

**Deutscher Bundestag**

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache

**20(4)348 J**

Prof.em. Dr. Kay Hailbronner  
Universität Konstanz , 8.12.2023

Betr. Öffentliche Anhörung, Sitzung des Innenausschusses Montag 11.12.2023 ,1130 h  
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs.20/9463

## **Stellungnahme**

### **Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Rückführung ( BT-Drs. 20/9463)**

#### **Vorbemerkung**

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich angesichts der Vielzahl der Änderungen des Aufenthaltsgesetzes, Asylgesetzes und Freizügigkeitsgesetzes EU und des knappen Zeitraums auf einige zentrale Punkte des Entwurfs. Der Kern des Gesetzentwurfs besteht in der Verbesserung der Möglichkeiten, die erforderlichen Daten zur Rückführung ausreisepflichtiger Ausländer zu gewinnen und Ausreisepflichten effektiver durchzusetzen. An der Notwendigkeit, Ausreisepflichten wirksamer durchzusetzen und bestehende rechtliche Hindernisse zu beseitigen, kann angesichts des Missverhältnisses zwischen der Zahl vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer und der Durchsetzung der Ausreisepflicht mittels einer Abschiebung kein Zweifel bestehen. Der Gesetzentwurf unternimmt mit der Erweiterung der Möglichkeiten zur Auslese und Auswertung von Datenträgern und der zum Vollzug von Ausreisepflichten erforderlichen Durchsuchungs- und Inhaftierungsmaßnahmen und weiterer Maßnahmen zur Verhinderung einer illegalen Einreise und des Aufenthalts richtige Schritte auf dem Wege, die rechtstaatlich gebotene Konkordanz zwischen dem Aufenthaltsrecht und der faktischen Situation wieder herzustellen.

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Mittel ist zu berücksichtigen, dass Grundrechtsbeschränkungen, wie ua. Einschränkungen des Persönlichkeitsrechts und der Privatsphäre der Wohnung von Ausländern auf die Durchsetzung des Rechtsgrundsatzes ausgerichtet sind, dass Personen, die die rechtlichen Voraussetzungen für ein Einreise- und Aufenthaltsrecht nicht erfüllen, ausreisepflichtig sind. Der faktische oft auch jahrelange Aufenthalt von überwiegend irregulär eingereisten Personen, die die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nicht erfüllen, der im wesentlichen aus einem mangelhaften europäischen Asylsystem resultiert, verdient aus rechtsstaatlicher Sicht keinen höheren Schutz als das öffentliche Interesse an der Rechtsdurchsetzung.

Die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Maßnahmen sind nur Schritte auf dem Weg zu einer effektiveren Durchsetzung der Abschiebung derjenigen ausreisepflichtigen Ausländer, deren Rückführung in die Herkunftstaaten bei Identitätsklärung und Ausstellung von Reisedokumenten nicht an vielfältigen faktischen und rechtlichen Abschiebungshindernissen oder der mangelnden Aufnahmebereitschaft der Herkunftstaaten scheitert. Dies betrifft voraussichtlich nur einen -Bruchteil ausreisepflichtiger Ausländer

Eine massenhafte irreguläre Zuwanderung ins Bundesgebiet und die Faktizität eines Bleiberechts wird sich letztlich ohne eine Steuerung humanitärer Migration, die bereits an den Aussengrenzen der EU einsetzt und Zurückweisung von offensichtlich unbegründeten Schutzbegehrenden zulässt, nicht verhindern lassen. Eine grundlegende Änderung des unionsrechtlichen Rahmens im Hinblick auf Schutzbedürftigkeit und garantiertem Zugang zu einem umfassenden und zeitaufwändigen Asylverfahren in der EU und die Schaffung externer Zugangsmöglichkeiten zu gesteuerter humanitärer Aufnahme ist dazu unumgänglich. Ein wesentlicher Baustein hierzu ist auch die Verhinderung irregulärer Weiterwanderung innerhalb der EU durch Beschränkungen des Zugangs zum Asylverfahren und sozialen Leistungen, beschleunigte Zurückweisung und beschleunigte Abschiebungen in sichere Drittstaaten und sichere Herkunftsstaaten. Art. 16a GG und die Rechtsprechung des BVerfG zur Reform des Asylrechts im Jahre 1996 könnten dazu wesentliche Anhaltspunkte geben.

### **I. Einreiseverbot (§ 11)**

Die Ausweitung des Einreiseverbots auf den Fall der Abschiebungsanordnung nach § 58a ist sinnvoll, um auch in Fällen einer freiwilligen Ausreise ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zu ermöglichen. Auch die Ausweitung des Einreiseverbots auf die Fälle der Nutzung falscher oder gefälschter Dokumente ist nützlich, um erneute Einreiseversuche zu unterbinden. Das Vorliegen von Anhaltspunkten für den Verdacht der Absicht einer erneuten unerlaubten Einreise wird allerdings schwer feststellbar sein. Sinnvoller wäre es m.E., ein Ermessen der Grenzbehörde - ohne Beschränkung auf das Vorliegen von Anhaltspunkten vorzusehen und das obligatorische Einreiseverbot auf Nr. 2 zu beschränken.

### **II. Auslesen und Auswerten von Datenträgern (§ 48 und § 15a AsylG)**

Mit § 48 Abs. 3 a - c AufenthG n.F. wird die Möglichkeit der Datennutzung anhand von Datenträgern erweitert. § 48 Abs. 3a ist generell auf Ausländer anwendbar, die keinen Pass oder sonstigen geeigneten Identitätsnachweis besitzen. Auf Asylbewerber ist der ebenfalls neugefasste § 15a Abs. 1 und 2 AsylG anwendbar, der das Auslesen von Datenträgern und die Auswertung zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit regelt. Bereits nach bisherigem Recht war das Verhältnis der beiden Vorschriften unklar, wenn die Ausländerbehörde gegenüber einem abgelehnten Asylbewerber die Herausgabe von Datenträgern und Zugangsdaten anordnet (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.11.2022 – 12 S 3213/21; Rn. 15; VG Karlsruhe, Beschluss vom 09.08.2023 - A 19 K 1797/23).

Das Auslesen und Auswerten von Daten beschränkt die Persönlichkeitsrechte von Ausländern. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Ausländer Mitwirkungspflichten in bezug auf die Feststellung der Identität und die Rückführung in ein Herkunftsland unterliegen. Die Trennung, die der Gesetzgeber in § 48a Abs. 3a - b zwischen Auslesen und Auswerten vorgenommen hat, beruht auf der Rechtsprechung des BVerfG (v. 16.2.2023, 1 C 19/21). Das BVerfG hat eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung gestützt auf § 15a Abs. 1 AsylG a.F. bestätigt, wonach das Bundesamt wegen des Vorhandenseins anderer milderer Mittel zur Identitätsfeststellung nicht berechtigt war, die Daten aus dem Mobiltelefon der Klägerin auszulesen und mittels einer Software auszuwerten, den hieraus generierten Ergebnisreport zu speichern sowie ihn für das Asylverfahren der Klägerin freizugeben und der Entscheidung über ihren Asylantrag zugrunde zu legen.

Für eine Unverhältnismässigkeit der neu gefassten Vorschriften des § 48 a -c und des § 15a AsylG ergeben sich daraus keine Anhaltspunkte. Zum einen hat sich das BVerwG spezifisch mit den Erfordernissen des § 15a AsylG befasst; zum andern können die spezifisch auf den Einzelfall bezogenen Feststellungen zum Vorliegen milderer Mittel nicht allgemein auf das Auslesen von Datenträgern zur Sicherung einer Auswertung nach § 48 Abs.3a übertragen werden. Nach § 48 Abs. 3a n.F. ist das Auslesen der Daten nur zum Zweck der Sicherstellung einer Auswertung und Nichtvorlage eines Passes zulässig. Damit sind alle verfassungsrechtlichen Erfordernisse hinreichend abgedeckt. Die Auswertung ist allein zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit und Geltendmachung einer Rückführungsmöglichkeit zulässig. Zwar geht das BVerwG für die Formulierung des bisher geltenden § 15a AsylG davon aus, dass für die speziellen Anforderungen dieser Vorschrift nach Wortlaut und Zweck nicht zwischen Auslesen und Auswerten von Daten unterschieden werden kann. Für die Unverhältnismässigkeit einer Unterscheidung entsprechend der Neufassung lässt sich daraus nichts herleiten. Es ist plausibel, dass zwischen der Eingriffsintensität insoweit unterschieden wird und daraus entsprechend differenzierte Anforderungen abgeleitet werden.

Die Neuregelung geht nach der Begr. des Entwurfs davon aus, dass „ § 48 Abs.3 a und b den § 15a nach Abschluss des Asylverfahrens als Rechtsgrundlage ablöst. Verwiesen wird auf den früheren Entwurf des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht BT-Drs. 18/11546, S. 2, wonach § 48 Absatz 3a und 3b von § 15a AsylG im Asylbereich nicht vollständig verdrängt werden soll; vielmehr soll der Anwendungsausschluss nur bis zu dem Zeitpunkt gelten, bis das Asylverfahren abgeschlossen ist.“ Es sprechen allerdings beachtliche Erwägungen dafür, dass bereits vor Abschluss des Asylverfahrens Maßnahmen der Ausländerbehörden i.S. von § 48 Abs. 3a bis 3b AufenthG zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit und einer Rückführungsmöglichkeit sinnvoll wären, um eine effektive Rückführung zu erleichtern. Gesetzestechnisch könnte dies dadurch erfolgen, dass bei § 15a AsylG klargestellt wird, dass die Befugnisse des Bundesamts unbeschadet der Befugnisse der Ausländerbehörden nach § 48 Abs. 3a und b bestehen. Ausserdem sollte die Vorschrift des § 48 Abs. 3 AufenthG E in den Katalog des § 84 Abs. 1 AufenthG aufgenommen werden, damit der Klage gegen die Anordnung der Herausgabe von Datenträgern und Zugangsdaten keine aufschiebende Wirkung zukommt.

### **III. Wohnungsdurchsuchung ( § 48 Abs.3 S.2 E AufenthG ) und Betreten von Zimmern ( § 58 Abs.5 S. 2 E AufenthG )**

Mit § 48 Abs.3 S.2 wird die Durchsuchungsbefugnis auf die Wohnung und die im Besitz befindlichen Sachen ausgedehnt. Die Neuregelung ist zum Auffinden von Datenträgern, Unterlagen und Pässen oder Reisedokumenten erforderlich, die eine Identitätsfeststellung ermöglichen sollen. Die Durchsuchung der Wohnung ist als grundrechtsbeschränkende Maßnahme nur zulässig, wenn sie verhältnismässig ist. Erforderlich sind daher konkrete Anhaltspunkte, dass Unterlagen oder Datenträger zur Klärung der Identität oder Staatsangehörigkeit aufgefunden werden können. Verfassungsrechtlich Einwände bestehen aber nicht schon deshalb, weil möglicherweise noch anderweitige Erkenntnismittel zur Verfügung stehen. Aus dem BVerfG beschluss v. 22.3.1999 (v.22.3.1999, 2 BvR 2158/98) ergibt sich kein -Argument für die Unverhältnismässigkeit des § 48 Abs.3. Das BVerfG hat eine Durchsuchung von Wohnungen nach Dokumenten im Hinblick auf den Tatvorwurf *einer Ordnungswidrigkeit* für unverhältnismässig angesehen. Es ist offenkundig, dass für die Klärung der Identität zum Zweck der Durchsetzung einer Ausreisepflicht ein anderer

Maßstab zugrunde gelegt werden muss, da hier das wesentlich gewichtigere öffentliche Interesse an der Klärung der Identität oder Staatsangehörigkeit eines Ausländer und einer Durchsetzung von Ausreisepflichten in der Abwägung zu berücksichtigen ist. Eine Wohnungsdurchsuchung bereits in der Zeitspanne vor einer Abschiebung ist angesichts einer weit verbreiteten Praxis, die Durchsetzung von Ausreisepflichten durch Identitätsverschleierung und unzutreffende Angaben über Staatsangehörigkeit zu verhindern, ein geeignetes und erforderliches Mittel.

Das in § 58 Abs 5 S.2 E neu vorgesehene Betretungsrecht der Wohnungen anderer Personen und gemeinschaftlich genutzter Räume bei gemeinschaftlicher Unterbringung korrigiert einen offenkundigen Mangel der bisherigen Regelung, der sich daraus ergab, dass ein Betreten der Wohnung zur Ergreifung der abzuschließenden Person jederzeit dadurch unterlaufen werden konnte, dass in andere Wohnung bzw. Gemeinschaftsräume ausgewichen werden konnte, wenn eine Durchführung der Abschiebung zu befürchten war.. Ein Betreten der Wohnung zum Zweck der Durchführung der Abschiebung stellt aber keine Durchsuchung dar, die dem Richtervorbehalt unterliegt. Dies gilt auch für das Betreten von Wohnungen anderer Bewohner der Gemeinschaftsunterkunft. Dass hierbei insbes. wenn sich Kinder in Gemeinschaftsunterkünften aufhalten, mit der gebotenen Rücksichtnahme vorzugehen ist, ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und bedarf keiner gesonderten Regelung.

Es trifft zu, dass Abgrenzungsschwierigkeiten zum verfassungsrechtlichen Begriff der Wohnungsdurchsuchung auftreten können. Die Durchsuchung der Wohnung i.S.d. verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist durch eine Suche nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Wohnungsinhaber nicht von sich aus herausgeben will, gekennzeichnet (vgl. BVerfG v. 3.4.1979 1 BvR 994/76, v. 16. 6. 1987, 1 BvR 1202/84). Das Betreten einer Wohnung zum Zweck der Ergreifung einer Person zur Durchführung einer Abschiebung unterscheidet sich aber wesentlich von der Wohnungsdurchsuchung, indem keine Suchmaßnahme unter Beeinträchtigung der Privatsphäre des Wohnraums stattfindet. Dabei kommt es nicht auf die Größe und Ausstattung des Raumes an, sondern auf die bei objektiver Betrachtung verfolgte Zwecksetzung und Maßnahme, die ausschließlich in der Ergreifung der Person besteht.. Im Hinblick auf den Richtervorbehalt bestehen daher m.E. gegen die Neuregelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

#### **IV. Durchsuchung durch die Aufnahmeeinrichtungen**

Die Neuregelung erweitert die Befugnis der Behörden, Asylsuchende und deren Sachen zu durchsuchen, auch auf die Aufnahmeeinrichtungen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Betrauung von Personen mit hoheitlichen Aufgaben nicht generell unzulässig. Ein sachlicher Grund für die Übertragung von Durchsuchungsbefugnissen an Mitarbeiter einer Gemeinschaftseinrichtung besteht in der Organisationsstruktur von Aufnahmeeinrichtungen. Problematisch erscheint aber die undifferenzierte Bezeichnung der Aufnahme einrichtungen, an der uU. Verschiedene Personen in ganz verschiedenen Funktionen mitarbeiten. Eine klare Zuständigkeitsfestlegung z.B in der Form eines Zusatzes „ Leitung der Aufnahmeeinrichtung und von ihr ermächtigte Mitarbeiter“ wäre m.E. sinnvoll.

#### **V Verlängerung des Ausreisegewahrsams und Verlängerung der Abschiebungshaft**

Die Verlängerung des Ausreisegewahrsams nach § 62b Abs.1 S. 1 E ist eine seit langer Zeit von den für den Vollzug der Abschiebung zuständigen Behörden erhobene Forderung .. In

zahlreichen Fällen ist eine Durchführung der Abschiebung gescheitert, weil ein ausreisepflichtiger Ausländer aus dem Gewahrsam wegen Fristüberschreitung entlassen werden musste. § 62 bAbs. 1 trägt insoweit unverändert den unionsrechtlichen Anforderungen von Art. 15 Abs.1 b RL 2008/115 Rechnung .

#### **VI. Ausweitung der Haftgründe ( § 62 AufenthG E)**

Die Ausweitung der Abschiebungshaft auf Personen, die erlaubt eingereist sind und später vollziehbar ausreisepflichtig geworden sind, betrifft Personen, gegen die bislang keine Abschiebungshaft verhängt werden konnte, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte für eine Fluchtgefahr vorlagen (§ 62 Abs.3 Nr.1). Die Gleichstellung wird damit begründet, dass in § 95 Abs.1 Nr.2 der unerlaubte Aufenthalts der unerlaubten Einreise gleichgestellt wird. Die Gleichstellung für die Inhaftnahme erscheint nicht unproblematisch insbes. in Fällen der visumbefreiten Staatsangehörigen. Der Entwurf weist insoweit auf die Möglichkeit hin, von der Inhaftnahme Abstand zu nehmen, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will. Im Hinblick auf den ultima ratio Grundsatz des Abschiebungshaftrechts könnte eine modifizierte Version für erlaubt eingereiste Personen dahin lauten, dass die Haft nur angeordnet werden kann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Ausländer nicht unverzüglich seiner ausreisepflicht nachkommt. Aus unions- und verfassungsrechtlicher Sicht ist die Ausweitung der bisherigen Dreimonatsfrist auf 6 Monate zulässig und jedenfalls bei Fortdauer der bisher bestehenden Schwierigkeiten, Heimreise dokumente zu beschaffen und Verifikationsverfahren durchzuführen, auch geboten. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird nicht verletzt, da die Fristausweitung an der gebotenen Einzelfallprüfung im Hinblick auf die Durchführbarkeit der Abschiebung und den strengen Voraussetzungen für die Erforderlichkeit nach der BGH Rechtsprechung nichts ändert.

Die Einfügung des Verstosses gegen ein Einreise- und aufenthaltsverbot als eigenständiger Haftgrund wird zwar nur eher seltenen Fällen relevant werden, ist aber sachgerecht, wenn eine Einreise entgegen einem Verstoß in der Vergangenheit vorliegt.

#### **VII Änderungen des § 59 Abschiebungsandrohung**

Die Ergänzung des Abs. 1 durch den Vorbehalt der Abschiebungshindernisse war zwingend im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 02.06.2021 – C-546/19, Beschluss vom 15.02.2023 - C- und 484/22 und Urteil vom 06.07.2023 – C-663/21) geboten . Danach steht die Rückführungsrichtlinie dem Erlass einer Rückkehrentscheidung gegen einen Drittstaatsangehörigen entgegen, wenn feststeht, dass dessen Abschiebung in das vorgesehene Zielland nach dem Grundsatz der Nichtzurückweisung auf unbestimmte Zeit wegen des Vorliegens von Abschiebungsverboten ausgeschlossen ist. Ferner ist die Aufrechterhaltung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots, das von einem Mitgliedstaat gegen einen Drittstaatsangehörigen, der sich in dessen Hoheitsgebiet befindet und gegen den aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf der Grundlage einer früheren strafrechtlichen Verurteilung eine bestandskräftig gewordene Ausweisungsverfügung ergangen ist, unzulässig, wenn die von diesem Mitgliedstaat gegen diesen Drittstaatsangehörigen erlassene Rückkehrentscheidung aufgehoben wurde, und zwar selbst dann, wenn die Ausweisungsverfügung bestandskräftig geworden ist.

Daraus ergibt sich die Pflicht, vor Erlass einer Abschiebungsandrohung das Vorliegen von Abschiebungsverboten, einschließlich familienbezogener Gründe zu prüfen. Unklar ist, welche Auswirkungen sich aus dieser Rechtsprechung für die Zulässigkeit von

Abschiebungsandrohungen ergeben, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung ein Zielstaat der Abschiebung nicht festgestellt werden kann, z.B. weil die Identität des Ausländers noch nicht geklärt ist. Unionsrechtlich bleibt die Ausländerbehörde nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil v. 03.06.2021; C-546/19) verpflichtet, gegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige, denen kein Aufenthaltstitel erteilt wird, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, die mit einem Einreiseverbot zu verknüpfen ist. In der Rechtsprechung wird im Allgemeinen aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG die Bezeichnung des konkreten Zielstaats für unverzichtbar gehalten. Wenn z.B. die Staatsangehörigkeit ungeklärt ist, weil der Ausländer seiner Herkunft verschleiert, und ein aufnahmebereiter Drittstaat nicht bekannt ist, darf jedoch auf die Angabe des konkreten Zielstaats verzichtet werden (BVerwG - 9 C 42/99, 25.07.2000).

Mit der Neufassung des Abs.3 S.1 wird nunmehr in Inanspruchnahme der opt out Klausel der Rückkehrrichtlinie eine Abschiebungsandrohung im Falle einer Ausreisepflicht infolge einer strafrechtlichen Verurteilung oder eines Auslieferungsverfahrens trotz Vorliegens von Abschiebungsverboten für zulässig erklärt. Unionsrechtlich ist dies unbedenklich. Es stellt sich aber die Frage, ob im Falle sog inlandsbezogener Ausweisungen auch über den Fall der strafrechtlichen Verurteilung hinaus eine Abschiebungsandrohung ergehen kann, wenn eine Zielstaatsbestimmung derzeit nicht möglich ist. Zur Klarstellung könnte z.B. vorgesehen werden, dass dem Erlass der Abschiebungsandrohung und eines Einreise und Aufenthaltsverbots nicht entgegensteht, wenn eine Bestimmung des Zielstaats der Abschiebung zum Zeitpunkt wegen ungeklärter Identität oder aus anderen sachlichen Gründen (Klärung der Aufnahmebereitschaft eines sicheren Drittstaats) nicht möglich ist.

Kay Hailbronner  
Fruthwilen, 8.12.2023