufenthaltsverordnung (Artikel 6), Einschränkung von Grundrechten (Artikel 7) und Inkrafttreten (Artikel 8)

Von einer Stellungnahme wird aus Zeitgründen abgesehen.

Römerberg/Mannheim, den 7. Dezember 2023

RaVGH Dr. Philipp Wittmann

²³⁸ Vgl. *LG Hanau*, Beschluss v. 10. Oktober 2023 – 3 T 87/23 – sowie *Fischer*, Zwischen Exekutivermächtigung und richterlicher Anordnung – Der rechtssichere Weg zur vorläufigen Festnahme im AufenthG?, *InfAusIR* 2024 [im Erscheinen] m.w.N.