

24.11.23

Stellungnahme

des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz)

Der Bundesrat hat in seiner 1038. Sitzung am 24. November 2023 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH in aufenthalts- und asylrechtliche Regelungen (§§ 11, 59 Absatz 3 AufenthG und § 34 Absatz 1 Nummer 4 AsylG) den Zielen des vorliegenden Gesetzentwurfs, schnellere Rückführungen von Ausländern ohne Bleiberecht in Deutschland und Entlastung der Ausländerbehörden, noch effizienter gerecht werden kann.

Begründung:

Es sollte sichergestellt werden, dass die Ziele, welche durch den Gesetzentwurf erreicht werden sollen, nicht durch eine unvollständige Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH gefährdet werden.

Zu § 11 AufenthG:

In Fallkonstellationen, die unter die Rechtsprechung des EuGH bezüglich Inlandsausweisungen bei Vorliegen von Abschiebungshindernissen auf unabsehbare Zeit subsumiert werden können, kann eine Rückkehrentscheidung und in dessen Folge auch ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht verfügt werden (EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-69/21). Denn bei fehlender Rückkehrentscheidung kann auch ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht erlassen werden, da hier eine rechtliche Verknüpfung bestehe (EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021 – C-546/19).

In diesen Fallkonstellationen wird nun neben der Ausweisungsverfügung eine isolierte Titelerteilungssperre verfügt, sodass zumindest eine Aufenthaltsverfestigung bei Gefährdern verhindert werden kann. In diesen Konstellationen besteht allerdings keine Einheitlichkeit in der Rechtsprechung und somit eine aufzuklärende Rechtsunklarheit. Einerseits wird die Möglichkeit des isolierten Erlasses der Titelerteilungssperre angenommen (VGH Mannheim, Urteil vom 2. Januar 2023 – 12 S 1841/22). Andererseits wird ein solcher isolierter Erlass abgelehnt, da es sich bei der Titelerteilungssperre um die unmittelbare Rechtsfolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots handele (VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Januar 2020 – 11 S 3477/19).

Vor diesem Hintergrund sollte eine Rechtsgrundlage für den Erlass einer isolierten Titelerteilungssperre unmittelbar in § 11 Absatz 1 AufenthG aufgenommen werden.

Zu § 59 Absatz 3 AufenthG:

Die dargestellte Rechtsprechung des EuGH ist in den Änderungen zu § 59 Absatz 3 AufenthG zwar aufgegriffen. Jedoch bezieht sich die Neuregelung nur auf Fälle, in denen der Abschiebung Abschiebungsverbote oder das Kindeswohl, familiäre Bindungen oder der Gesundheitszustand des Ausländers entgegenstehen. Die Gesetzesänderung führt dazu, dass gesetzliche Lücken bei Fällen mit langfristigen tatsächlichen Vollstreckungshindernissen (z. B. im Fall Afghanistan) entstehen. Diese waren von der Formulierung „Gründe für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung“ im bisherigen § 59 Absatz 3 AufenthG umfasst.

Zu § 34 Absatz 1 Nummer 4 AsylG:

Die Neueinfügung der Nummer 4 setzt die Rechtsprechung des EuGH (Beschluss vom 15. Februar 2023 – C-484/22) nicht vollständig in nationales Recht um. Insbesondere werden die explizit in dem Gesetzesentwurf genannten Ziele einer schnelleren Rückführung von Ausländern ohne Bleiberecht in Deutschland und einer Entlastung der Ausländerbehörden, um deren Leistungsfähigkeit zu stärken, mit der konkreten Umsetzung nicht ausreichend gestützt.

In der Begründung des Gesetzentwurfs wird klargestellt, dass ab rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens die Ausländerbehörden der Länder für die weiteren aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen, insbesondere bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Abschiebungsandrohung nach Abschluss des Asylverfahrens vorliegen oder entfallen sind, zuständig seien.

Durch die hierdurch erfolgende Verlagerung der Rückkehrentscheidung in die Zuständigkeit der Länder kommt auf die Ausländerbehörden eine nicht zu unterschätzende Mehrbelastung zu. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass deutlich mehr Vorträge zu den in Nummer 4 aufgezählten Kriterien beim BAMF vorgetragen werden dürften. Im Nachgang hierzu werden neue Sachvorträge an die Ausländerbehörden herangetragen werden, welche sodann in jedem Einzelfall geprüft werden müssen.

Anstatt einer Beschleunigung der Rückführungsprozesse dürfte folglich eine Verlängerung der Verfahren zu prognostizieren sein. Denn es ist zu erwarten, dass durch die Länder zunächst die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des BAMF abgewartet werden wird. Darüber hinaus führt die Aufsplittung des Be-

scheides (Ablehnung des Asylantrags durch das BAMF, Rückkehrentscheidung durch die Ausländerbehörden) zu einer doppelten Rechtsschutzmöglichkeit für die Antragsteller, welche sodann die Dauer der verwaltungsgerichtlichen Verfahren erhöhen könnte. Grundsätzlich wäre daher eine weitergehende Zuständigkeit des Bundes, auch für nachträgliche Rückkehrentscheidungen, den Zielen des Gesetzentwurfs zuträglicher und daher zu favorisieren.

Soweit trotz alledem an dem eingeschlagenen Weg der Zuständigkeitsverlagerung auf die grundsätzlich zu entlastenden Ausländerbehörden festgehalten werden soll, sollte allerdings der Gesetzeswortlaut klarer gefasst werden. Die Fassung des § 34 Absatz 1 und 2 AsylG führt nicht eindeutig zu angedachten Zuständigkeitsverlagerung bei rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens. Weder der Wortlaut des Absatzes 1 („erlässt“) noch der Wortlaut des Absatzes 2 Satz 1 („soll“) stehen einer über den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens hinausgehenden Zuständigkeit des BAMF für nachträgliche Rückkehrentscheidungen zwingend entgegen. Dies birgt die zu verhindernde Gefahr, dass das Verfahren weiter in die Länge gezogen wird, sollte ein Verwaltungsgericht eine Rückkehrentscheidung der Ausländerbehörde mangels Zuständigkeit als formell rechtswidrig ansehen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb (§ 48 Absatz 3 Satz 3 AufenthG)

In Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb § 48 Absatz 3 Satz 3 ist das Wort „werden.“ durch die Wörter „werden; § 58 Absatz 9a gilt entsprechend.“ zu ersetzen.

Begründung:

Die Wohnungsdurchsuchung steht unter Richtervorbehalt (§ 48 Absatz 3 Satz 3 AufenthG-E). Es fehlt aber die ausdrückliche Regelung des Rechtswegs. Im anderen Zusammenhang wird durch § 58 Absatz 9a AufenthG die Zuständigkeit für die Anordnung von Wohnungsdurchsuchungen den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Der Rechtsweg hinsichtlich Wohnungsdurchsuchungen sollte nicht auseinanderfallen. § 58 Absatz 9a AufenthG sollte deshalb für entsprechend anwendbar erklärt werden, um Rechtsunsicherheiten über die Rechtswegfrage und einer hiermit verbundenen Belastung der Gerichtsbarkeit vorzubeugen.

3. Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe b (§ 48 Absatz 3b₁ – neu – AufenthG)

Nach Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe b § 48 Absatz 3b ist folgender Absatz einzufügen:

„(3b₁) Digitale Daten aus öffentlich verfügbaren Quellen können, auch unter Hinzuziehung von im Zusammenhang der im Rahmen des Auslesens erlangter personenbezogener Informationen, zum Zwecke der Identitätsklärung erhoben und verarbeitet werden.“

Begründung:

Abgesehen von der Datenträgerauswertung ist die sog. OSINT-Recherche (Open Source Intelligence-Recherche) eine weitere Möglichkeit, die Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers zu klären. Sie beinhaltet die systematische Sammlung, Analyse und Auswertung von Informationen, die über das Internet, insbesondere in sozialen Medien, Nachrichtenquellen, öffentlichen Aufzeichnungen und anderen öffentlich verfügbaren Informationsquellen frei zugänglich sind.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist eine parlamentarische Kodifizierung der Möglichkeit der OSINT-Recherche sinnvoll.

4. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe a Doppelbuchstabe cc (§ 11 Absatz 1 Satz 3
AufenthG),

Buchstabe b Doppelbuchstabe cc (§ 11 Absatz 2 Satz 4
AufenthG),

Nummer 8a – neu – (§ 53 Absatz 2a – neu – AufenthG)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nummer 4 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Buchstabe a Doppelbuchstabe cc sind nach dem Wort „werden“ die Wörter „das Wort „erneut“ gestrichen und‘ einzufügen.

bb) In Buchstabe b Doppelbuchstabe cc sind die Wörter „oder der Zurückweisung“ durch die Wörter „ , der Zurückweisung oder, in den Fällen des § 53 Absatz 2a, der Wirksamkeit der Ausweisung“ zu ersetzen.

b) Nach Nummer 8 ist folgende Nummer einzufügen:

„8a. Nach § 53 Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

„(2a) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für einen Ausländer, der sich nicht in der Bundesrepublik Deutschland aufhält.“

Begründung:

Nach dem Urteil des BVerwG vom 25. Mai 2023 (Az. 1 C 6.22, BeckRS 2023, 11346 = ZAR 2023, 347 = DÖV 2023, 863 = NVwZ 2023, 1655)) bieten die Vorschriften der §§ 53 ff. AufenthG keine Rechtsgrundlage für die Ausweisung eines visumpflichtigen drittstaatsangehörigen Ausländers, der noch nie in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und sich dort aufgehalten hat. Zugleich hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 31. März 1998 (Az. 1 C 28.97, NVwZ 1998, 740)) zum früheren Ausweisungsrecht entschieden, dass es nicht zu den tatbestandlichen Voraussetzungen gehört, dass sich der Ausländer, der jedenfalls früher in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und sich dort aufgehalten hat, aktuell (das heißt zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung) noch im Bundesgebiet aufhält. Um für die Fallgruppen, dass eine Person noch nie in Deutschland aufhältig war oder sich nicht mehr in Deutschland aufhält eine eindeutige Rechtsgrundlage für eine Ausweisung zu schaffen, soll deshalb § 53 AufenthG um einen neuen Absatz 2a ergänzt werden. Die bisherige Gesetzeslage ist nicht ausreichend, um ausländerrechtliche Gefährder in derartigen Fallkonstellationen effektiv und langfristig aus dem Bundesgebiet fernzuhalten. Insbesondere kommt der Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots und daran anknüpfend eine schengenweite Ausschreibung im SIS bei bloßer Ablehnung eines Visumantrags nicht in Betracht. Bei Personen mit visumfreier Einreisemöglichkeit besteht erst recht keine Möglichkeit der Fernhaltung aus dem Bundesgebiet. Im Hinblick auf die aktuelle Entwicklung des Nahostkonflikts ist eine Schließung der derzeitig gegebenen gesetzlichen Sicherheitslücke dringend notwendig.

Ein Voraufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet ist mit der Gesetzesänderung nicht mehr erforderlich. Der persönliche Anwendungsbereich deckt sich aufgrund der systematischen Stellung mit dem des § 53 Absätze 1 und 2 AufenthG (vergleiche § 1 Absatz 2 AufenthG, § 1 FreizügG/EU; § 53 Absätze 3, 3a und 4 AufenthG); dabei kommt es nicht darauf an, ob der Ausländer visumpflichtig ist oder nicht. Tatbestandliche Voraussetzungen für eine Ausweisung im Rahmen des neuen § 53 Absatz 2a AufenthG sind

1. dass der künftige – erstmalige oder erneute – Aufenthalt des Ausländers die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, und
2. die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Fernhaltung des Ausländers vom Bundesgebiet mit den Interessen an einem erstmaligen oder erneuten Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung überwiegt.

Eine Anordnung der entsprechenden Geltung der §§ 54, 55 AufenthG ist entbehrlich. Zum einen nehmen beide Vorschriften ausdrücklich auf § 53 Absatz 1 Bezug, zum andern unterliegen alle „Ausweisungsinteressen“ und „Bleibeinteressen“ noch der umfassenden Abwägung des § 53 Absatz 1, Absatz 2 AufenthG. Im Übrigen ist die Regelung des § 54 AufenthG im Rahmen des neuen § 53 Absatz 2a AufenthG bereits unmittelbar anwendbar, da sie nach ih-

rem Wortlaut gerade nicht auf das öffentliche Interesse „an der Ausreise“, sondern auf das (öffentliche) „Ausweisungsinteresse im Sinne von § 53 Absatz 1 AufenthG“ abstellt, das als Rechtsbegriff jedenfalls durch den neuen § 53 Absatz 2a AufenthG entsprechend erweitert wird. Allerdings setzt dies voraus, dass das einzelne in § 54 AufenthG geregelte Ausweisungsinteresse auf den jeweiligen Auslandssachverhalt tatbestandlich anwendbar ist. Bei § 55 AufenthG wird zwar auf das „Bleibeinteresse“ abgestellt, das nach seinem Wortlaut nur bei einem Voraufenthalt des Ausländers überhaupt in Betracht kommen kann. Bei einem fehlenden Voraufenthalt fließen aber etwa die in § 55 AufenthG umgesetzten verfassungsrechtlichen Wertungen aus Artikel 6 des Grundgesetzes bereits unmittelbar – ggf. auch über § 53 Absatz 2 AufenthG – in die tatbestandliche Abwägung des § 53 Absatz 1 AufenthG ein. Gleiches gilt schließlich für die einfachgesetzlichen Wertungen „besonders schwerwiegend“ und „schwerwiegend“ in § 54 und § 55 AufenthG.

Zu Buchstabe a

Es handelt sich um Änderungen, die aus der Änderung in Buchstabe b erforderlich werden.

Zu Doppelbuchstabe aa

Da in § 53 Absatz 2a AufenthG eine – nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (siehe Urteil vom 25. Mai 2023 – Az. 1 C 6.22 – juris) erforderliche – Rechtsgrundlage für Ausweisungen von Ausländern geschaffen wird, die sich noch nie in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten haben, bedarf es für das gemäß § 11 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 AufenthG gemeinsam mit der Ausweisungsverfügung zu erlassende „Einreise- und Aufenthaltsverbot“ einer Anpassung des Gesetzeswortlauts des § 11 Absatz 1 Satz 2 AufenthG, da insoweit nunmehr ein Voraufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet nicht mehr erforderlich ist. Infolge des Einreise- und Aufenthaltsverbots darf der Ausländer somit weder – erneut oder erstmalig – in das Bundesgebiet einreisen noch sich darin aufhalten noch darf ihm, selbst im Falle eines Anspruchs nach dem Aufenthaltsgesetz, ein Aufenthaltstitel erteilt werden.

Zu Doppelbuchstabe bb

In den Fällen, in denen ein Ausländer, der sich noch nie oder jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung nicht in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten hat und der gemäß der neuen Vorschrift des § 53 Absatz 2a AufenthG ausgewiesen wird, kann die Frist nicht mit der Ausreise beginnen. Ersatzzeitpunkt an deren Stelle ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Ausweisungsverfügung (vergleiche auch § 84 Absatz 2 Satz 1 AufenthG), wie er in § 43 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 41 VwVfG bzw. den entsprechenden Vorschriften der Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze bestimmt ist. Dabei bleiben die Vorschriften über die Bekanntgabe durch Zustellung – ggf. auch durch öffentliche Zustellung – unberührt (vergleiche auch § 41 Absatz 5 VwVfG).

5. Zu Artikel 1 Nummer 8a – neu – (§ 53 Absatz 3a Satz 1, 2 – neu – AufenthG)

Nach Artikel 1 Nummer 8 ist folgende Nummer einzufügen:

„8a. § 53 Absatz 3a wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 wird das Wort „national“ gestrichen.

b) Folgender Satz wird angefügt:

„Zwingende Gründe der Sicherheit und Ordnung liegen insbesondere in den Fällen des § 54 Absatz 1 vor.“

Begründung:

Zu Buchstabe a

Die Umsetzung der Richtlinie geht im Sprachgebrauch mit dem Begriff der nationalen Sicherheit über das bei verständiger Auslegung der Richtlinie gewollte hinaus. Vielmehr soll mit dem Begriff der nationalen Sicherheit ein Auslegungsspielraum auf nationaler Ebene eröffnet werden, ohne dass bei jedem Ausweisungstatbestand die nationale Sicherheit gefährdet sein muss. Es ist also Beurteilungsspielraum bei der Einstufung von „zwingenden Gründen“, vorhanden, ein besonderer Schweregrad im Einzelfall muss aber gegeben sein.

Zu Buchstabe b

Zusammen mit dem Chancen-Aufenthaltsrecht ist auch § 53 Absatz 3a AufenthG geändert worden: Eine Ausweisung von Asylberechtigten, Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten ist seitdem nur noch „bei Vorliegen zwingender Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ zulässig.

Der Wortlaut des § 53 Absatz 3a AufenthG in der seit 31. Dezember 2022 geltenden Fassung orientiert sich lt. Begründung des Gesetzentwurfes an Artikel 24 der Qualifikationsrichtlinie (2011/95/EU), so dass man sich hinsichtlich der hierin geforderten „zwingenden Gründe“ orientieren kann. Die Begründung des Gesetzentwurfs verweist auch auf das Urteil des EuGH vom 24. Juni 2015 - C373/13 -, wonach es immer auf den Einzelfall ankommt und ob von dem Betroffenen eine hinreichend schwere Gefahr ausgeht (d. h. Würdigung Schweregrad der Gefahr, individuelle Verantwortung (Rn. 87 ff).)

So auch das Urteil des BVerwG vom 22. Februar 2017 - 1 C 3.16 -, Rn. 50 ff: Der Begriff „zwingende Gründe“ deutet auf einen besonderen Schweregrad der Beeinträchtigung. Der EuGH betont aber lt. BVerwG, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, nach ihren nationalen Bedürfnissen zu bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordere. Es ist einzelfallbezogen der Schweregrad der Gefahr zu beurteilen, die von den Handlungen des Betroffenen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen (Rn. 52). Ob eine Gefahr hinreichend gewichtig ist, um „zwingende Gründe“ in diesem Sinne darzustellen, überlässt EuGH den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten und

erkennt auch einen Einschätzungsspielraum nach nationalen Bedürfnissen an (Rn. 54).

Es ist also durchaus Beurteilungsspielraum bei der Einstufung von „zwingenden Gründen“ vorhanden, ein besonderer Schweregrad im Einzelfall muss aber gegeben sein. Dies dürfte eine aktuelle Gefahrenprognose für hohe Schutzgüter beinhalten. Lt. Begründung im Gesetzentwurf sollte aber auch Generalprävention zulässig sein.

Hilfreich für die Anwendung in der Praxis wäre insoweit ein verbindlicher Hinweis im Gesetz, in welchen Fällen nach nationaler Definition solche „zwingenden Gründe“ vorliegen.

Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor.

Insbesondere vor dem Hintergrund des Nahostkonflikts sowie antisemitischer Ausschreitungen und Aktionen von Personen in Deutschland, die dem Anwendungsbereich des § 53 Absatz 3a AufenthG unterfallen könnten, ist es im Interesse der Rechts- und Handlungssicherheit für die Ausländerbehörden nötig, die zwingenden Gründe wie vorgeschlagen zu definieren.

6. Zu Artikel 1 Nummer 11 Buchstabe a (§ 58 Absatz 5 Satz 2 AufenthG)

Der Bundesrat begrüßt, dass die Voraussetzungen für das Betreten von Wohnungen Dritter und gemeinschaftlich genutzter Räumlichkeiten konkretisiert wurden. Im Hinblick auf die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bittet der Bundesrat, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwieweit die zutreffenden Ausführungen der Einzelbegründung (vgl. BR-Drucksache 563/23, Seite 43 ff.) unmittelbar im Gesetzeswortlaut verankert werden könnten.

Gesetzlich klargestellt werden sollte, dass bei dem Betreten von Wohnungen Dritter und gemeinschaftlich genutzter Räumlichkeiten die Belastungen von Minderjährigen, Familien mit Minderjährigen und weiterer besonders schutzbedürftiger Personengruppen besonders zu berücksichtigen sind.

7. Zu Artikel 1 Nummer 11 Buchstabe d (§ 58 Absatz 9a Satz 2 AufenthG)

In Artikel 1 Nummer 11 Buchstabe d § 58 Absatz 9a Satz 2 sind nach dem Wort „Vorschriften“ die Wörter „in Buch 7“ einzufügen.

Begründung:

Die Klarstellung hat den Vorteil, dass auch mit Blick auf die örtliche Zuständigkeit ein Gleichlauf bezüglich des für die Anordnung von Abschiebungshaft und Wohnungsdurchsuchung zuständigen Gerichts gewährleistet ist. Mit Blick darauf, dass für die Abschiebungshaft nach § 106 Absatz 2 Satz 1 AufenthG

i. V. m. § 416 Satz 1 FamFG grundsätzlich dasjenige (Amts-)Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die betreffende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw. in dessen Bezirk das Bedürfnis für die Freiheitsentziehung entsteht, wird das zuständige Amtsgericht für Abschiebungshaft und Wohnungsdurchsuchung regelmäßig zusammenfallen. Denn der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. des Bedürfnisses für die Freiheitsentziehung dürfte regelmäßig auch derjenige Ort sein, in dem die zu durchsuchende Räumlichkeit im Sinne des § 58 Absatz 6 AufenthG liegt.

8. Zu Artikel 1 Nummer 12 (§ 59 AufenthG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob klarstellend geregelt werden kann, dass in einem Fall, in dem keine Abschiebungsandrohung erlassen wird, auch kein Einreise- und Aufenthaltsverbot gemäß § 11 AufenthG (isoliert) ergeht. Dies ergibt sich aus der Rückführungsrichtlinie. Es wäre jedoch wünschenswert, diesen Zusammenhang entweder in § 59 AufenthG oder in § 11 AufenthG zu verdeutlichen, um gegebenenfalls überflüssige Verwaltungsakte und nachfolgende Klageverfahren zu vermeiden und so Behörden und Gerichte zu entlasten.

9. Zu Artikel 1 Nummer 12 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb – neu – (§ 59 Absatz 3 Satz 3 AufenthG)

Artikel 1 Nummer 12 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

,b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Dem Erlass ...<< weiter wie Regierungsentwurf >>“

bb) Satz 3 wird gestrichen.‘

Begründung:

Zu begrüßen ist, dass § 59 Absatz 1 und 3 AufenthG sowie § 34 Absatz 1 AsylG an die Rechtsprechung des EuGH zu den unionsrechtlichen Anforderungen an die Rückkehrentscheidung angepasst werden. Die Abschiebungsandrohung setzt nunmehr voraus, dass „keine Abschiebungsverbote vorliegen und der Abschiebung weder das Kindeswohl noch familiäre Bindungen noch der Gesundheitszustand des Ausländers entgegenstehen.“

In § 59 Absatz 3 Satz 3 AufenthG ergibt sich eine Inkonsistenz zu § 59 Absatz 1 Satz 1 AufenthG-E. Neugefasst wird § 59 Absatz 3 Satz 1 AufenthG. § 59 Absatz 3 AufenthG lautet in der Neufassung seines Satzes 1 gemäß Gesetzentwurf:

„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. In der Androhung ist der Staat zu bezeichnen, in den der Ausländer nicht abgeschoben werden darf. Stellt das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Abschiebungsverbots fest, so bleibt die Rechtmäßigkeit der Androhung im Übrigen unberührt.“

Stellt das Verwaltungsgericht gemäß § 59 Absatz 3 Satz 3 AufenthG ein Abschiebungsverbot fest, dürfte die Abschiebungsandrohung bereits mit Blick auf § 59 Absatz 1 Satz 1 AufenthG-E rechtswidrig sein. Für eine Rechtmäßigkeit „im Übrigen“ verbleibt, abgesehen von den Fällen des § 59 Absatz 3 Satz 1 AufenthG-E kein Raum. Der sich somit weithin ergebende Regelungswiderspruch sollte behoben werden.

10. Zu Artikel 1 Nummer 13 Buchstabe b (§ 60a Absatz 5a AufenthG)

Der Bundesrat weist darauf hin, dass die Ausnahmeregelung des § 60a Absatz 5a AufenthG-E mit der Formulierung „Ist die Abschiebung eines Ausländers mit Kindern unter zwölf Jahren länger als ein Jahr ausgesetzt, ...“ zu erheblichen, die Gerichte durch zusätzliche Verfahren belastende Auslegungsschwierigkeiten führen wird, da unklar ist, ob über das Vorhandensein von Kindern im maßgeblichen Alter hinaus als weitere Voraussetzung etwa das Bestehen einer familiären Bindung vorliegen sollte.

Zur Entlastung der Rechtsprechung von dieser Auslegungsfrage bittet der Bundesrat im weiteren Gesetzgebungsverfahren um Prüfung, ob in Anlehnung an § 59 Absatz 1 Satz 1 AufenthG-E sowie die unionsrechtlichen Vorgaben die Regelung klarstellend dahin modifiziert werden kann, dass ihr „Ausländer mit einer familiären Bindung zu Kindern“ unterfallen.

11. Zu Artikel 1 Nummer 13a – neu – (§ 60b Absatz 2 Satz 2 AufenthG)

Nach Artikel 1 Nummer 13 ist folgende Nummer einzufügen:

,13a. In § 60b Absatz 2 Satz 2 wird das Wort „rechtskräftigen“ durch das Wort „vollziehbaren“ ersetzt.‘

Begründung:

Die Pflicht, notwendige Handlungen zur Erlangung eines Passes oder Passersatzes vorzunehmen, wurde mit dem „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ (Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15. August 2019, BGBl. I S. 1294) im Aufenthaltsgesetz verbindlich definiert. Hierzu wurde in

§ 60b Absatz 2 AufenthG eine besondere Passbeschaffungspflicht eingeführt, die ausweislich der Gesetzesbegründung auf vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer Anwendung findet. Zudem sollte diese neue Passbeschaffungspflicht ein weiteres (bis dahin) fehlendes Instrumentarium sein, damit der Rechtsstaat bei der Durchsetzung der Ausreisepflicht entschlossen handeln kann.

Die Mitwirkungspflichten in § 48 Absatz 3 AufenthG blieben unberührt neben der besonderen Passbeschaffungspflicht bestehen.

Durch § 60b Absatz 2 AufenthG wird geregelt, dass die Pflicht, einen Pass oder Passersatz zu besitzen, umfasst, diesen selbst zu erlangen und dazu selbst alle notwendigen zumutbaren Handlungen vorzunehmen. Zugleich sind in § 60b Absatz 3 AufenthG die einem Ausländer regelmäßig zumutbaren Handlungen zur Beschaffung eines Pass oder Passersatzes aufgezählt (hierzu zählt z. B. die Pflicht bei den Behörden des Herkunftsstaates persönlich vorzusprechen, an Anhörungen teilzunehmen, Lichtbilder nach Anforderung anzufertigen und Fingerabdrücke abzugeben, nach der Rechts- und Verwaltungspraxis des Herkunftsstaates erforderliche Angaben oder Erklärungen abzugeben oder sonstige nach der dortigen Rechts- und Verwaltungspraxis erforderliche Handlungen vorzunehmen).

Für Asylantragsteller werden gemäß der Klarstellung in § 60b Absatz 2 Satz 2 AufenthG vom Moment der Äußerung des Asylantrags oder des Asylgesuchs bis zur rechtskräftigen Ablehnung des Asylantrags diese Handlungen für nicht zumutbar erklärt.

Dies bedeutet in der Praxis, dass es einem zwar vollziehbar ausreisepflichtigen Asylbewerber dessen Klageverfahren (ohne aufschiebende Wirkung) noch anhängig ist, nach geltenden Rechtslage nicht zumutbar ist, die genannten Handlungen – also insbesondere persönliche Vorsprache bei den Behörden des Herkunftsstaates, Teilnahme an Anhörungen oder Abgabe von Fingerabdrücken zur Identifizierung durch die Herkunftsstaaten – zu vollziehen.

Das heißt, alle Asylbewerber, deren Klageverfahren nach dem Asylgesetz wegen offensichtlicher Unbegründetheit keine aufschiebende Wirkungen haben, werden in Bezug auf die Passbeschaffung dahingehend privilegiert, dass sie zwar vollziehbar ausreisepflichtig sind und bleiben, d. h. eine Rückführung in das Herkunftsland zumutbar und zulässig wäre, eine Vorsprache bei der Vertretung des Herkunftslandes zur Passbeschaffung, Teilnahme an Anhörung, Abgabe von Lichtbildern oder Fingerabdrücken zur Identifizierung hingegen ist nunmehr von Gesetzes wegen als unzumutbar eingestuft ist.

Alle gesetzlichen Regelungen zur Verbesserung der Aufenthaltsbeendigung – einschließlich der Festlegung weiterer sicherer Herkunftsstaaten laufen daher bei Asylbewerbern, deren Anträge wegen offensichtlicher Unbegründetheit abgelehnt worden sind und die vollziehbar ausreisepflichtig sind, ins Leere, da in dem Zeitraum zwischen Vollziehbarkeit und Rechtskraft, der durchaus mehrere Jahre betragen kann, zumutbare Handlungen nicht eingefordert und behördlicherseits auch nicht zwangsweise durchgesetzt werden können.

Die Ausländerbehörden dürfen den genannten Personenkreis vor rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens insoweit gar nicht auffordern, die in § 60b

Absatz 3 AufenthG normierten Handlungen vorzunehmen oder zu dulden, solange diese von Gesetzes wegen während eines anhängigen Asylverfahrens als unzumutbar eingestuft werden.

Es besteht damit eine Situation, dass es nach vollziehbarem aber noch nicht unanfechtbarem Abschluss des Asylverfahrens eine größere Anzahl von vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer geben wird, denen eine Abschiebung ins Herkunftsland rechtlich zumutbar, erforderliche Handlungen zur Passbeschaffung im Verhältnis zum Herkunftsstaat hingegen unzumutbar sind, so dass ihnen diese Handlungen behördlicherseits nicht abverlangt werden dürfen.

Auch für die Abschiebungshaft sind durch die geplante Gesetzesänderung im Ergebnis enorme Auswirkungen zu befürchten. Der Haftgrund des § 62 Absatz 3b Nummer 5 AufenthG (mangelnde Mitwirkung bei der Passbeschaffungspflicht) ist hierdurch weitgehend obsolet.

Auch eine Inhaftierung von Ausländern, deren Asylantrag als „offensichtlich unbegründet“ abgelehnt wurden, die nicht über Passpapiere verfügen und bei denen eine Beschaffung in der Vergangenheit zumeist nur im Rahmen der zwangsweisen Passbeschaffung erst im Rahmen der Abschiebungshaft erfolgte, aufgrund der Unzumutbarkeit bis zur Rechtskraft des Asylverfahrens ist nach derzeitiger Rechtslage nicht möglich.

Durch die Regelung in § 60b Absatz 2 Satz 2 AufenthG wurde daher die ursprünglich verfolgte gesetzgeberische Zielsetzung einer Verbesserung und Beschleunigung von Rückführungen mit der Einführung einer besonderen Passbeschaffungspflicht in ihr Gegenteil verkehrt.

12. Zu Artikel 1 Nummer 23 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd (§ 96 Absatz 1 Satz 2 AufenthG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 96 Absatz 1 Satz 2 AufenthG-E weiterer Konkretisierung und Präzisierung bedarf.

Begründung:

Nach dem vorgesehenen § 96 Absatz 1 Satz 2 AufenthG-E wird ebenso bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat.

Das Ziel dieser Änderung verdient uneingeschränkt Unterstützung. Aufgrund der akzessorischen Anknüpfung der Schleusungsstrafbarkeit nach § 96 AufenthG an hierdurch veranlasste oder geförderte Straftaten nach § 95 AufenthG geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Strafbarkeit wegen vollendeten Einschleusens von Ausländern das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten voraussetzt (sog. limitierte Akzessorietät). Diese Ausgestaltung führt – mangels tatbestandsmäßiger Haupttat – in denjenigen Fällen zur Straflosigkeit, in denen es an einem willensgetragenen Verhalten des Geschleusten fehlt, etwa beim Einschleusen von

Kleinkindern, Bewusstlosen oder Gefesselten, oder der Geschleuste nicht vorsätzlich gehandelt hat. Das jugendliche – und erst recht ein geringeres – Alter und die Unreife des Haupttäters können gegen eine Vorsatztat sprechen. Insbesondere bei geschleusten Kindern ist aufgrund ihres divergierenden Entwicklungsstands zweifelhaft, ob ihnen das Passieren der Staatsgrenze und der Umstand der unerlaubten Einreise überhaupt bewusst sind. Die damit verbundenen Feststellungsschwierigkeiten führen in der Praxis nicht selten dazu, dass Strafgerichte, um Revisionsrisiken zu vermeiden, Geschleuste unter 16 Jahren für die Tatverwirklichung unberücksichtigt lassen und sich auf die zumeist vorhandenen erwachsenen Geschleusten beschränken.

Diese Rechtslage ist unbefriedigend. Es ist daher zu begrüßen, dass durch die Änderung diese Strafbarkeitslücke geschlossen, die Rechtsanwendung erleichtert und gerade die schutzbedürftigsten Geschleusten in den Schutzbereich des Schleusungstatbestands in den Schutzbereich integriert werden sollen.

Allerdings erscheint die gewählte Formulierung noch verbesserungsbedürftig. Zum einen lässt die Regelung offen, welches Handeln zugunsten eines Ausländers strafbar sein soll, also für welche der verschiedenen Fälle des Satzes 1 sie gelten soll. Die in der Begründung angeführten Entscheidungen betreffen sämtlich Fälle der unerlaubten Einreise. Zum anderen legt die Formulierung nahe, dass nur auf das Erfordernis vorsätzlichen und rechtswidrigen Handelns des Geschleusten verzichtet werden soll, der objektive Tatbestand einer der in Bezug genommenen Straftaten nach § 95 AufenthG aber erfüllt sein muss. Da in denjenigen Fällen, in denen der Geschleuste nicht willensgetragen handelt, bereits der objektive Tatbestand der Bezugstat nicht erfüllt ist, würden die genannten Fälle der Schleusung von Kleinkindern, Bewusstlosen oder Gefesselten weiterhin nicht erfasst.

Ganz generell ist zu bedenken, dass die Schleusungsstrafbarkeit bislang an eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Handlungen der Geschleusten nach § 95 AufenthG anknüpft, die teilweise zusätzlich von dem Vorliegen besonderer subjektiver Voraussetzungen abhängig sind (siehe § 95 Absatz 2 Nummer 2 AufenthG). Es bleibt fraglich, ob auch in den Fällen, in denen der Geschleuste diese besonderen Voraussetzungen nicht erfüllt, Schleusungsunrecht nach § 96 AufenthG vorliegen soll. Weiterhin gilt es zu bedenken, dass die vorgesehene Einschränkung der akzessorischen Ausgestaltung dazu führen würde, dass sich Eltern, die mit mindestens zwei minderjährigen Kindern unerlaubt in das Bundesgebiet einreisen, wegen Schleusung nach § 96 AufenthG strafbar machen können. Ob diese Konsequenz beabsichtigt ist, bleibt unklar.

13. Zu Artikel 2 Nummer 5 (§ 15a Absatz 3a – neu – AsylG)

Artikel 2 Nummer 5 § 15a ist wie folgt zu ändern:

a) Nach Absatz 3 folgender Absatz einzufügen:

„(3a) Digitale Daten aus öffentlich verfügbaren Quellen können, auch unter Hinzuziehung von im Zusammenhang der im Rahmen des Auslesens erlangter personenbezogener Informationen, zum Zwecke der Identitätsklärung erhoben und verarbeitet werden.“

b) In Absatz 4 ist die Angabe „3“ durch die Angabe „3a“ zu ersetzen.

Begründung:

Abgesehen von der Datenträgerauswertung ist die sog. OSINT-Recherche (Open Source Intelligence-Recherche) eine weitere Möglichkeit, die Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers zu klären. Sie beinhaltet die systematische Sammlung, Analyse und Auswertung von Informationen, die über das Internet, insbesondere in sozialen Medien, Nachrichtenquellen, öffentlichen Aufzeichnungen und anderen öffentlich verfügbaren Informationsquellen frei zugänglich sind.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist eine parlamentarische Kodifizierung der Möglichkeit der OSINT-Recherche sinnvoll.

14. Zu Artikel 2 Nummer 11 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa, cc (§ 71 Absatz 2 Satz 1, 4 AsylG)

Artikel 2 Nummer 11 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa und cc sind zu streichen.

Begründung:

Die Änderung von § 71 Absatz 2 Satz 1 und Satz 4 AsylG wird abgelehnt. Die Zugänge müssen gerecht verteilt werden und diese Verteilung muss auch bei einem Folgeantrag bestehen bleiben. Es kann nicht im Belieben der Folgeantragsteller stehen, an welche Außenstelle des BAMF sie sich wenden. § 71 Absatz 2 AsylG muss daher in der geltenden Fassung fortbestehen.

15. Zu Artikel 8 (Inkrafttreten)

Artikel 8 ist wie folgt zu fassen:

„Artikel 8

Inkrafttreten

- (1) Dieses Gesetz tritt mit Ausnahme des Artikels 1 Nummer 11 Buchstabe d am Tag nach der Verkündung in Kraft.
- (2) Artikel 1 Nummer 11 Buchstabe d tritt am ... [einsetzen: Datum des ersten Tages des sechsten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] in Kraft.“

Begründung

§ 58 Absatz 9a Satz 1 AufenthG-E sieht eine Zuständigkeitsverlagerung für Wohnungsdurchsuchungen zum Zwecke der Abschiebung von der bislang zuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit vor. Hiervon können die Länder nach Satz 3 der Vorschrift zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit abweichen. Für diese Bestimmungen sieht der Gesetzentwurf hingegen keine Übergangsregelung vor. In den Ländern, die von der Abweichungsmöglichkeit Gebrauch machen wollen, entstünde damit die Situation, dass nach dem Tag der Verkündung die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig würde und dann einige Zeit später nach Erlass einer landesgesetzlichen Regelung wiederum die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Einen solchen insbesondere für die Praxis unbefriedigenden wiederholten Zuständigkeitswechsel gilt es mit dem Erlass einer angemessenen Übergangsregelung zu vermeiden.