

Berlin, im März 2006
Stellungnahme Nr. 08/06

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht

zum Entwurf eines Gesetzes

**zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der
Europäischen Union (Stand: 3.01.2006)**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Veronika Arendt-Rojahn, Marburger Str. 5, 10789 Berlin (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Klingerstraße 24, 60313 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Jürgen Moser, Alexandrinenstraße 2-3, 10969 Berlin

Rechtsanwalt Volkert Ohm, Am Wall 151-152, 28195 Bremen

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Allerheiligentor 2-4, 60311 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Vorstadtplatz 15, 72202 Nagold

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Blumenauerstraße 1, 30449 Hannover

Rechtsanwalt Klaus-Peter Stiegeler, Heinrich-von-Stephan-Str. 8 b, 79068 Freiburg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Philipp Wendt, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Inneren

- Innenausschuss des Bundestages
- Rechtsausschuss des Bundestages
- Innenausschüsse der Landtage
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien

- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)

- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht

- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Das Bundesministerium des Innern hat am 3. Januar 2006 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vorgelegt, und einige Verbände auf Bundesebene um Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf gebeten. Der Deutsche Anwaltverein bedauert sehr, dass das Ministerium eine Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins offenbar nicht für erforderlich angesehen hat. Der Deutsche Anwaltverein ist trotzdem gerne bereit, die anwaltliche Erfahrung aus der Anwendung des Ausländerrechts für die Gesetzgebung nutzbar zu machen. Es wird darum gebeten, den Deutschen Anwaltverein zukünftig an entsprechenden Gesetzgebungsvorhaben zu beteiligen.

Grundsätzlich stellt der DAV-Ausschuss Ausländer- und Asylrecht fest, dass der Entwurf in weiten Teilen nicht durch das Erfordernis der Umsetzung der Richtlinien getragen ist. Dies gilt insbesondere für die geplanten Verschärfungen im Bereich des Ausländerrechts. Der Ausschuss bedauert, dass die bisher gemachten praktischen Erfahrungen mit der Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes nicht berücksichtigt bzw. die im Koalitionsvertrag angekündigte Evaluierung anhand der Anwendungspraxis nicht abgewartet wurde. Bedauert wird ferner, dass der Entwurf keine Bestimmungen für eine dringend erforderliche Bleiberechtsregelung vorsieht. Insoweit wird verwiesen auf die Stellungnahme des Ausschusses vom 6. Dezember 2005, Nr. 53/05.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich aus Zeitgründen auf eine Würdigung einiger ausgewählter Aspekte der geplanten Neuregelungen im Bereich des Aufenthaltsrechts.

1. Art. 1 Nr. 6 des Entwurfes - § 9 AufenthGE -Niederlassungserlaubnis

In der Gesetzesbegründung wird zutreffend darauf hingewiesen, dass Artikel 13 der Richtlinie 2003/109 EG den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, für die Ausstellung dauerhafter oder unbefristeter Aufenthaltstitel günstigere Voraussetzungen zu bestimmen, als die in der Richtlinie festgelegten. Diese Aufenthaltstitel begründen nicht das Recht auf Aufenthalt in anderen Mitgliedsstaaten gemäß Kapitel 3.

Es wäre zu begrüßen, wenn die Bundesrepublik Deutschland bei der Anpassung des Aufenthaltsgesetzes an die Anforderungen der Richtlinie 2003/109 EG von dieser Möglichkeit Gebrauch machen würde. Dadurch würde vermieden, dass die nach dem geltenden Aufenthaltsgesetz gewährleistete aufenthaltsrechtliche Sicherheit abgebaut wird. Diese Sicherheit, die mit dem Aufenthaltsgesetz in Form der Niederlassungserlaubnis neu gestaltet wurde, ist eine wesentliche Grundlage für die Integration der in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten.

Leider wird in dem Gesetzesentwurf von der durch Artikel 13 der Richtlinie 2003/109 EG eingeräumten Möglichkeit nur dadurch Gebrauch gemacht, dass die für die Niederlassungserlaubnis in den §§ 19, 21 Abs. 4, 23 Abs. 2, 26 Abs. 3 und 4, 28 Abs. 2, 31 Abs. 3, 35 und 38 Abs. Nr. 1 AufenthG enthaltenen Erteilungstatbestände beibehalten werden.

§ 9 Abs. 2 AufenthG wird dagegen in dem Entwurf in der Weise umgestaltet, dass die in § 9 Abs. 2 Ziffern 1, 2, 3 und 8 (neu) genannten Voraussetzungen gegenüber den bisherigen Erteilungsvoraussetzungen nach § 9 Abs. 2 Ziffern 1, 2, 3 (alt) verschärft werden. Dies hat zur Folge, dass die dort geregelte "nationale" Niederlassungserlaubnis nur noch unter ungünstigeren, teilweise sogar strengeren Voraussetzungen erteilt werden kann als die neu eingeführte Niederlassungserlaubnis - Daueraufenthalt-EG. Folgende Verschärfungen sehen § 9 Abs. 2 AufenthGE vor:

- Abs. 2 Satz 1 Nr. 2: Verschärfung der Anforderungen an die Sicherung des Lebensunterhalts. Der Lebensunterhalt und derjenige der in häuslicher Gemeinschaft lebenden Angehörigen muss durch „feste und regelmäßige Einkünfte“ gesichert sein. Bisher reicht es aus, dass der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist;
- Abs. 2 Satz 2: verdeckte Verschlechterungen für Kranke und Behinderte, für die das Gesetz in der gegenwärtigen Fassung die Erlangung der Niederlassungserlaubnis unter erleichterten Voraussetzungen vorsieht;
- Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 erschwert es Familienangehörigen von Personen, denen eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt wurde, eine Niederlassungserlaubnis zu erhalten, ohne dass auch die Person, von dem sie den Familiennachzug ableiten, im Besitz der Niederlassungserlaubnis ist. Dies gilt namentlich für die Generation der Kinder.

In der Gesetzesbegründung wird der Eindruck erweckt, als seien die Verschärfungen durch die RL 2003/109/EG erzwungen. Dies trifft indes – wenn überhaupt – nur für die neu eingeführte Niederlassungserlaubnis – Daueraufenthalt-EG zu. Im übrigen ist die Begründung widersprüchlich. Auf Seite 136 heißt es ausdrücklich, die Umsetzung der Richtlinie solle nicht zur Folge haben, dass eine Niederlassungserlaubnis nach deutschem Recht unter wesentlich anderen Voraussetzungen als bisher erteilt werden solle.

Die Neuregelung der Niederlassungserlaubnis ist darüber hinaus kompliziert und verwirrend gestaltet und enthält eine Reihe von Unklarheiten. Insoweit wird verwiesen auf die Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes S. 3 ff. Es sei in diesem Zusammenhang an die Pflicht des Gesetzgebers erinnert, Gesetze so zu gestalten, dass sie übersichtlich und verständlich sind.

Der DAV-Ausschuss Ausländer- und Asylrecht schlägt aus den oben genannten Gründen vor, die aufenthaltsrechtliche Sicherheit für die in Deutschland lebenden MigrantInnen **nicht abzubauen**, sondern als Aufenthaltstitel eine "nationale" Niederlassungserlaubnis **unter den bisher geltenden Erteilungsvoraussetzungen** beizubehalten. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, welche Erkenntnisse die Verschärfungen gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage rechtfertigen sollen. Die Erteilung der Niederlassungserlaubnis - Daueraufenthalt-EG sollte zum Zwecke der Übersichtlichkeit **in einem gesonderten Paragraphen** geregelt werden. Dabei wären die nach der Richtlinie vorgegebenen Erteilungsvoraussetzungen aufzulisten. (Eine Verweisung ist nicht mehr möglich).

Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass § 9 Abs. 3 (neu) insofern nicht mit Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/1009 EG zu vereinbaren wäre, als er als Voraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis - Daueraufenthalt-EG einen fünfjährigen Aufenthalt "mit einer **Aufenthaltsurlaubnis** im Bundesgebiet" voraussetzt. Nach Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie darf nur ein fünfjähriger ununterbrochener **rechtmäßiger** Aufenthalt gefordert werden. Welche Zeiten in die Berechnung des Zeitraumes einfließen dürfen, ergibt sich aus Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie.

2. Regelungsvorschlag zu § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG

Der Regierungsentwurf enthält keinen Vorschlag, § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zu ändern. Es besteht jedoch Regelungsbedarf. Die Erlasslage zur Vorschrift ist widersprüchlich¹, die Vorschrift wird sehr unterschiedlich angewandt und schließlich ist eine widersprüchliche Rechtsprechung ergangen².

Es ist nicht bestritten, dass der Gesetzgeber die Kettenduldung unter bestimmten Umständen für unerwünscht erklärt hat und mit § 25 Abs. 5 AufenthaltG die Behördenpraxis ändern wollte, was mit § 30 Abs. 3 und 4 AuslG/90 nicht ausreichend gelungen war. Die Annahme des OVG Niedersachsen³, diese Absicht sei nicht Gesetz geworden, denn die zunächst aufgegebene „Duldung“ sei auf Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses doch wieder Gesetz geworden (§ 60 a), verkennt, dass mit § 25 Abs. 5 die Praxis der *Kettenduldung* eingeschränkt werden soll, was logischerweise das Rechtsinstrument der Duldung voraussetzt. Die Frage ist also nur, unter welchen Voraussetzungen die Duldung nicht zur Kettenduldung werden darf.

¹ Zum Beispiel Erlass des Rheinland-Pfälzischen Ministers des Innern und für Sport vom 17.12.2004 einerseits und des Hessischen Ministers des Innern und für Sport vom 7.2.2005 andererseits.

² Nur beispielhaft Verwaltungsgericht Oldenburg, Urteil v. 14.09.2005 – 11 A 1820/04 – Asylmagazin 2005, S. 30 f., bestätigt durch OVG Niedersachsen, Beschluss v. 24.10.2005 – 8 LA 123/05 – Asylmagazin 2005, S. 17 f. einerseits und Verwaltungsgericht Stuttgart, Urteil v. 11.10.2005 – 11 K 5363/03 und Verwaltungsgericht Darmstadt, Urteil v. 22.11.2005 – 4 E 2800/03 (1) andererseits.

³ a.a.O.

Heftig umstritten ist, ob § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthaltG das Merkmal „zumutbar“ enthält. Es ist überflüssig zu sagen, dass die Vorschrift kein geschriebenes Tatbestandsmerkmal „zumutbar“ oder „unzumutbar“ enthält. Freilich taucht in der Gesetzesbegründung das Tatbestandsmerkmal auf. Von dort ist es auch in die vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern übernommen worden. Das ist rechtsdogmatisch in der Tat nicht unproblematisch, zumal der Gesetzgeber in anderen Bestimmungen das Zumutbarkeitsmerkmal ausdrücklich nennt (z. B. § 25 Abs. 3 Satz 2 AufenthaltG). Allerdings ist es nicht notwendig, in die Bestimmung das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal hineinzulesen. Das gewünschte Ergebnis kann anders erreicht werden.

Wiederum unbestritten ist, dass auch bei der Anwendung des § 25 Abs. 5 AufenthaltG der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (so auch ausdrücklich Verwaltungsgericht Oldenburg⁴). Der Gesetzgeber hat mit dem Merkmal „*rechtliche* Unmöglichkeit“ darauf hingewiesen. Rechtliche Unmöglichkeit ergibt sich nicht nur aus der sonst erfolgenden Verletzung der Art. 1 und/oder 2 GG. Jedoch wird eingewandt, zielstaatsbezogene Gesichtspunkte seien im Rahmen der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht in die Erwägung mit einzubeziehen (so u. a. OVG Niedersachsen⁵).

Dieses Argument trägt der verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht ausreichend Rechnung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dient – europarechtlich wie national-verfassungsrechtlich – der „Domestizierung des Staates“ (Herzog) und der „Einzelfallgerechtigkeit“ und soll verhindern, dass der Einzelne nur noch Objekt staatlichen Handelns wird.⁶ Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit heißt im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthaltG: Es werden gegenübergestellt die Durchsetzung der grundsätzlich bestehenden Verpflichtung zur Ausreise und – in einer umfassenden Würdigung⁷ - die Folgen für den Einzelnen. Dabei sind selbstverständlich auch zielstaatsbezogene Gesichtspunkte zu beachten. Der Einwand, (in bestimmten Fällen) habe das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zielstaatsbezogene Gesichtspunkte bereits geprüft, ist nicht stichhaltig. Denn das BAMF hat, wenn es über Abschiebungshindernisse nach § 60 AufenthG zu befinden hat, gerade nicht die Interessenabwägung vorgenommen, die durch § 25 Abs. 5 AufenthaltG und durch das Verfassungsrecht aufgegeben sind.

In die Interessenabwägung sind selbstverständlich alle Gesichtspunkte einzubeziehen, die mit der Aufenthaltsdauer und der inzwischen erfolgten Integration, insbesondere hier geborener oder aufgewachsener Kinder, zu tun haben.

4 a.a.O.

5 a.a.O.

6 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20/Teil VII, Rn. 71 u. 83.

7 BVerfG, Beschluss v. 05.02.2003 – 2 BvR 327/02 u. a., NJW 2003, 2225 f.

Dem Gesetzgeber wird deswegen vorgeschlagen, § 25 Abs. 5 Satz 1 wie folgt zu fassen:

Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann abweichend von § 11 Abs. 1 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist; **rechtliche Unmöglichkeit ist auch anzunehmen, wenn eine Rechtsgüterabwägung im Einzelfall das staatliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung als nachrangig erscheinen lässt.**

Aus § 25 AufenthG wird damit nicht eine „verkappte Altfallregelung“ (wie der Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern schreibt). Eine Altfallregelung erfordert gerade nicht im Einzelfall einen Rechtsgüterabwägung.

3. Familiennachzug

a) Art. 1 Nr. 16 des Entwurfs, Änderung von § 27 AufenthG

Mit der Änderung in § 27 AufenthG soll der Ehegattennachzug bei Scheinehen erschwert werden. Dass ein Familiennachzug nicht stattfinden kann, wenn eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht beabsichtigt ist, ergibt sich bereits aus dem geltenden § 27 Abs. 1 AufenthG. Die neue Vorschrift führt zu einer Beweislastumkehr: Der Antragsteller muss beweisen, dass die Ehe nicht ausschließlich zur Erlangung des Aufenthaltstitels geschlossen wurde. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist dies genau umgekehrt: Die Behörde muss ernsthafte Anhaltspunkte für ihren Verdacht darlegen. Die Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 6 Abs. 1 GG erscheint zweifelhaft.

In jedem Fall dürfte die neue Vorschrift den Ausländerbehörden und den Auslandsvertretungen noch mehr als bisher Möglichkeiten zur Entscheidungsverzögerung oder Ablehnung eröffnen.

Auch dürfte die Regelung unvereinbar sein mit der Richtlinie Familiennachzug (Art. 16 Abs. 2 b 2003/86 EG). Die Richtlinie ist so formuliert, dass die Behörde positiv festzustellen hat, ob keine tatsächlichen ehelichen oder familiären Bindungen bestehen.

b) Art. 1 Nr. 19 des Entwurfs, Änderung von § 30 AufenthG

Der Gesetzentwurf sieht beim Ehegattennachzug die Einführung eines Nachzugsalters von 21 Jahren vor (§ 30 Abs. 1 Nr. 1) und verlangt im übrigen, dass der nachzugswillige Ehegatte bereits über einfache Deutschkenntnisse verfügt (§ 30 Abs. 1 Nr. 2).

(1.) Nachzugsalter

Die Richtlinie 2003/86 EG (Art. 4 Abs. 5) eröffnet den Mitgliedsstaaten zwar einen entsprechenden Spielraum. Der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes hat von dieser Möglichkeit allerdings bewusst keinen Gebrauch gemacht. Es ist nicht ersichtlich, dass sich innerhalb eines Jahres Gründe für eine Neuregelung ergeben hätten. Soweit in der Begründung darauf abgestellt wird, dass durch die Festlegung eines Mindestalters junge Ausländer vor einer Zwangsehe geschützt werden sollen, ist nicht erkennbar, dass der behauptete Schutzzweck mit dieser Regelung erreicht werden kann. Bei dem angesprochenen Personenkreis kommt es ohnehin erfahrungsgemäß rasch zur Schwangerschaft, erst recht, wenn durch die Schwangerschaft rechtlicher Druck auf die Nachzugsmöglichkeit ausgeübt werden kann. Denn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht ist insoweit strikt. In der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.05.1987⁸ hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass gerade junge Eltern des besonderen Schutzes bedürfen, weil sie häufig durch die Geburt von Kindern gekennzeichnet seien. Der betroffenen Frau dürfte mit der Neuregelung deshalb ein zweifelhafter Dienst erwiesen werden: Sie wird zur Durchsetzung des Nachzugs (des eigenen oder des Mannes) vermutlich noch schneller schwanger als sonst üblich.

(2) Sprachkenntnisse

§ 30 Abs. 1 Ziffer 2 AufenthaltG verpflichtet zum Erwerb deutscher Sprachkenntnisse vor Einreise. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/86 EG sieht allerdings nur vor, dass Integrations**maßnahmen** verlangt werden können. Von Integrations**voraussetzungen**, wie sie nun in § 30 Abs. 1 Ziffer 2 AufenthaltG formuliert sind, ist nicht die Rede.

Der Gesetzgeber meint, mit der Neuregelung könne eine Anregung gegeben werden, die Integration zu erleichtern. Praktisch lässt sich dies zum einen kaum durchführen und würde in vielen Fällen einen Nachzug auf Dauer ausschließen. Denn es ist zu berücksichtigen, dass viele nachzugswillige Ehegatten in ihren Heimatländern kaum adäquate Möglichkeiten haben werden, die deutsche Sprache vor der Einreise zu erlernen. Deshalb räumt das geltende Recht in § 44 Abs. 1 Nr. 1 b AufenthG den nachziehenden Familienangehörigen einen Anspruch auf Teilnahme an einem Integrationskurs ein und verpflichtet sie unter den Voraussetzungen des § 44 a AufenthG zur Teilnahme. Statt neue Regelungen zu schaffen, die den Familiennachzug erschweren, sollte es in 1. Linie darum gehen, die Effektivität der Umsetzung der bisherigen gesetzlichen Regelungen zu überprüfen und zu beurteilen.

⁸ BVerfGE 76, 1, 69

Mit den vorgesehenen Änderungen werden Einschränkungen vorgenommen, die sich im Ergebnis weder mit Art. 8 EMRK noch mit Artikel 6 GG vereinbaren lassen.

Von den vorgesehenen Verschärfungen sind auch die Familienangehörigen von Flüchtlingen betroffen. Für sie sieht Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/86/EG vor, dass von ihnen die Teilnahme an Integrationsmaßnahmen erst verlangt werden kann, nachdem die Familienzusammenführung gewährt wurde. Die vorgesehene Regelung in § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthGE verstößt insoweit auch gegen die Richtlinie 2003/86/EG.

4. Verschärfungen im Haftrecht

Der DAV-Ausschuss Ausländer- und Asylrecht ist der Auffassung, dass die Regelungen zur Abschiebungshaft einer generellen Überprüfung bedürfen. Die Inhaftierungen und die Dauer der Haft sind in vielen Fällen unverhältnismäßig. Es ist Besorgnis erregend, dass der Gesetzentwurf die Haftgründe ausweitet, anstatt die Zulässigkeit von Sicherungshaft auf die absolut notwendigen Fälle zu beschränken.

a) Art. 1 Nr. 8 : Einführung von Sicherungshaft in § 15 Abs. 5 AufenthGE

Mit dieser Vorschrift, die Sicherungshaft für einen längeren zwangsweisen Aufenthalt im Transitbereich ohne richterliche Entscheidung vorsieht, reagiert der Gesetzentwurf auf die Rechtsprechung, beispielsweise der Oberlandesgerichte Frankfurt und München, nach der ein zwangsweiser Aufenthalt im Transitbereich eines Flughafens bzw. in einer Asylbewerberunterkunft am Flughafen nach Ablauf des Flughafenverfahrens gemäß § 18 a AsylVfG eine nicht auf einer Rechtsgrundlage bestehende Freiheitsentziehung ist. Die neu eingefügte Vorschrift des § 15 Abs. 5 AufenthGE soll nunmehr auch einen längeren zwangsweisen Aufenthalt, der nicht mehr auf § 18a Abs. 1 AsylVfG beruht, legalisieren.

Zur Begründung bezieht sich der Gesetzentwurf auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14.05.1996⁹. In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings nur festgestellt, dass der Aufenthalt eines Ausländers im Transitbereich eines Flughafens oder in einer Flughafen - Asylunterkunft auch gegen seinen Willen, keine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung darstellt. Die Feststellung bezieht sich allerdings nur auf die maximal 18-tägige Dauer des Flughafen-Asylverfahrens gemäß § 18 a AsylVfG.

⁹ BVerfGE 94, 166

Die geplante Vorschrift ist insoweit widersprüchlich, als sie die Möglichkeit der Anordnung einer Sicherungshaft mit einschließt, was aber durch die Änderung gerade nicht mehr notwendig sein soll. Sollte mit diesem Gesetzentwurf beabsichtigt werden, einen zwangsweisen Aufenthalt im Transitbereich eines Flughafens oder einer Flughafen -Asylunterkunft auf längere Zeit ohne richterliche Anordnung zu ermöglichen, verstieße dies gegen Art. 104 Abs. 2 GG. Dem kann nicht, wie in der Begründung zu dieser Vorschrift ausgeführt wird, entgegengehalten werden, dass ein solcher zwangsweiser Aufenthalt deshalb keine Freiheitsentziehung darstellt, weil den Betroffenen das "luftseitige Verlassen des Bereichs offen steht". Dem Betroffenen steht i.d.R. nämlich eine solche Verlassensmöglichkeit nicht zur Seite, weil die für die Ausreise ebenso wie für die Zurückweisung notwendigen Papiere fehlen; ansonsten wäre nämlich die Zurückweisung bereits durch die Bundespolizei erfolgt. Im Übrigen befinden sich die Betroffenen in der Flughafen Asylunterkunft in einem abgeschlossenen Gebäude, welches sie nicht verlassen können, auch nicht "luftseitig".

Es ist schließlich bedenklich, dass im Gegensatz zu der Höchstdauer der Abschiebungshaft in § 62 AufenthG, eine Höchstdauer für die zwangsweise Unterbringung in der Flughafen-Asylunterkunft nicht vorgesehen ist. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte verlangt für die Verhängung von Sicherungshaft über 6 Monate hinaus, dass sich ein Betroffener der Abschiebung widersetzt, die mangelnde Befolgung der Mitwirkungspflicht ist nicht ausreichend. Wenn der zwangsweise Aufenthalt in der Flughafen-Asylunterkunft nicht der richterlichen Kontrolle unterliegt, besteht eine große Gefahr für eine lange Verweildauer in dieser Unterkunft. Auch wird durch die fehlende richterliche Kontrolle die Bundespolizei nicht angehalten, Vollzugsmaßnahmen in kürzest möglicher Zeit vorzunehmen.

Soweit der Gesetzentwurf vorsieht, dass der Betroffene nach einer Entlassung aus der Sicherungshaft wieder in die Flughafen - Asylunterkunft zurück gebracht wird, stellt dies nicht eine Entlassung aus der Sicherungshaft, sondern eine Fortsetzung der Freiheitsentziehung dar, die ohne richterliche Anordnung verfassungswidrig ist.

b) Art. 1 Nr. 41: § 62 Abs. 4 AufenthGE

Mit dieser Vorschrift soll den Ausländerbehörden das Recht zur Festnahme eines Ausländers gegeben werden, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung von Abschiebungshaft vorliegen und die Festnahme erforderlich ist, um zu verhindern, dass der Ausländer sich dem gerichtlichen Verfahren zur Anordnung der Haft entzieht.

Die geplante Regelung erhöht die Gefahr, dass die Zahl der Personen, gegen die Abschiebungshaft verhängt wird, steigt. Ausländerbehörden werden, wenn sie selbst über das Festnahmerecht verfügen, von diesem Recht eher Gebrauch machen, als dies derzeit der Fall ist.

Der Umstand, dass erst die Festnahme durch die Behörde möglich ist und anschließend die Vorführung zum Richter erfolgt, stellt das Regel-Ausnahmeverhältnis bei der Verhängung von Abschiebungshaft auf den Kopf. Nur in Ausnahmefällen kann eine Person vorläufig festgenommen werden und gem. Art. 104 Abs. 3 2 GG nachträglich einem Richter vorgeführt werden, der über die Fortdauer der Inhaftierung zu entscheiden hat.

Im übrigen ist der Umstand, dass eine Person bei der Ausländerbehörde vorstellig wird, eher ein Indiz dafür, dass sie sich nicht der Abschiebung entziehen will, so dass ein Haftgrund nicht besteht oder unverhältnismäßig wäre.

c) Art. I Nr. 47: § 74 a Abs. 2 AufenthGE

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Ausgestaltung der Durchbeförderungshaft ist verfassungsrechtlich bedenklich. Auch hier besteht die Gefahr, dass der Vorbehalt der Haftanordnung durch den Richter umgehbar wird, was gegen die engen Voraussetzungen des Art. 104 Abs. 2 GG verstößt.

In **§ 74 a Abs. 2 Satz 2** ist der Richtervorbehalt aufzunehmen. Satz 3 ist ersatzlos zu streichen.