

Innenausschuss
A-Drs. 16(4)209 J

 Deutsches Institut
für Menschenrechte

**Stellungnahme für die Anhörung
„EU-Richtlinienumsetzungsgesetz“
des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
am 21. Mai 2007
zu BT-Drs. 16/5065 und anderen Gesetzesentwürfen**

Dr. Ruth Weinzierl

**für das
Deutsche Institut für Menschenrechte**

Deutsches Institut für Menschenrechte e.V.
Zimmerstr. 26-27
10969 Berlin

Tel.: (49) 30 - 25 93 59 - 0
Fax : (49) 30 - 25 93 59 - 59

weinzierl@institut-fuer-menschenrechte.de
www.institut-fuer-menschenrechte.de

Gliederung und Kurzfassung

I. Menschenrechtlicher Maßstab der Stellungnahme	4
II. Gefahr der EU-weiten Absenkung des menschenrechtlichen Schutzniveaus	4
III. Themenblock I: Zwangsehe, Familieneinheit und Familiennachzug	5
1. Fehlende aufenthaltsrechtliche Verbesserungen für Betroffene von Zwangsverheiratungen: eigenständiges Aufenthaltsrecht, Fortbestand des Aufenthaltstitels und Recht auf Wiederkehr	
▪ Gesetzliche Grundlage für eigenständiges Aufenthaltsrecht der Opfer von Zwangsverheiratung schaffen	
▪ Rückkehrmöglichkeit gesetzlich verankern	
2. Einschränkung des Ehegattennachzugs zu Ausländern	6
a. Spracherfordernis	7
▪ Zweifel an der Vereinbarkeit einer Integrationsvoraussetzung mit der Familienzusammenführungsrichtlinie	
▪ Faktischer Ausschluss vom Familiennachzug für bestimmte Personengruppen: Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK	
b. Nachzugsalter 18 Jahre	8
▪ Abwägung im Einzelfall gesetzlich verankern	
c. Diskriminierende Wirkung der Ausnahmeregelungen	8
▪ Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot und besonderen Diskriminierungsverboten (allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, Art. 20, 21 EU-Grundrechtscharta, Art. 3 GG, Art. 14 EMRK)	
d. Menschenrechtliches Erfordernis der Abwägung im Einzelfall	8
▪ Normierung eines Ermessenstatbestandes nach der Rechtsprechung von EGMR und EuGH erforderlich	
e. Zusammenfassung	9
3. Begrenzung des Ehegattennachzugs zu Deutschen	9
▪ Ernste Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot und der Europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit	
Themenblock II: Ausweisungstatbestände/Sicherheit	11
1. Herabsetzung des Ausweisungsschutzes für Heranwachsende	11
▪ Redaktionellen Fehler beheben/besonderen Ausweisungsschutz für Minderjährige klarstellen	
▪ Besonderen Ausweisungsschutz für Heranwachsende beibehalten	
▪ Serienmäßige Begehung als Ausschlussmerkmal besonders problematisch	
2. Geplanter Wegfall der Ankündigung der Abschiebung	12
Ankündigung der Abschiebung beibehalten	
3. Neue Ausweisungstatbestände	13
a. Ausweisung wegen Einwirkung auf junge Menschen zur Hasserzeugung § 55 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG-E	13
▪ Gefahr der diskriminierenden Anwendung - auf Vorschrift verzichten	
b. Nötigung zur Nichtteilhabe am öffentlichen Leben	14
▪ Gefahr der diskriminierenden und rechtsstaatswidrigen Anwendung - auf Vorschrift verzichten	
c. Ausweisung wegen (versuchter) Nötigung zur Eheschließung	
▪ Gefahr der willkürlichen diskriminierenden Anwendung - auf Vorschrift verzichten	

4. Datenschutzrelevante Änderungen im Visumverfahren	15
a. Ausdehnung der sicherheitsrechtlichen Überprüfung auf „sonstige Referenzpersonen“ und „sonstige Sicherheitsbedenken“	16
▪ Begriffe konkretisieren	
▪ Erforderlichkeit überprüfen	
b. Verbesserung der Zusammenarbeit der Ausländerverwaltung mit den Sicherheitsbehörden, auch im Hinblick auf das Visa-Informationssystem (VIS)	17
▪ gesetzliche Normierung erst nach Klarheit über den Datenschutz auf EU-Ebene vornehmen	
▪ Überprüfung: Zweckbindung, Erforderlichkeit und Trennungsgebot	

Themenblock V: Flüchtlingsanerkennung, Asylverfahrensrecht

1. Möglichkeit zur erweiterten Anwendung der deutschen Drittstaatenregelung durch Verweis auf Rechtsvorschriften und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft	19
a. Mögliche Folgen der dynamischen Verweisung	19
▪ Schaffung neuer „sicherer Drittstaaten: Island, Liechtenstein, Marokko, Ukraine	
▪ Umgehung des Parlamentsvorbehalts	
b. Verfassungsrechtliche Bewertung	21
▪ Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt des Art. 16a II 2 GG	
▪ Verstoß gegen Art. 16a II 1 GG soweit Schaffung außereuropäischer „sicherer Drittstaaten“	
▪ Unbeachtlichkeit des Reisewegs entgegen Art. 16a II 1 GG	
c. Menschenrechtliche Bewertung von Drittstaatenregelungen	22
▪ Überblick über die Drittstaatenregelungen der Asylverfahrensrichtlinie vor dem Hintergrund der Menschenrechte und des Deutschen Grundgesetzes	
2. Regelung des individuellen Anspruchs auf subsidiären Schutz	23
▪ Recht auf individuelle Antragsprüfung normieren	
▪ Willkürliche Gewalt im Rahmen bewaffneter Konflikte ausdrücklich als Kriterium normieren, das Schutzanspruch begründet	
▪ Zwingenden Anspruch auf Schutz normieren	
3. Normierung der Voraussetzungen, die nach der Richtlinie einen Anspruch auf internationalen Schutz begründen - Verweisungstechnik	24
▪ Anspruchsbegründende Kriterien aus europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen direkt in den Gesetzestext aufnehmen	
4. Einreiseverweigerung bei Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates	24
▪ Erhebliche Gefahr von Verstößen gegen das Refoulement-Verbot	
▪ Unvereinbarkeit mit Dublin II-Verordnung	
5. Menschenrechts- und richtlinienkonforme Gesundheitsversorgung für besonders schutzbedürftige Personen	25
▪ Anspruch auf medizinische und sonstige Hilfe in § AsybewLG normieren	
▪ Anspruch Psychologische und psychosoziale Betreuung von Asylbewerbern, Opfern von Menschenhandel und Geduldeten sichern	
6. Insbesondere Schutz traumatisierter Minderjähriger	27
▪ Vorgaben der Aufnahme richtlinie umsetzen	
7. Haft	27
a. Zurückweisungshaft § 15 V AufenthG-E	27
▪ Starke Zweifel an Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK - auf Vorschrift verzichten	
b. Weiteres Festhalten im Transitbereich eines Flughafens § 15 Abs. 6 AufenthG-E	29
▪ Erhebliche Bedenken hinsichtlich Vereinbarkeit mit Art. 104 GG und Art. 5 EMRK - auf Vorschrift verzichten	
c. Vorläufige Festnahme durch Ausländerbehörden	30
▪ Erhebliche Bedenken hinsichtlich Vereinbarkeit mit Art. 104 GG - auf Vorschrift Verzicht	

I. Menschenrechtlicher Maßstab der Stellungnahme

Das Deutsche Institut für Menschenrechte nimmt aus menschenrechtlicher Sicht Stellung zu dem Entwurf des Umsetzungsgesetzes und bezieht dabei sowohl das Ergebnis der Umsetzung als auch die umzusetzenden Richtlinien in die Betrachtung mit ein. Maßstab für die Stellungnahme sind anerkannte Normen des Menschenrechtsschutzes, insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes (GG), die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die Genfer Flüchtlingskonvention, die UN-Menschenrechtsabkommen¹ und die EU-Grundrechte.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte weist darauf hin, dass Deutschland bei der Umsetzung der Richtlinien europarechtlich an die EU-Grundrechte und die Genfer Flüchtlingskonvention gebunden ist (siehe Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag, Art. 63 EG-Vertrag und die EU-Grundrechtscharta, die der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung mit berücksichtigt²). Dies bedeutet erstens, dass die Richtlinien nur insoweit als europarechts- und menschenrechtskonform angesehen werden können, als sie mit den genannten Menschenrechtsnormen vereinbar sind. Für Deutschland als Mitgliedstaat bedeutet dies zweitens, dass die Umsetzung der Richtlinie stets im Einklang mit den genannten Menschenrechtsnormen erfolgen muss, notfalls im Wege der menschenrechtskonformen Auslegung. Drittens bedeutet dies, dass jeder Menschenrechtsverstoß durch die Richtlinie selbst oder durch mitgliedstaatliches Handeln im Regelungsbereich der Richtlinien vor dem EuGH justizabel ist. Fehlende oder mangelnde Umsetzung kann zur Herleitung individueller Rechte aus den Richtlinien und zu Schadensersatzansprüchen gegen die Bundesrepublik Deutschland führen.

II. Gefahr der EU-weiten Absenkung des menschenrechtlichen Schutzniveaus

Angesichts der einer Mindestharmonisierung immanenten Gefahr der Absenkung des menschenrechtlichen Schutzniveaus empfiehlt das Deutsche Institut für Menschenrechte, die politisch notwendigen Prozesse der EU-Harmonisierung nicht zur Absenkung des bestehenden menschenrechtlichen Schutzniveaus zu nutzen. Die einzelnen Bestimmungen der Richtlinien sind das Ergebnis jahrelanger politischer Verhandlungen unter den Zwängen des Einstimmigkeitsprinzips. Sie stellen damit keineswegs einen inhaltlichen Konsens über den in der EU erforderlichen Menschenrechtsschutz dar. Das Deutsche Institut für Menschenrechte möchte daran erinnern, dass die Richtlinien größtenteils *Mindeststandards* festlegen, von denen die Mitgliedsstaaten zu Gunsten der Betroffenen abweichen können und sollen.

Bedauerlich ist, dass der Gesetzgebungsprozess zur Umsetzung der EU-Richtlinien im Bereich Einwanderung und Asyl für eine Vielzahl menschenrechtlich bedenklicher Verschärfungen des nationalen Rechts genützt werden soll, die das EU-Recht *nicht* vorschreibt. Dies trägt zusammen mit dem ohnehin niedrigen menschenrechtlichen Schutzniveau der durch die EU-Innenminister im Rat ausgehandelten Richtlinien zu einer Absenkung des menschenrechtlichen Schutzniveaus in der EU bei, die Einfluss auf die bis 2010 geplante zweite Harmonisierungsphase des EU-Rechts haben wird.

¹ Insbesondere Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt), Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW).

² EuGH, Rs. C-540/03, Rz. 38.

Insbesondere im Hinblick auf die derzeitige EU-Ratspräsidentschaft ist dies auch europapolitisch ein sehr bedauerliches Signal.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist über eine Reihe von Regelungen besorgt, die in dem Gesetzesentwurf enthalten sind. Die Kürze der für die Erstellung der Stellungnahme zur Verfügung stehenden Zeit ermöglicht es lediglich, einige der wichtigsten menschenrechtlich bedeutsamen Vorschläge innerhalb des Gesetzespakets zu thematisieren.

III. Themenblock I: Zwangsehe, Familieneinheit und Familiennachzug

1. Fehlende aufenthaltsrechtliche Verbesserungen für Betroffenen von Zwangsverheiratungen: eigenständiges Aufenthaltsrecht, Fortbestand des Aufenthaltstitels und Recht auf Wiederkehr

Das Institut bedauert, dass der Gesetzentwurf trotz der öffentlichen und politischen Diskussion zum besseren Schutz vor Zwangsverheiratungen keine aufenthaltsrechtlichen Verbesserungen für Betroffene von Zwangsverheiratung vorsieht. Der Entwurf enthält lediglich restriktive Maßnahmen, die mit der Bekämpfung von Zwangsverheiratung begründet werden, die sich ganz überwiegend auf die Gruppe der aus dem Ausland nach Deutschland zwangsverheirateten Menschen beziehen, und deren Wirksamkeit und menschenrechtliche Zulässigkeit im übrigen bezweifelt werden muss (vgl. die Ausführungen zur Restriktion des Familiennachzugs und zur Ausweitung der Ausweisungsgründe).

Zwangsverheiratung stellt, wie auch die Gesetzesbegründung³ ausführt, eine Menschenrechtsverletzung dar. Sie verstößt gegen das Recht auf Freiheit der Eheschließung (Art. 23 Abs. 3 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte - Zivilpakt; Art. 16 Abs. 1 lit b des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau - CEDAW) und ist als sklavereiähnliche Praktik verboten (Art. 1 lit.c des Zusatzübereinkommens zum Anti-Sklavereiabkommen). Darüber hinaus steht sie häufig im Kontext weiterer Menschenrechtsverletzungen, etwa Verletzungen der Rechte auf persönliche Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Integrität, auf Bildung und Berufsfreiheit.

Aus dieser menschenrechtlichen Relevanz ergeben sich für Deutschland Pflichten, Menschen Schutz gegen die Verletzung ihrer Rechte durch Dritte auch in der privaten Sphäre zu gewähren und durch Infrastrukturmaßnahmen sicherzustellen, dass sie ihre Rechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Die Schutzpflichten schließen Maßnahmen effektiver Strafverfolgung ein, beschränken sich aber bei weitem nicht auf diese. Vielmehr muss der Staat die rechtlichen und tatsächlichen Handlungsoptionen von Zwangsverheiratung betroffener und bedrohter Menschen erweitern, um diesen einen Ausweg aus Zwangs- und Gewaltverhältnissen zu ermöglichen. Die Maßnahmen müssen alle unterschiedlichen Gruppen potentieller Betroffener von Zwangsverheiratung in den Blick nehmen, also Zwangsverheiratung zwischen in Deutschland aufhältigen Partnern, Zwangsverheiratung aus dem Ausland nach Deutschland sowie Zwangsverheiratung aus Deutschland in das Ausland.

³ Gesetzesbegründung zu Nummer 19 (§ 27), S. 48.

Reformbedarf besteht vor diesem Hintergrund vor allem in zweierlei Hinsicht. Erstens sollte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für ein eigenständiges Aufenthaltsrecht für Opfer von Zwangsverheiratungen in § 31 AufenthG eingefügt werden. Die Härtefallklausel des § 31 Absatz 1 Satz 2 AufenthG in ihrer jetzigen Fassung stellt nicht sicher, dass solche Fälle von Zwangsverheiratungen erfasst sind, in denen nicht offene Gewalt, sondern subtile Formen von Drohung und Unterdrückung eingesetzt werden.

Zweitens sollte für Personen, die ins Ausland zwangsverheiratet werden, eine Rückkehrmöglichkeit gesetzlich verankert werden. Dem stehen nach geltender Rechtslage häufig § 51 Nr. 6 und 7 AufenthG entgegen, wonach ein Aufenthaltstitel erlischt, wenn der/die Ausländer/in ausgeweisert und nicht innerhalb von sechs Monaten oder innerhalb einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist wieder eingereist ist.

Die Praxis hat gezeigt, dass § 51 Nr. 6 und 7 AufenthG auch in anderen Fällen schutzbedürftigen Personen, deren Abwesenheit unfreiwillig war, die Wiedereinreise erschwert oder unmöglich gemacht hat. Das Fortbestehen eines Aufenthaltstitels eines Ausländers, gegen den mangels Vorliegen von Ausweisungsgründen keine Ausweisung verfügt wurde, stellt keine oder allenfalls eine sehr abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Die Erforderlichkeit eines automatischen Erlöschens ist daher zweifelhaft. Zudem begegnet § 51 Nr. 6 AufenthG, bei dem der Erlöschensgrund der Abwesenheit „aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund“ erst nach der Ausreise zu einem kaum definierbaren Zeitpunkt eintreten kann, Bedenken im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Es wäre daran zu denken, die 2005 eingeführten Vorschriften wieder zu streichen. Es sollte jedoch wenigstens ein ausdrücklicher Ausnahmetatbestand für solche Personen eingeführt werden, die unfreiwillig an der Rückkehr gehindert sind.

Kumulativ sollte für Opfer von Zwangsverheiratungen ein Recht auf Wiederkehr normiert werden, das in § 37 AufenthG eingefügt werden könnte. Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Wiederkehr müssten zur Entfaltung der Schutzwirkung des Wiederkehrrechts aber an niedrigere Voraussetzungen geknüpft werden. Insbesondere sollte vom Erfordernis der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhaltes abgesehen werden.

2. Einschränkung des Ehegattennachzugs zu Ausländern in § 30 AufenthG-E

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat ernste Zweifel an der Vereinbarkeit der geplanten Neuregelungen mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens. Dieses ergibt sich sowohl aus dem entsprechenden EU-Grundrecht (Art. 6 Absatz 2 EUV, Art. 7 EU-Grundrechtscharta), an das die Mitgliedstaaten im hier gegebenen Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie gebunden sind, als auch aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK.

Zudem bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit einiger Ausnahmeregelungen mit dem Gleichheitsgebot und besonderen Diskriminierungsverboten (allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, Art. 20, 21 EU-Grundrechtscharta, Art. Art. 3 GG, Art. 14 EMRK).

a. Spracherfordernis

Die vorgeschlagene Regelung sieht als Voraussetzung für den Ehegattennachzug zu Ausländern vor, dass sich der Ehegatte bereits vor Einreise auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann. Die Regelung wird dem Ziel der Verhinderung von Zwangsehen und mit integrationspolitischen Zielen begründet. In der der Familienzusammenführungsrichtlinie sei - so die Gesetzesbegründung - für die Aufstellung solcher Integrationsvoraussetzungen eine Öffnungsklausel enthalten.

Ob die betreffende Öffnungsklausel des Art. 7 Absatz der Familienzusammenführungsrichtlinie die Mitgliedstaaten zur Aufstellung von Integrationsvoraussetzungen ermächtigt, die vor der Einreise zu erfüllen sind, ist sehr zweifelhaft⁴ und wird vom EuGH zu entscheiden sein.

Aus dem Recht auf Familienleben ergibt sich kein generelles Recht auf Familiennachzug. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des EGMR das Ausmaß staatlicher Verantwortung, Familiennachzug insbesondere bei bereits bestehender Ehe und Elternschaft zu gestatten, unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls sowie der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Einschränkung des Rechts auf Familienleben zu bestimmen.⁵ Nach Art. 8 EMRK sind Eingriffe in das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens nur zulässig, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Neben Flüchtlingen, für die erfreulicherweise mittlerweile in Übereinstimmung mit Art. 23 der Qualifikationsrichtlinie eine Ausnahme zum Erfordernis der Sprachkenntnisse vorgesehen ist, gibt es noch eine Vielzahl weiterer Personen, denen es aufgrund ihres ländlichen Wohnorts oder ihres geringen Bildungsstandes nicht möglich ist, die notwendigen Sprachkenntnisse zu erwerben. Für diese Gruppe und ihre Ehepartner bedeutet die Voraussetzung der Sprachkenntnisse einen faktischen dauerhaften Ausschluss vom Familiennachzug.

Dieser Ausschluss ist auch nicht durch die Ziele der Regelung zu rechtfertigen. Hinsichtlich der Verhinderung von Zwangsverheiratungen durch das Erfordernis von Sprachkenntnissen bestehen bereits Zweifel an der Geeignetheit der Regelung, um dieses Ziel zu erreichen. Sprachwissenschaftler/innen weisen darauf hin, dass Sprachkurse nur dann zur Stärkung der Betroffenen beitragen können, wenn sie kontextbezogen stattfinden und mit Orientierungen im Gesellschafts- und Unterstützungssystem des Zielstaates verbunden sind. Derartiges ‚Empowerment‘ durch Sprachkurse ist daher erst im Zielland, etwa im Rahmen der Integrationskurse, nicht aber durch Fernlehrcurse vor der Einreise zu gewährleisten.

Hinsichtlich der in der Begründung genannten integrationspolitischen Ziele steht der faktische Ausschluss vom Ehegattennachzug für bestimmte Gruppen nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den in Art. 8 Absatz 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen.

⁴ Hailbronner, FamRZ 2005, S. 1, 5.

⁵ EGMR, Urteil v. 28.05.1985, Antragsnr. 9214/80 (*Abdulaziz u.a. v. UK*); Urteil v. 21.12.2001, Antragsnr. 31465/96 (*Sen v. Niederlande*); Urteil v. 1.12.2005, Antragsnr. 60665/00 (*Tuquabo-Tekle v. Niederlande*).

Die Nutzung der Öffnungsklausel entbindet die Mitgliedstaaten nicht von ihren Pflichten aus den Grund- und Menschenrechten. Danach ist eine Abwägung im Einzelfall erforderlich, die der Gesetzesentwurf aber nicht vorsieht. Siehe dazu näher unten lit. d.

b. Nachzugsalter 18 Jahre

Das Erfordernis der Vollendung des 18. Lebensjahres wird in der Gesetzesbegründung mit der Förderung der Integration und der Vermeidung von Zwangsehen begründet. Die Vorschrift wird auf die Öffnungsklausel des Art. 4 Absatz 5 der Familienzusammenführungsrichtlinie gestützt. Die Nutzung der Öffnungsklausel entbindet die Mitgliedstaaten nicht von ihren Pflichten aus den Grund- und Menschenrechten. Danach ist eine Abwägung im Einzelfall erforderlich, die der Gesetzesentwurf aber nicht vorsieht. Siehe dazu näher unten lit. d.

c. Diskriminierende Wirkung der Ausnahmeregelungen

§ 30 sieht Ausnahmen vom Spracherfordernis unter anderem für die bereits bestehenden Ehen von Hochqualifizierten, Selbstständigen, in anderen EU-Staaten langfristig Aufenthaltsberechtigten, sowie Personen vor, die in die Bundesrepublik visumsfrei einreisen und sich dort aufhalten dürfen. Letztere sind laut Gesetzesbegründung Personen aus Ländern, zu denen Deutschland enge wirtschaftliche Beziehungen pflegt.

Es bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Ausnahmeregelungen mit dem Gleichheitsgebot und besonderen Diskriminierungsverboten (allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, Art. 20, 21 EU-Grundrechtscharta, Art. 3 GG, Art. 14 EMRK). Die Ausnahmen sind so gefasst, dass sie in der Praxis in Diskriminierungen insbesondere wegen der ethnischen oder sozialen Herkunft nach sich ziehen würden.

d. Menschenrechtliches Erfordernis der Abwägung im Einzelfall

Die geplanten Regelungen über das Spracherfordernis und das Mindestnachzugsalter nützen Öffnungsklauseln in der Familienzusammenführungsrichtlinie. Der Europäische Gerichtshof in Luxemburg hat entschieden, dass die Mitgliedstaaten auch in den Bereichen, in denen die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum belässt, an die EU-Grundrechte gebunden sind und der Kontrolle des EuGH unterliegen.

Die Berufung auf eine Öffnungsklausel in der Richtlinie entbindet die Mitgliedstaaten daher nicht von ihren Pflichten aus den EU-Grundrechten und der EMRK. Nach übereinstimmender Rechtsprechung EGMR und des EuGH sind bei einer Beschränkung des Rechts auf Familienlebens die individuellen Interessen des Betroffenen mit den in Art. 8 Absatz genannten öffentlichen Interessen im Einzelfall abzuwägen⁶. Diese Verpflichtung enthält zudem auch Art. 17 der Familienzusammenführungsrichtlinie.

Die vorgesehenen Ausnahmeregelungen, die nur einen Teil möglicher Fallkonstellationen und individueller Interessen abdecken, können die erforderliche Prüfung der Umstände des Einzelfalls nicht ersetzen. Auch die auf Ausnahmefälle

⁶ EuGH, Urteil vom 27. 6. 2006, C-540/03, Rn. 61 f.; EGMR, Urteil v. 28.05.1985, Antragsnr. 9214/80 (*Abdulaziz u. a. v. UK*); Urteil v. 21.12.2001, Antragsnr. 31465/96 (*Sen v. Niederlande*); Urteil v. 1.12.2005, Antragsnr. 60665/00 (*Tuquabo-Tekle v. Niederlande*).

beschränkte Ausnahmeklausel hinsichtlich des Mindestnachzugsalters wird der Verpflichtung zu einer umfassenden Abwägung im Einzelfall nicht gerecht.

Art. 30 müsste daher den Behörden bei Nichtvorliegen der Erteilungsvoraussetzungen nach Absatz 1 ein behördliches Ermessen einräumen. Dabei sollten zur Sicherung einer menschenrechts- und richtlinienkonformen Anwendung der Vorschrift die in Art. 17 der Richtlinie genannten Kriterien, die bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen sind, ausdrücklich im Gesetzestext genannt werden.

e. Zusammenfassung

Sowohl das Spracherfordernis als auch das Mindestnachzugsalter sind Einschränkungen des Rechts auf Achtung des Familienlebens. Die Geeignetheit des Spracherfordernisses zur Erreichung der intendierten Ziele scheint allenfalls partiell gegeben. Vor diesem Hintergrund ist die Verhältnismäßigkeit der geplanten Neuerungen sehr zweifelhaft.

Hinsichtlich des Spracherfordernisses als Einreisevoraussetzung ist zudem sehr fraglich, ob es mit der Familienzusammenführungsrichtlinie vereinbar ist.

Das Fehlen einer Abwägung der individuellen mit den öffentlichen Interessen im Einzelfall stellt sich im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) als Verstoß gegen das EU-Grundrecht auf Achtung des Familienlebens und gegen Art. 8 EMRK dar.

Damit erscheint es sehr fraglich, ob § 30 AufenthG-E einer Kontrolle durch den EuGH standhalten wird.

3. Begrenzung des Ehegattennachzugs zu Deutschen in § 28 AufenthG-E

Der Entwurf sieht vor, den Ehegattennachzug zu Deutschen bei Vorliegen besonderer Umstände von der Sicherung des Lebensunterhalts abhängig zu machen. Der derzeit geltende unbedingte Nachzugsanspruch wird insofern durch § 28 Abs. 1 S. 3 AufenthG-E zu einem Regelanspruch abgesenkt. Nach der Begründung des Entwurfs sollen besondere Umstände, die eine Ablehnung des Regelanspruches begründen können, vorliegen, wenn der deutsche Staatsangehörige Doppelstaatler ist oder geraume Zeit im Herkunftsland des Ehegatten gelebt hat und die Sprache des Herkunftslandes spricht.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat ernste Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem grund- und menschenrechtlichen Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot. Sie könnte eine Diskriminierung eingebürgerter Deutscher und Deutscher mit familiärem Migrationshintergrund darstellen. Auf diese beiden Gruppen zielen die Ausführungen in der Gesetzesbegründung eindeutig ab. Sie werden durch die neue Regelung schlechter gestellt als autochthone Deutsche, deren Ehegatten weiter einen Anspruch auf Familiennachzug unabhängig von der Sicherung des Einkommens haben.

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber zwar nicht jede

Differenzierung verwehrt, dem Gestaltungsspielraum sind aber umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.⁷ Die Ungleichbehandlung bedarf dann einer an der Schwere der Beeinträchtigung ausgerichteten Rechtfertigung.⁸ Beschränkungen des Ehegattennachzuges wirken sich nachteilig auf die Ausübung des Rechts auf Familienleben (Art. 6 GG, Art. 8 EMRK) aus; die Ungleichbehandlung ist damit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen. Zudem hat das BVerfG in seinem Urteil zur Rücknahme einer durch Täuschung erwirkten Einbürgerung auf die Bedeutung der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit hingewiesen und damit das Gleichheitsgebot im Kontext der Staatsangehörigkeit verstärkt⁹. Die Verlässlichkeit und Gleichheit dieses Zugehörigkeitsstatus würde aber durch faktische Unterscheidungen in den mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Rechten nach dem Erwerb der Staatsangehörigkeit - aufgrund des ius sanguinis oder durch Einbürgerung bzw. durch Geburt bei Kindern von langjährig aufhältigen Ausländern - unterlaufen. Demgegenüber stehen die im Entwurf aufgeführten sozial- und integrationspolitischen Ziele nicht in einem angemessenen Verhältnis.

Dieser Grundsatz spiegelt sich auch in der Europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit, die in Art. 5 Abs. 2 regelt, dass eine Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen danach, ob sie die Nationalität durch Geburt oder durch Einbürgerung erlangt haben, unzulässig ist.

Es bestehen daher ernste Zweifel an der Vereinbarkeit des § 28 AufenthG-E mit dem Gleichheitsgebot und der Europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit.

⁷ BVerfG, 1 BvL 38, 40, 43/92, BVerfGE 88, 87 (96).

⁸ BVerfG, 1 BvL 1/04, Rz. 58.

⁹ BVerfG, 2 BvR 669/04, Rz. 49.

Themenblock II: Ausweisungstatbestände / Sicherheit

1. Herabsetzung des Ausweisungsschutzes für Heranwachsende § 56 Absatz 2 Satz 3 AufenthG-E

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass der bestehende besondere Ausweisungsschutz für Heranwachsende eingeschränkt werden soll. Bisher war über die Ausweisung von Heranwachsenden bei Vorliegen von Ausweisungsgründen nach § 53 AufenthG (zwingende Ausweisung) und § 54 AufenthG (Regelausweisung) nach Ermessen zu entscheiden. Nunmehr soll diese Privilegierung wegfallen, wenn der Heranwachsende wegen serienmäßiger Begehung nicht unerheblicher vorsätzlicher Straftaten, wegen schwerer Straftaten oder einer besonders schweren Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Hierzu ist zunächst auf einen redaktionellen Fehler aufmerksam zu machen. Laut Gesetzestext und Gesetzesbegründung soll eindeutig nur der Ausweisungsschutz für Heranwachsende eingeschränkt werden. Der vorgeschlagene § 56 Absatz 2 Satz 3 AufenthG-E bestimmt aber, dass auch der Ausweisungsschutz nach § 56 Absatz 2 Satz 2 nicht anwendbar sein soll. Da dieser ohnehin nur Minderjährige betrifft, ist die Verweisung auf § 56 Absatz 2 Satz 2 fehlerhaft und irreführend. Sie sollte daher jedenfalls gestrichen werden.

Da der besondere Ausweisungsschutz in der Regel Ausländer der zweiten Generation betrifft, die in der Bundesrepublik stark verwurzelt sind und häufig keine oder nur eine sehr schwache Beziehung zu ihrem Herkunftsstaat aufgebaut haben, besteht besonderer Anlass, sich mit der Vereinbarkeit der geplanten Neuerung mit Art. 8 EMRK auseinander zu setzen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte können Maßnahmen im Bereich des Ausländerrechts, insbesondere Ausweisungen, einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 Absatz 1 EMRK darstellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Betroffenen über hinreichende starke persönliche oder familiäre Beziehungen verfügen, die von der Durchführung der Maßnahme nachhaltig betroffen wären. Solche Eingriffe sind nach Art. 8 EMRK nur dann zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 8 Absatz 2 EMRK verfolgen und im Einzelfall in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheinen¹¹. Ein Ausweisungsverbot aufgrund von Art. 8 EMRK kann auch dann vorliegen, wenn die betreffende Person straffällig geworden ist. Der EGMR hat hierzu eine Reihe von Kriterien entwickelt, die an jeden Einzelfall anzulegen sind. Unter diesen Kriterien sind unter anderem die Art und Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts, die Zeit zwischen Straftat und Ausweisung, das Vorhandensein eines Ehepartners und Familie sowie die zu erwartenden Schwierigkeiten der betreffenden Person im Falle einer Abschiebung¹². Wenn der/die Ausländer/in im Inland geboren wurde oder im frühen Kindesalter dort hin zog, nimmt der Gerichtshof ein besonders hohes Schutzniveau an¹³.

In Anbetracht dieser Rechtsprechung des EGMR wäre es angemessen, den besonderen Ausweisungsschutz von Heranwachsenden beizubehalten. Die bisherige Rechtslage ermöglichte es den Ausländerbehörden, die vom EGMR geprägten

¹¹ EGMR, Sisojeva/Lettland, Appl. No. 60654/00, Rn. 101, mit Verweis auf eine Reihe weiterer Urteile.

¹² Siehe u. a. EGMR, Boulitif/Schweiz, Appl. No. 54273/00, Ziff. 48; Benhebba/Frankreich, Appl. No. 53441/99, Rn. 32.

¹³ Benhebba/Frankreich, Appl. No. 53441/99, Rn. 33.

Kriterien im Rahmen ihrer Ermessenentscheidung zu berücksichtigen. Mindestens aber sollte ein besonderer Ausweisungsschutz bei Vorliegen von zwingenden Ausweisungsgründen nach § 53 AuslG in jedem Fall bestehen.

Von den Merkmalen, die eine Ausnahme vom besonderen Ausweisungsschutz begründen, ist im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit vor allem die „serienmäßige Begehung nicht unerheblicher vorsätzlicher Straftaten“ problematisch. Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit stellt sich hier - wie im übrigen auch bei den anderen Merkmalen - ganz besonders die Frage, ob nicht die strafrechtliche Ahndung das angemessene und mildere Mittel gegenüber der Ausweisung darstellen würde. Im Hinblick auf die Folgen der Ausweisung für den Antragsteller ist hier die in der Praxis bedeutsame Gruppe der suchtkranken Heranwachsenden zu berücksichtigen, die aufgrund der typischerweise serienmäßigen Begehung von Beschaffungsstraftaten häufig ausgewiesen werden. Auf diese Personengruppe hat die Ausweisung aufgrund der Suchtkrankheit gravierende Folgen, wenn sie nach der Ausweisung jegliches soziale Netz verlieren und sich zudem in der Sprache ihres Herkunftsstaates nicht oder kaum verständigen können.

2. Geplanter Wegfall der Ankündigung der Abschiebung nach Ablauf der Geltungsdauer der Duldung § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG

Bisher sieht § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG vor, dass die Abschiebung einen Monat vorher anzukündigen ist, wenn die betroffene Person über ein Jahr lang einen Duldungsstatus hatte. Laut Gesetzesentwurf soll diese Pflicht zur Ankündigung der Abschiebung nun wegfallen.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat erhebliche Zweifel an der Menschenrechtskonformität dieser geplanten Neuerung. Die Ankündigung der Abschiebung dient dem Schutz eines durch den längeren Aufenthalt entstandenen Vertrauenstatbestands und damit dem schutzwürdigen Interesse der betreffenden Person, sich auf die Beendigung des Aufenthaltes einzustellen. Es ist allgemein anerkannt, dass sich eine Pflicht zur Ankündigung der Abschiebung auch bei einer unter einem Jahr befristeten Duldung allein aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben kann¹⁴. Ein Aufenthalt in Deutschland mit Duldungsstatus begründet jedoch - insbesondere angesichts der immer noch bestehenden Praxis der Kettenduldung - in jedem Fall ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen.

Zudem erfüllt die Ankündigung der Abschiebung eine Warnfunktion, die es dem Betroffenen ermöglicht, Gründe, die gegen seine Abschiebung sprechen, bei der Ausländerbehörde bzw. vor Gericht geltend machen. Diese Warnfunktion ist notwendig, weil - wiederum insbesondere angesichts der Praxis der Kettenduldung - der Betroffene sich ohne die Ankündigung nicht veranlasst sehen muss, diese sich wandelnde Gründe laufend geltend zu machen. Die laufende Geltendmachung sich wandelnder - etwa zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse - wäre zudem nicht im Sinne einer Verwaltungs- und Prozessökonomie.

Gründe, die gegen eine Abschiebung sprechen, können insbesondere Abschiebungshindernisse sein, die sich aus Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) ergeben, wenn durch die Abschiebung die Gefahr der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe besteht. Der relevante Zeitpunkt für die

¹⁴ Hailbronner, Ausländerrecht - Kommentar, § 60a AufenthG, Rn. 81.

Beurteilung der Frage, ob eine solche der Abschiebung entgegenstehende Gefahr vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des EGMR der Zeitpunkt der Vornahme der staatlichen Ausweisungs- oder Abschiebungshandlung, die zu der Rechtsverletzung beim Betroffenen führen kann¹⁵. Hat der Betroffene keinen konkreten Anhaltspunkt für das unmittelbare Bestehen einer Abschiebung, wird sein Recht auf effektiven Rechtsschutz bzw. wirksame Beschwerde gegen die Abschiebung aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 13 EMRK und Art. 13 des Zivilpakts faktisch vereitelt.

Die ausdrückliche Pflicht zur Ankündigung einer Abschiebung nach einem länger als einem Jahr andauernden Duldungsstatus sollte daher beibehalten werden (§ 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG).

3. Neue Ausweisungstatbestände: Einwirkungen auf junge Menschen zur Hassverbreitung; Nötigung zur Nichtteilhabe am öffentlichen Leben und (versuchte) Nötigung zur Eheschließung

Der Gesetzesentwurf sieht in § 55 Abs. 2 Nr. 9-11 AufenthG-E neue Tatbestände für Ermessensausweisungen vor. Ein Ausländer kann danach insbesondere ausgewiesen werden, wenn er

- „9. auf ein Kind oder einen Jugendlichen gezielt und andauernd einwirkt, um Hass auf Angehörige anderer ethnischer Gruppen oder Religionen zu erzeugen oder zu verstärken,
- 10. 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, oder
- 11. eine andere Person zur Eingehung der Ehe nötigt oder dies versucht.“

a. Ausweisung wegen Einwirkung auf junge Menschen zur Hassverbreitung § 55 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG-E

Nach der Gesetzesbegründung soll nicht jede beliebige Handlung dem Ausweisungstatbestand unterfallen. Vielmehr sollen nur solche Handlungen relevant sein, die objektiv geeignet sind, Hass zu erzeugen oder zu verstärken, und hierzu zielgerichtet und über einen längeren Zeitraum eingesetzt werden.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hält die Vorschrift deswegen für bedenklich, weil die Feststellung der Voraussetzungen des Ausweisungstatbestandes den zuständigen Ausländerbehörden faktisch und rechtlich kaum möglich sein wird. In vielen Fällen wird sich der die Ausweisung begründende Sachverhalt im häuslichen Umfeld der Familie abspielen. Da das in der Vorschrift beschriebene Verhalten nicht strafbewehrt ist, kann sich die Ausländerbehörde nicht auf strafrechtliche Ermittlungsakten oder Verurteilungen beziehen. Um das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausweisungstatbestandes zu verifizieren, müssten vielmehr in aller Regel langfristige und weitreichende Überwachungsbefugnisse bestehen. Solche Befugnisse stehen den Ausländerbehörden aber nicht zu. Die erforderlichen Befugnisse stünden zudem in aller Regel im Konflikt mit dem Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) und dem unantastbaren Kernbereich Bereich privater Lebensgestaltung (Art. 2 Abs. 1 GG).

¹⁵ Siehe zum Beispiel EGMR, (*Chahal/Vereinigtes Königreich*), Nr. 70/1995/576/662, Ziff. 74, 86.

Angesichts dieser tatsächlichen und rechtlichen kaum überwindbaren Schwierigkeiten der Ermittlung des die Ausweisung begründenden Sachverhaltes besteht die Gefahr, dass die Vorschrift in diskriminierender Weise angewandt wird. Ausländerbehörden könnten sich veranlasst sehen, auf der Grundlage sachlich und wissenschaftlich nicht begründbarer Persönlichkeitsprofile und Kriterien - etwa der ethnischen Zugehörigkeit und des Tragens religiöser Symbole - Ausweisungsverfügungen zu erlassen.

Auf die Vorschrift des § 55 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG-E sollte daher verzichtet werden.

b. Nötigung zur Nichtteilhabe am öffentlichen Leben § 55 Abs. 2 Nr. 10 AufenthG-E
Nach der Gesetzesbegründung nimmt die Vorschrift Bezug auf den Straftatbestand der Nötigung in § 240 StGB und erfordert wie dieser Verwerflichkeit der Tathandlung und nötigen Charakter. Das Deutsche Institut für Menschenrechte begrüßt die Zielsetzung, eine hohe Schwelle für die Anwendung der Norm zu setzen. Gleichzeitig ist es angesichts der wiederum überwiegend im häuslichen Bereich zu erwartenden Tathandlungen nicht ersichtlich, wie die Ausländerbehörden in der Lage sein sollen, den die Ausweisung begründenden Tatbestand zu ermitteln. Der Ausweisungstatbestand setzt aber das Vorliegen einer strafrechtlichen Verurteilung nicht voraus.

Zudem ist der Erfolg der Nötigung, nämlich die Nichtteilhabe am wirtschaftlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen Leben so weit und wenig präzise gefasst, dass Bedenken im Hinblick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren Prinzipien der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit bestehen. Der ordnungspolitische Zweck der Vorschrift, der im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist, ist für den Rechtsanwender deshalb nicht klar erkennbar. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wäre es denkbar, den Ausweisungstatbestand als gegeben anzusehen, wenn ein Vater seinen heranwachsenden Sohn unter Androhung von Schlägen zur Unterlassung des Besuchs von Spielotheken und Kneipen im Rotlichtmilieu nötigt. Die Verhinderung eines solchen Verhaltens unterfällt aber mangels spezifisch integrationsverhindernden Charakters nicht der ordnungspolitischen Intention der Vorschrift. Die Fassung der Vorschrift ist daher geeignet, das behördliche Ermessen fehlzuleiten.

Insgesamt birgt die Vorschrift die Gefahr von diskriminierenden und rechtsstaatswidrigen behördlichen Fehlentscheidungen.

Auf die Vorschrift des § 55 Abs. 2 Nr. 10 AufenthG-E sollte daher verzichtet werden.

c. Ausweisung wegen (versuchter) Nötigung zur Eheschließung § 55 Abs. 2 Nr. 11 AufenthG-E

Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich der Ausweisungstatbestand auf den Straftatbestand der Nötigung nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB. Ermessensreduzierend müsse - so die Gesetzesbegründung - von den Behörden hier berücksichtigt werden, dass es sich hierbei um erhebliches strafbewehrtes Unrecht handle. Der Wortlaut der Vorschrift erfordert aber nicht das Vorliegen einer entsprechenden strafrechtlichen Verurteilung.

Da auch die (versuchte) Nötigung zur Eingehung einer Ehe sich in aller Regel im häuslichen Bereich abspielt, stellt sich wie bereits bei den Ausweisungstatbeständen

der §§ 55 Abs. 2 Nr. 9 und 10 die Frage, wie die Ausländerbehörden in der Lage sein sollen, den relevanten Sachverhalt festzustellen. Dies birgt auch hier die Gefahr der diskriminierenden und willkürlichen Anwendung der Vorschrift.

Eine Ausweisung ohne Vorliegen einer entsprechenden Verurteilung ist auch nicht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich. Das Abwarten einer strafrechtlichen Verurteilung nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB, die dann in der Regel eine Ausweisung nach § 54 Nr. 1 AufenthG ermöglicht, birgt keine zusätzlichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Auf die Vorschrift des § 55 Abs. 2 Nr. 10 AufenthG-E sollte daher verzichtet werden.

4. Datenschutzrelevante Änderungen im Visumverfahren

Der Gesetzesentwurf sieht mehrere datenschutzrelevante Änderungen im Zusammenhang mit dem Visumverfahren vor. So können nach dem Entwurf künftig nicht nur die Daten der visumantragstellenden Person und des Einladers an das Bundesamt für Verfassungsschutz, den Bundesnachrichtendienst, das Bundeskriminalamt und das Zollkriminalamt übermittelt werden, sondern auch die Daten von Personen, die für die Sicherung des Lebensunterhalts einstehen sowie „sonstige Referenzpersonen“. Der Begriff der „sonstigen Referenzpersonen“ ist weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung näher definiert.

Die Übermittlung der Daten soll künftig auch bei Visa für kurzfristige Aufenthalte nicht nur zur Feststellung zwingender Versagungsgründe weitergeleitet werden, sondern auch zur Prüfung „sonstiger Sicherheitsbedenken“¹⁶. Die Sicherheitsbehörden und die Nachrichtendienste sollen während des Gültigkeitszeitraums des Aufenthaltstitels bekannt werdende Versagungsgründe oder sonstige Sicherheitsbedenken zurückmelden und die übermittelten Daten speichern und nutzen dürfen, soweit dies für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist¹⁷.

Das Bundesministerium des Innern soll ermächtigt werden, die zuständige Stelle, über die die Daten übermittelt werden, durch Verordnung zu bestimmen¹⁸. Laut Gesetzesbegründung ist die Ausgestaltung des Bundesverwaltungsamtes als „Kommunikationsknoten“ vorgesehen, bei dem nicht nur das Ausländerzentralregister und der Teilbestand des N.SIS abgefragt werden, sondern auch alle beteiligten Sicherheitsbehörden direkt und unmittelbar eingebunden werden, die von anderen Schengen-Staaten übermittelten Datensätze kommuniziert und die Voraussetzungen für den Zugriff auf das Visa-Informationssystem geschaffen werden¹⁹. Die Beteiligung der Sicherheitsbehörden soll über das Bundesverwaltungsamt automatisiert erfolgen können²⁰.

Die Änderungen werden damit begründet, sowohl die Verbreiterung der Informationsgrundlagen im Konsultationsverfahren als auch eine Verbesserung der Zusammenarbeit der Ausländerverwaltung mit den Sicherheitsbehörden sei notwendig, um die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der

¹⁶ Siehe zum Ganzen § 73 Abs. 1 AufenthG-E.

¹⁷ § 73 Abs. 3 Satz 1 und 2 AufenthG-E.

¹⁸ § 99 Abs. AufenthG-E.

¹⁹ Gesetzesbegründung S. 98 ff.

²⁰ Gesetzesbegründung S. 102.

Bekämpfung des islamistischen Terrorismus zu gewährleisten²¹. Zudem sollen die Voraussetzungen für die für 2008 geplante Inbetriebnahme des Visa Informationssystems (VIS) geschaffen werden, durch die Konsultationsersuchen künftig durch Fingerabdruckdaten angereichert sein werden²². Die geplante Änderung des informationstechnischen Ablaufs würde - so der Entwurf - zudem kurzfristige und zügige Verfahrensanpassungen in Fällen ermöglichen, in denen solche wegen sicherheitspolitischer Bedürfnisse aufgrund einer veränderten Sicherheitslage notwendig seien²³.

a. Ausdehnung der sicherheitsrechtlichen Überprüfung auf „sonstige Referenzpersonen“ und „sonstige Sicherheitsbedenken“

Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat Bedenken, ob die Ausdehnung der sicherheitsrechtlichen Überprüfung auf „sonstige Referenzpersonen“ zur Feststellung „sonstiger Sicherheitsbedenken“ den Erfordernissen der verfassungsrechtlichen Geboten der Bestimmtheit und Erforderlichkeit genügt. Fraglich ist damit, ob § 73 Abs. 1 AufenthG-E insoweit eine hinreichende gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf Datenschutz aus Art. 8 der EU-Grundrechtscharta und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens Art. 8 EMRK darstellt.

Weder aus dem Gesetzesentwurf noch aus seiner Begründung geht klar hervor, wer zu dem Kreis der so genannten „sonstigen Referenzpersonen“ zu zählen ist, der neben dem Einländer und der Personen, die Sicherung des Lebensunterhalts garantieren genannt ist. Ebenso wenig wird klar, was unter „sonstigen Sicherheitsbedenken“ zu verstehen ist. Zwar nimmt die Gesetzesbegründung auf die in Art. 5 Abs. 1 AufenthG genannte Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland und besondere Ausweisungsgründe für Leiter verbotener Vereine²⁴ und Hassprediger²⁵ Bezug und vertritt die Ansicht, die Bezugnahme auf die genannten Regelungen konturiere unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten den Begriff der Sicherheitsbedenken in ausreichendem Maße²⁶. Die genannten Bezüge finden sich aber in keiner Weise im Gesetzestext wieder. Hinweise in der Gesetzesbegründung allein, die dem Rechtsanwender in der Regel nicht zur Verfügung steht, sind jedoch nicht geeignet, die mangelnde Bestimmtheit des Gesetzestextes zu kompensieren.

Die Begriffe „sonstige Referenzperson“ und „sonstige Sicherheitsbedenken“ in § 73 Abs. 1 AufenthG-E im Gesetzestext sollten konkretisiert werden. Etwaige Konkretisierung sollten eingehend am Merkmal der Erforderlichkeit überprüft werden.

²¹ Gesetzesbegründung S. 97.

²² Gesetzesbegründung S. 100.

²³ Gesetzesbegründung S. 100.

²⁴ § 54 Nr. 7 AufenthG.

²⁵ § 55 Abs. 2 Nr. 8 a und AufenthG.

²⁶ Gesetzesbegründung S. 98.

b. Verbesserung der Zusammenarbeit der Ausländerverwaltung mit den Sicherheitsbehörden, auch im Hinblick auf das Visa-Informationssystem (VIS)
Die geplanten Änderungen finden eine Parallele und teilweise ihre Begründung im Anschluss an das für 2008 geplante Visa-Informationssystem der EU²⁷. Gegen das Visa-Informationssystem, für dessen Einrichtung es noch der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf, wurden und werden vor allem aus drei Gründen Bedenken seitens der nationalen²⁸ und des Europäischen Datenschutzbeauftragten²⁹, des Europäischen Parlaments³⁰ und von Experten³¹ vorgebracht. Die Bedenken beziehen sich erstens auf den geplanten Zugang der Sicherheitsbehörden einschließlich der Nachrichtendienste zum VIS, der eine empfindliche Einschränkung des datenschutzrechtlichen Grundsatzes der Zweckbeschränkung darstelle und nur unter bestimmten Umständen fallweise und verbunden mit strengen Schutzmaßnahmen zulässig sei. Zweitens beziehen sich die Bedenken auf die geplante Verwendung biometrischer Daten eines breiten Kreises von Personen, die völlig legale und legitime Gründe für Reisen in die EU haben. Die breite Verwendung biometrischer Daten werde weitreichende Auswirkungen auf die Gesellschaft haben und sei im Hinblick auf die Erforderlichkeit sehr fragwürdig. Sie sei daher umfassend zu erörtern. Darüber hinaus bedürfe sie umfangreicher Schutzmaßnahmen. Drittens beziehen sich die Diskussionen auf die erforderlichen Datenschutzbestimmungen, beispielsweise hinsichtlich der Übermittlung von Daten an Dritte durch einen Mitgliedstaat, hinsichtlich der Aufstellung von Abfragekriterien und Vorschriften über das Vorgehen nach einem Treffer. Die letztgenannten Diskussionen stehen in engem Zusammenhang mit dem noch nicht verabschiedeten EU-Rahmenbeschluss zum Datenschutz.

Da noch nicht absehbar ist, wie die Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen des VIS und der Zugriff der EU-Sicherheitsbehörden auf das VIS ausgestaltet werden, lassen sich auch die Folgen der in dem Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Veränderungen im Hinblick auf das VIS für den Datenschutz nicht absehen.

²⁷ Siehe dazu Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt, KOM (2004) 835 endg. und Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Prävention, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer und sonstiger schwerer Straftaten, KOM (2005) 600 endg.

²⁸ Siehe Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 21. Tätigkeitsbericht, April 2007, S. 30 f; Art. 29-Gruppe, Stellungnahme 7/2004 zur Verarbeitung biometrischer Merkmale in Visen und Aufenthaltstiteln im Visa-Informationssystem (VIS), zugänglich über www.bfdi.de.

²⁹ Der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDPS), Stellungnahme zu dem Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Zugang der für die innere Sicherheit zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Prävention, Aufdeckung und Untersuchung terroristischer und sonstiger schwerer Straftaten KOM (2005) 600 endg., Amtsblatt der Europäischen Union 2006 C 97/6; EDPS, Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen Mitgliedstaaten über Visa für den kurzfristigen Aufenthalt (KOM (2004) 835 endg.), Amtsblatt der EU 2005 C 181/13.

³⁰ Zum Stand der Verhandlungen zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat der EU siehe Ratsdokument 8540/07 vom 18. 4. 2007.

³¹ Standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law, Comments to the European Commission for the Consultation on the Visa Information System (VIS), Mai 2004, zugänglich über www.commissie-meijers.nl.

Hinsichtlich der unabhängig vom VIS geplanten sehr weitgehenden Vernetzung der Ausländerverwaltung und der Sicherheitsbehörden ist im nationalen Rahmen ebenso wie europäischen datenschutzrechtlich bedenklich, dass eine Zweckbeschränkung der Verwendung der im Visa-Verfahren erhobenen Daten kaum mehr erkennbar ist.

Die gesetzliche Veränderung der informationstechnischen Abläufe im Hinblick auf das Visa-Informationssystem VIS sollten erst dann vorgenommen werden, wenn nach Annahme der einschlägigen Rechtsgrundlagen und des EU-Rahmenbeschlusses zum Datenschutz auf EU-Ebene erkennbar ist, welchen datenschutzrechtlichen Schutzvorschriften das VIS und die Verwendung der darin enthaltenen Daten unterliegen werden.

Darüber hinaus sollte unabhängig von der Entwicklung des VIS die geplante Verbesserung der Zusammenarbeit von Ausländerverwaltung und Sicherheitsbehörden sehr kritisch an den Maßstäben der Erforderlichkeit, der Zweckbindung und des Trennungsgebots zu gemessen werden.

Themenblock V: Flüchtlingsanerkennung, Asylverfahrensrecht

1. Möglichkeit zur erweiterten Anwendung der deutschen Drittstaatenregelung durch Verweis auf Rechtsvorschriften und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft (§§ 18 Abs. 2 Nr. 2, 27a, 29 III, 34a des AsylVerfG-E)

a. Mögliche Folgen der dynamischen Verweisung

Der Gesetzesentwurf enthält in § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVerfG-E (Einreiseverweigerung), § 27a AsylVerfG-E (Zuständigkeit eines anderen Staates) und § 34a AsylVerfG-E (Abschiebungsanordnung ohne Möglichkeit zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) neue dynamische Verweisungen auf Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft und völkerrechtliche Verträge über die Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen. Die Offenheit und Dynamik der Verweisung bedingt, dass nach dem Gesetzesentwurf nicht nur derzeit bestehende, sondern auch künftige Rechtsvorschriften und Abkommen der EG die deutsche Drittstaatenregelung direkt beeinflussen können.

Die in den Vorschriften geregelten Rechtsfolgen sind erheblich und berühren die Garantien des Art. 16 a Grundgesetz (Asylrecht) und des Refoulement-Verbotes aus Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention, Art. 6, 7 des UN-Zivilpaktes und Art. 3 des UN-Antifolterabkommens unmittelbar.

So wird der Asylbewerber nach § 18 AsylVerfG-E ohne Prüfung des Asylantrags an der Grenze abgewiesen. Im Falle des § 27a AsylVerfG-E wird der Asylantrag nach dem Gesetzesentwurf als unzulässig qualifiziert, was zur Folge hat, dass der Asylbewerber nach § 34a AsylVerfG-E ohne die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes abgeschoben werden kann. Diese Rechtsfolgen waren bisher nur dann vorgesehen, wenn der Antragsteller aus einem sicheren Drittstaat nach § 26a AsylVerfG-E in die Bundesrepublik eingereist war. Die genannten Rechtsfolgen sollen nach der nun geplanten Gesetzesänderung auch dann eintreten, wenn „ein anderer Staat auf Grund von Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft oder eines völkerrechtlichen Vertrages für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist“ und zwar unabhängig vom Reiseweg des Asylbewerbers. In der Gesetzesbegründung wird dies damit begründet, alle Staaten, die an der Anwendung der Dublin II-Verordnung oder dem Dubliner Übereinkommen teilnehmen, seien gleichzeitig auch sichere Drittstaaten im Sinne von § 26a AsylVerfG. Gleichzeitig soll nach dem Gesetzesentwurf § 29 Absatz 3 AsylVerfG, der ausdrücklich bestimmt, dass ein Asylantrag aufgrund vertraglicher Zuständigkeitsvereinbarung nur dann unbeachtlich wird, wenn der zuständige Staat sicherer Drittstaat im Sinne von § 26a AsylVerfG ist, gestrichen werden.

Die Feststellung, alle Staaten, die am Dubliner System teilnehmen, seien zugleich sichere Drittstaaten im Sinne von § 26a AsylVerfG, ist nicht zutreffend.

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam ist nicht nur die Kompetenz für EG-interne Zuständigkeitsregeln wie die Dublin II-Verordnung auf die EG übergegangen. Vielmehr besteht seither auch eine implizite Außenkompetenz der EG für den Abschluss von Abkommen zur Assoziierung von Nicht-EU-Staaten an das Dubliner System. Der Abschluss solcher Verträge kann auf Vorschlag der Europäischen Kommission im Rat der EU mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Das

Europäische Parlament muss hierzu nur angehört werden³², die nationalen Parlamente sind nach EG-Recht nicht an der Entscheidung beteiligt.

Die EG hat von der Kompetenz zum Abschluss von Zuständigkeitsverträgen auch schon Gebrauch gemacht. So wurde im Januar 2001 ein Abkommen zum Anschluss von Island und Norwegen an das Dubliner System geschlossen. Im Oktober 2004 unterzeichneten die EG und die Schweiz ein Abkommen über den Anschluss an die Dublin II- und die Eurodac-Verordnung, das bisher allerdings nur partiell angewendet wird. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Abkommen zum Anschluss Liechtensteins an das Dubliner System datiert vom 4. 12. 2006. Da weder Island noch Liechtenstein bisher auf der Liste sicherer Drittstaaten nach Art. 16a Absatz 2 Satz 2 GG, § 26a II AsylVerfG stehen, bedeutet die geplante Neuregelung schon gegenwärtig eine Ausweitung der deutschen Drittstaatenregelung.

Aufgrund der Dynamik der im Gesetzesentwurf enthaltenen Verweisung sind jedoch zusätzlich künftige Rechtsvorschriften der EG und künftige Abkommen der EG mit Drittstaaten über die Zuständigkeit für die Durchführung von Asylverfahren von der Verweisung mit umfasst. Welche Zuständigkeitsabkommen die EG künftig mit Drittstaaten abschließen wird und ob künftige EG-Rechtsvorschriften, etwa eine geänderte Asylverfahrensrichtlinie weitere oder geänderte Zuständigkeitsbestimmungen enthalten werden, ist aber nicht absehbar.

Im Rat und in der Kommission wird derzeit intensiv nach Möglichkeiten gesucht, um größere Fortschritte bei der Aushandlung von Rücknahmeabkommen und anderen migrationspolitischen Abkommen mit Drittstaaten zu erzielen. Im Gespräch sind unter anderem finanzielle Unterstützung, Visaerleichterungen und Quoten für temporäre Migration als Gegenleistung für die Rücknahme von eigenen und fremden Staatsangehörigen. Diesen Ansatz verfolgte auch die Schäuble-Sarkozy-Initiative vom Herbst 2006.

Hinsichtlich der Rücknahmeabkommen der EG stellt sich die Situation derzeit wie folgt dar: Die Verhandlungen mit der Ukraine über ein Rücknahmeabkommen, das sowohl eigene Staatsangehörige als auch fremde Staatsangehörige umfasst, sind abgeschlossen³³, entsprechende Verhandlungen mit Marokko sind nach Informationen der Europäischen Kommission gut vorangekommen, Verhandlungen mit Moldawien und Algerien stehen bevor³⁴. Da Art. 13 des Cotonou-Abkommens mit den AKP-Staaten eine Rücknahmeverpflichtung enthält, ist davon auszugehen, dass viele EU-Mitgliedstaaten versuchen, bilaterale Rücknahmeabkommen mit AKP-Staaten abzuschließen. Da mit dem Abschluss von Rücknahmeabkommen letztlich eine Lasten- und Zuständigkeitsverteilung intendiert ist, ist nicht völlig unwahrscheinlich, dass die EG mittelfristig versuchen wird, Zuständigkeitsabkommen mit Staaten außerhalb West- und Ostmitteleuropas abzuschließen. Anfang der 90er Jahre gab es beispielsweise Pläne für ein Parallelabkommen zum Dubliner Abkommen der EU-Staaten mit den ostmitteleuropäischen Staaten (und späteren Beitrittsstaaten). Diese Pläne wurden damals vor allem deswegen nicht weiter verfolgt, weil ein derartiges Abkommen in allen beteiligten EU-Staaten hätte ratifiziert

³² Siehe Art. 63 Nr. 1a, 300 Absatz 2 Satz 1, und 300 Absatz 3 Unterabsatz 1 EG-Vertrag.

³³ Siehe Proposal for a Council decision concerning the Signing of the Agreement between the European Community and Ukraine on Readmission, KOM (2007) 197 final.

³⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Der Gesamtansatz zur Migrationsfrage nach einem Jahr: Schritte zur Entwicklung eines umfassenden europäischen Migrationskonzepts, KOM (2006) 735 endg., S. 10.

werden müssen. Nach Übergang der entsprechenden Außenkompetenz auf die EG ist eine Ratifikation durch die nationalen Parlamente der EU-Staaten aber nicht mehr erforderlich. Entsprechende Abkommen etwa mit Marokko oder der Ukraine würden nach der geplanten Neuregelung dann ohne weiteres zur Abweisung an der Grenze, zur Unzulässigkeit des Asylantrags und zur Abschiebung ohne vorläufigen Rechtsschutz führen und zwar unabhängig vom Reiseweg des/der Antragsteller/in.

Der Sache nach bedeuten die geplanten Änderungen daher Schaffung einer Möglichkeit zur erheblichen Ausweitung der deutschen Drittstaatenregelung ohne inhaltliche Kontrolle durch den Deutschen Bundestag. Eine solche Ausdehnung widerspräche auch der Menschenrechtspolitik der Großen Koalition, die das Konzept der sicheren Drittstaaten in ihrem Antrag zur Menschenrechtspolitik in der Europäischen Union vom 29. 11. 2006 zur Überprüfung empfohlen hat³⁵.

b. Verfassungsrechtliche Bewertung der geplanten dynamischen Verweisungen Die geplanten dynamischen Verweisungen verstoßen gegen Art. 16 a GG.

Soweit sie ein Absehen von der inhaltlichen Prüfung des Asylantrags aufgrund der Zuständigkeit eines anderen Staates zulassen, der nicht Mitgliedstaat der EU oder sicherer Drittstaat im Sinne der Liste nach § 26a Absatz 2 AsylVerfG ist, verstoßen sie gegen Art. 16a Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz, der den Erlass von Listen sicherer Drittstaaten unter Parlamentsvorbehalt stellt. Der Deutsche Bundestag kann nicht durch einfachgesetzliche Verweisung auf EU-Recht seine verfassungsrechtlich garantierte Entscheidungskompetenz auf die EU-Organe übertragen.

Art. 16a Absatz 2 Satz 2 GG, das Bestimmtheitsgebot und der verfassungsrechtliche Wesentlichkeitsgrundsatz legen es nahe, die Länder, die unter §§ 18, 27 und 34 a AsylVerfG fallen sollen, ausdrücklich und abschließend zu benennen.

Soweit die Verweisung Abkommen mit Staaten erfasst, in denen die Anwendung der EMRK und der Genfer Flüchtlingskonvention nicht sichergestellt ist - etwa weil es sich gar nicht um EMRK-Staaten handelt - verstößt sie gegen Art. 16a II 1 GG, weil dieser nicht nur die Ratifikation, sondern auch die Einhaltung der genannten Abkommen verlangt.

Soweit durch die Verweisungen ermöglicht wird, dass der Asylantrag nicht geprüft wird, obwohl die antragstellende Person gar nicht über den zuständigen Staat eingereist ist, in den sie sich zurück begeben soll, verstoßen die geplanten Neuerungen gegen Art. 16a Absatz 2 Satz 1 GG. Der Ausschluss vom Asylrecht ist nach Art. 16a Absatz 2 Satz 1 GG nur dann zulässig, wenn die antragstellende Person aus dem sicheren Drittstaat eingereist ist, in den sie sich zurück begeben soll.

Die dynamische Verweisung auf Zuständigkeitsabkommen der EG mit Drittstaaten wird auch nicht von Art. 16a Absatz 5 GG gedeckt, da dieser sich nur auf Abkommen der EG-Mitgliedstaaten mit Drittstaaten bezieht, nicht jedoch auf Abkommen der EG selbst mit Drittstaaten. Dieser Unterschied kann nicht durch Interpretation nivelliert werden, da zwischen den beiden Arten von Abkommen ein erheblicher und vom

³⁵ Stärkung der Menschenrechtspolitik in der Europäischen Union, Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD im Deutschen Bundestag, BT-Drs. 16/3607, S. 7.

Verfassungsgesetzgeber als wesentlich erachteter Unterschied hinsichtlich der parlamentarischen Kontrolle besteht.

c. Menschenrechtliche Bewertung von Drittstaatenregelungen

Das Deutsche Institut für Menschenrechte teilt die vom Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) anlässlich der Verfassungsänderung 1993 geäußerten erheblichen Bedenken an der Völkerrechtskonformität einer Drittstaatenregelung ohne Widerlegbarkeit der Sicherheit des Drittstaates im Einzelfall, wie sie sich im deutschen Recht und als Modell in Art. 36 der Asylverfahrensrichtlinie findet. Dies gilt jedenfalls insoweit, als Staaten außerhalb der EU als sichere Drittstaaten angesehen werden. Diese Ausformung der Drittstaatenregelung bietet keine hinreichende Sicherheit gegen Verstöße gegen das sich u. a. aus Art. 3 EMRK, 33 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention und Art. 6, 7 des UN-Zivilpakts und Art. 3 UN-Antifolterabkommen ergebende Refoulement-Verbot.

Drittstaatenregelungen, bei denen die Sicherheit des Drittstaates im Einzelfall widerlegbar ist, sind an sich weniger problematisch. Art. 27 der Asylverfahrensrichtlinie enthält zumindest die Verpflichtung, dem/der Antragsteller/in die Möglichkeit zu geben, individuell zu überprüfen, ob die Anwendung der Drittstaatenregelung gegen Art. 3 EMRK verstoßen würde. Wegen der Fehleranfälligkeit der bei Drittstaatenregelungen in der Regel angewandten beschleunigten Verfahren, ist die Einhaltung des Refoulementverbotes aber häufig nicht hinreichend abgesichert.

Höchst problematisch ist aber in diesem Zusammenhang, dass Art. 27 der Asylverfahrensrichtlinie sehr niedrige Anforderungen an die Sicherheit des Drittstaates stellt. So muss der Drittstaat nach der Richtlinie nicht Signatarstaat der EMRK oder anderer Menschenrechtsabkommen sein und es ist auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben, dass in dem Drittstaat Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Ablehnung eines Asylantrags gegeben sein müssen. Es ist fraglich, ob diese Variante der Drittstaatenregelung mit den EU-Grundrechten vereinbar ist. Jedenfalls aber verstieße ihre Anwendung in Deutschland gegen Art. 16a II 1 GG, der sehr hohe Anforderungen an die Sicherheit des Drittstaates stellt, insbesondere den Kreis der sicheren Drittstaaten auf die EMRK-Staaten beschränkt.

Zusätzliche Gefahren bergen solche Drittstaatenregelungen, die die Möglichkeit der Zurückweisung oder Abschiebung in Staaten erlauben, über die die betreffende Person nicht eingereist ist. Auch dies lässt Art. 27 der Asylverfahrensrichtlinie zu, was im Hinblick auf Art. 16a II 1 wiederum die Anwendung in Deutschland verbietet. Zum einen besteht dabei die Gefahr, dass schutzwürdige Interessen der Antragstellenden nicht berücksichtigt werden. Zum anderen besteht die gesteigerte Gefahr, dass überlastete Drittstaaten, die sich aus sachfremden politischen Erwägungen heraus zur Aufnahme bereit erklärt haben, zu einer menschenrechtswidrigen Asylpraxis verleitet werden.

Insgesamt ist zu bedenken, dass die systematische Verlagerung der Belastungen des Flüchtlingsschutzes auf Drittstaaten durch Drittstaatenregelungen sowie durch verstärkte und vorverlagerte Grenzkontrollen und Visaerfordernisse dem Geist der Genfer Flüchtlingskonvention widerspricht. Eine auf solchen Elementen aufgebaute Migrationsstrategie ist geeignet, die Genfer Flüchtlingskonvention auszuhebeln. Diese ist von dem wesentlichen Gedanken getragen, dass sich alle Signatarstaaten

an der Gewährung von Flüchtlingsschutz beteiligen, um eine Bewältigung des Flüchtlingsproblems zu ermöglichen.

2. Regelung des individuellen Anspruchs auf subsidiären Schutz §§ 60 VII, 60a I, 25 III AufenthG

Die umzusetzende Qualifikationsrichtlinie³⁶ verfolgt ein menschenrechtlich orientiertes Schutzkonzept. Nach der Richtlinie besteht ein Anspruch auf Schutz dann, wenn Schutzbedürftigkeit nach Maßgabe der Richtlinie gegeben ist. Ein Anspruch³⁷ auf die Gewährung des subsidiären Schutzstatus besteht grundsätzlich dann, wenn eine individuelle Prüfung³⁸ ergibt, dass dem Antragsteller bei Rückkehr in sein Herkunftsland ein ernsthafter Schaden im Sinne von Art. 15 der Richtlinie droht.

Der Gesetzesentwurf setzt dies nur unzureichend um. So wird erstens kein Recht auf individuelle Antragsprüfung gewährt. Vielmehr erhält der Gesetzesentwurf die bisherige Anforderung aufrecht, dass die Gewährung von Schutz bei Vorliegen der Gefahr eines ernsthaften Schadens von einer Entscheidung der obersten Landesbehörde bzgl. bestimmter Ausländergruppen oder Staaten abhängig ist, sofern die Bevölkerung oder Bevölkerungsgruppe der Gefahr allgemein ausgesetzt ist³⁹.

Zweitens wird Art. 15 lit. c der Richtlinie 2004/83/EG, der das Vorliegen eines ernsthaften Schadens dann als gegeben ansieht, wenn eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts vorliegt, in dem neuen § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG nur lückenhaft wiedergegeben. Insbesondere fehlt die ausdrückliche Anerkennung willkürlicher Gewalt im Rahmen von bewaffneten Konflikten als Qualifizierung eines ernsthaften Schadens, der zum Schutz berechtigt. Die Formulierungen des § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG-E verschleiern damit den Widerspruch zwischen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schutz gegen Bürgerkriegsgefahren einerseits und der Qualifikationsrichtlinie andererseits. Die Aufrechterhaltung der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist aber weder gemessen am Text der Richtlinie noch gemessen am Maßstab der EU-Grundrechte (Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag, Art. 3 EMRK, Art. 19 EU-Grundrechtscharta) haltbar.

Drittens setzt der Gesetzesentwurf das Bestehen eines individuellen Anspruchs auf Schutzgewährung nicht vollständig um. Art. 25 Abs. 3 Satz 1, der die Gewährung des Aufenthaltstitels regelt, ist immer noch als Soll-Vorschrift ausgestaltet, obwohl für die Ausübung irgend eines behördlichen Ermessens bei Vorliegen der Gefahr eines ernsthaften Schadens im Sinne von Art. 15 der Qualifikationsrichtlinie kein Raum bleibt.

Es bestehen insoweit starke Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung.

³⁶ 2004/83/EG des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.

³⁷ Art. 2 lit. e der Richtlinie 2004/83/EG.

³⁸ Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2004/83/EG.

³⁹ Siehe §§ 60 Abs. 7, 60a Abs. 1 AufenthG-E.

3. Normierung der Voraussetzungen, die nach der Richtlinie einen Anspruch auf internationalen Schutz begründen - Verweisungstechnik

Der Gesetzesentwurf nützt insbesondere in § 60 Abs. 1 S. 5 und 6 und Abs. 11 AufenthG-E die Methode der Verweisung auf Vorschriften der Qualifikationsrichtlinie. Die Vorschriften, auf die verwiesen wird, gewähren an einigen Punkten einen weitergehenden Schutz, als er vom deutschen Recht und der deutschen Rechtsprechung bisher gewährt wurde. Dies gilt zum Beispiel für das Merkmal der Verfolgung aufgrund der Religion in Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention und für die Gewährung von Schutz gegen Gefahren, die von nichtsstaatlichen Akteuren ausgehen.

Die Verwendung dieser für den Rechtsanwender sehr unübersichtlichen Verweisungstechnik ist sowohl europarechtlich als auch verfassungsrechtlich bedenklich. Der EuGH in Luxemburg stellt hohe Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Richtlinienumsetzung⁴⁰. Diese muss dazu geeignet sein, das Ziel der Gemeinschaftsrechtssetzung - hier insbesondere die einheitliche Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention - in der Praxis zu gewährleisten. Darüber hinaus steht auch das BVerfG vor dem Hintergrund des aus Art. 20 Abs. 3 GG ableitbaren Bestimmtheitsgebotes Verweisungsketten sehr kritisch gegenüber, weil Prüfungsvorgänge durch sie fehleranfällig werden⁴¹.

4. Einreiseverweigerung bei Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates, § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVerfG-E

Die in dem Gesetzesentwurf vorgesehene Neuerung des § 18 Abs. 2 Nr. 2 ist nicht nur deswegen problematisch, weil sie, wie oben beschrieben, dynamische Verweisungen auf Europarecht enthält. Aus europarechtlicher und menschenrechtlicher Sicht höchst bedenklich ist auch, dass die Vorschrift für die Einreiseverweigerung das Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates und für die künftige Aufnahme eines Auf- oder Wiederaufnahmeverfahrens ausreichen lässt. Die Einreiseverweigerung vor Abschluss des Verfahrens zur Bestimmung des für die Antragsprüfung zuständigen Staates widerspricht sowohl dem Wortlaut als auch der ratio der Dublin II-Verordnung, des Dubliner Übereinkommens und der bestehenden Assoziationen von Nicht-EU-Staaten an das Dubliner Übereinkommen. Diese verfolgen nämlich nicht nur den Zweck, eine mehrfache Antragsprüfung zu vermeiden, sondern vor allem auch den Zweck, jedem Antragsteller den Zugang zum Asylverfahren zu

⁴⁰ EuGH, Kommission v. Deutschland, Rs. C-217/97, Rz. 31, 32.

„31. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes erfordert die Umsetzung einer Richtlinie zwar nicht unbedingt eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Rechtsvorschrift; ihr kann durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext Genüge getan werden, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet (vgl. insbes. Urteile vom 23. Mai 1985 in der Rechtssache 29/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661, Randnr. 23, und vom 8. Juli 1987 in der Rechtssache 247/85, Kommission/Belgien, Slg. 1987, 3029, Randnr. 9)

32. Nach der Rechtsprechung ist es jedoch erforderlich, dass die Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und die Begünstigten in die Lage versetzt, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (Urteil Kommission/Deutschland, Randnr. 23).“

⁴¹ BVerfG, 1 BvF 3/92, Rz. 134 ff.

garantieren⁴². Das Phänomen der „refugees in orbit“, für deren Asylantragsprüfung sich kein Staat zuständig fühlt, sollte vermieden werden. Dies schlägt sich in der Dublin II-Verordnung und im Dubliner-Übereinkommen in der Verpflichtung zur Prüfung jedes Asylantrags im Land und an der Grenze⁴³ und der Überstellung eines Asylbewerbers erst nach Zustimmung des aufnehmenden Staates⁴⁴ nieder.

Zudem kann die Dublin II-Verordnung unbegleiteten minderjährigen Kindern⁴⁵ und Familienangehörigen⁴⁶ in bestimmte subjektive Rechte auf Prüfung des Asylantrags in Deutschland vermitteln, die nicht durchsetzbar sind, wenn die Abweisung an der Grenze aufgrund bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates erfolgt.

Die mit § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVerfG-E vorgesehene Neuerung birgt die erhebliche Gefahr von Verstößen gegen das Refoulement-Verbot. Außerdem halte ich die Vorschrift für unvereinbar mit der Dublin II-Verordnung und dem Dubliner Übereinkommen.

5. Menschenrechts- und richtlinienkonforme Gesundheitsversorgung für besonders schutzbedürftige Personen

Aus Art. 12 Abs. 1 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) ergibt sich die Verpflichtung der Paktstaaten, das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit anzuerkennen. Der hierfür zuständige UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 14. „Das Recht auf ein Höchstmaß an Gesundheit (Art. 12)“ vom 11. August 2000 folgendes festgehalten:

„Insbesondere unterliegen die Vertragsstaaten der Verpflichtung, das Recht auf Gesundheit zu achten, indem sie es beispielsweise unterlassen, den gleichberechtigten Zugang zu vorbeugenden, heilenden und lindernden Gesundheitsdiensten für jeden Menschen zu verweigern oder zu beschränken, einschließlich für (...) Asylsuchende und illegale Migranten; (...).“⁴⁷

Der Anspruch auf ein Höchstmaß auf Gesundheit aus Art. 12 des Sozialpaktes erstreckt sich nicht nur auf die physische Gesundheit und die Abwesenheit von Krankheit und Gebrechlichkeit, sondern auch auf die geistige bzw. psychische Gesundheit und die sozialen Faktoren, die ein gesundes Leben ermöglichen⁴⁸. Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, den Aspekt des diskriminierungsfreien Zugangs zur Gesundheitsversorgung einschließlich der psychologischen und psychosozialen Betreuung in seine Normsetzung mit einzubeziehen.

⁴² Abs. 4 der Präambel des Dubliner Übereinkommens, Abs. 4 der Präambel der Dublin II-Verordnung.

⁴³ Art. 3 Abs. 1 des Dubliner Übereinkommens, Art. 3 Abs. 1 der Dublin II-Verordnung.

⁴⁴ Art. 11 des Dubliner Übereinkommens Art. 19 der Dublin II-Verordnung,.

⁴⁵ Art. 6 Absatz 2 der Dublin II-Verordnung.

⁴⁶ Art. 7 der Dublin II-Verordnung.

⁴⁷ Ausschuss für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte, CESCR E/C.12/2000/4, Ziff. 34. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Die ‚General Comments‘ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2005, S. 300.

⁴⁸ Ausschuss für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte, CESCR E/C.12/2000/4, Ziff. 4. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Die ‚General Comments‘ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2005, S. 286.

Das Recht auf Gesundheit ist insbesondere für Personen mit besonderen Schutzbedürfnissen, wie etwa begleiteten und unbegleiteten Minderjährigen, behinderten und älteren Menschen, Schwangeren, Alleinerziehenden mit minderjährigen Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, von besonderer Bedeutung. Dem tragen Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 der Opferschutzrichtlinie⁴⁹, Art. 13 Abs. 4 der Richtlinie über vorübergehenden Schutz⁵⁰ und Art. 15,17-20 der Richtlinie Aufnahmebedingungen⁵¹ Rechnung.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte begrüßt den durch das 1. Änderungsgesetz zum Zuwanderungsgesetz eingeführten § 6 Abs. 2 AsylbewLG, wonach Personen, denen vorübergehender Schutz im Sinne der Richtlinie 2001/55/EG gewährt wird, medizinische und sonstige Hilfe gewährleistet werden soll, die über Grundversorgung der Behandlung akuter Erkrankungen nach Art. 4 Abs. 1 AsylbewLG hinausgeht.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist jedoch der Ansicht, dass die Ausgestaltung der Vorschrift als Soll-Vorschrift dem Wortlaut der genannten Vorschrift Richtlinie 2001/55/EG nicht gerecht wird. Für die Ausübung eines - wenn auch eingeschränkten - behördlichen Ermessens verbleibt nach dem Wortlaut der Richtlinie kein Raum.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte vermisst im Gesetzesentwurf Regelungen über die Gesundheitsversorgung für besonders schutzbedürftige Asylbewerber nach Maßgabe der Richtlinie Aufnahmebedingungen sowie für besonders schutzbedürftige Opfer von Menschenhandel nach der Opferschutzrichtlinie. Da ein adäquater Zugang insbesondere zu psychologischer und psychosozialer Betreuung in der Praxis über § 4 AsylbewLG häufig nicht gewährt wird, stellt dies eine mangelhafte Richtlinienumsetzung dar. Besonders ist darauf hinzuweisen, dass Opfer von Menschenhandel, die eine Aufenthaltstitel nach § 25 Absatz 4a AufenthG-E bekommen, für die gesamte Dauer ihres u. U. mehrjährigen Aufenthalts dem AsylbewLG unterfallen sollen. Damit wäre dieser Personenkreis faktisch von adäquater psychologischer und psychosozialer Betreuung ausgeschlossen.

Neben Asylbewerbern und Opfern von Menschenhandel ist die Bundesrepublik nach Art. 12 des Sozialpaktes verpflichtet, die Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit für alle auf ihrem Staatsgebiet lebenden Personen anzustreben. Das vorliegende Umsetzungsgesetz sollte daher genutzt werden, die psychische und psychosoziale Betreuung auch Geduldeter und anderen Personen, die unter das AsylbewLG fallen, zu regeln. Dies hätte zudem zur Folge, gesundheitlich und rechtspolitisch bedenkliche Behandlungsabbrüche allein aufgrund des Statuswechsels in der Bundesrepublik lebender Personen zu vermeiden.

Art. 6 Abs. 2 AsylbewLG sollte deshalb einen zwingenden Anspruch auf medizinische und sonstige Hilfe enthalten. Darüber hinaus sollte die psychologische und psychosoziale Betreuung von Asylbewerbern, Opfern von Menschenhandel und Geduldeten durch die Einfügung neuer Regelungen gesichert werden.

⁴⁹ Richtlinie 2004/81/EG.

⁵⁰ Richtlinie 2001/55/EG.

⁵¹ Richtlinie 2003/9/EG.

6. Insbesondere: Schutz traumatisierter Minderjähriger nach Art. 18 der Richtlinie Aufnahmebedingungen

Das Deutsche Institut für Menschenrechte stellt mit Bedauern fest, dass es im Gesetzesentwurf versäumt wurde, die Vorgaben des Art. 18 der Richtlinie 2003/9/EG bezüglich des Schutzes traumatisierter Minderjähriger umzusetzen. Nach dieser Vorschrift sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass Minderjährige, die Opfer irgendeiner Form von Missbrauch, Vernachlässigung, Ausbeutung, Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung gewesen sind oder unter bewaffneten Konflikten gelitten haben, Rehabilitationsmaßnahmen in Anspruch nehmen können und dass im Bedarfsfall eine geeignete psychologische Betreuung und eine qualifizierte Beratung angeboten wird.

7. Haft

a. Zurückweisungshaft § 15 Abs. 5 AufenthG-E, insbesondere in Fällen der Vermutung der Zuständigkeit eines anderen Staates für die Asylantragsprüfung (Dublin-Fälle)

Der Entwurf sieht neue Vorschriften der Zurückweisungshaft vor. Nach § 15 Abs. 5 AufenthG soll ein Ausländer zur Sicherung der Zurückweisung auf richterliche Anordnung in Haft (Zurückweisungshaft) genommen werden, wenn eine Zurückweisungsentscheidung ergangen ist und diese nicht unmittelbar vollzogen werden kann. Im Vergleich zur bisher in § 15 Abs. 4 i. V. m. § 62 AufenthG vorgesehenen Zurückweisungshaft sieht der Gesetzesentwurf folgende Verschärfungen vor:

- Die Zurückweisungshaft soll verhängt werden, ohne dass eine Erforderlichkeitsprüfung vorgenommen wird⁵² oder eine besondere gesetzlich festgelegte Fallkonstellation⁵³ vorliegt, die die Erforderlichkeit der Haft nahe legt. Die Inhaftierung wird damit zur Regel gemacht.
- Die bisher vorgesehene zeitliche Beschränkungen von in der Regel 6 Wochen zur Vorbereitung der Zurückweisungsentscheidung (Vorbereitungshaft)⁵⁴ und 3 Monaten zur Sicherung der Abschiebung (Sicherungshaft)⁵⁵ gelten nicht. Vielmehr kann die Zurückweisungshaft nach dem Gesetzesentwurf in allen Fällen bis zu 6 Monaten, in Fällen, in denen der Ausländer seine Abschiebung zu verhindern sucht, auf bis zu 18 Monate verhängt werden⁵⁶.
- Nach der Vorstellung des BMI soll die gewählte rechtliche Konstruktion, die das Vorliegen besonderer Haftgründe entbehrlich macht, offenbar bewirken, dass die richterliche Entscheidung über die Haft beschränkt wird. So sollen insbesondere die bisher vom Haftrichter wenigstens summarisch vorzunehmende⁵⁷ Prüfung des baldigen Bestehens einer rechtmäßigen Einreiseverweigerung bei der Vorbereitungshaft und die richterliche Überprüfung der Erforderlichkeit durch die Neuerung wegfallen.
- In Zusammenschau mit der neu geplanten Möglichkeit der Grenzschutzbehörden, einen Asylantragsteller bereits bei Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates die Einreise zu

⁵² So bisher § 15 Abs. 4 i. V. m. § 62 Abs. 1 AufenthG.

⁵³ So bisher § 15 Abs. 4 i. V. m. § 62 Abs. 2 AufenthG.

⁵⁴ So bisher § 15 Abs. 4 i. V. m. § 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG

⁵⁵ So bisher § 15 Abs. 4 i. V. m. § 62 Abs. 2 Satz 4 AufenthG

⁵⁶ § 15 Abs. 5 AufenthG-E i. V. m. § 62 Abs. 3 Satz 2 und 3 AufenthG-E.

⁵⁷ Blechinger/Bülow/Weißflog, Das neue Zuwanderungsrecht, 3/18.1.2; 3/18.6.1.

verweigern, § 18 Abs. 2 Nr. 2 AsylVerfG-E (dazu bereits oben), bedeutet dies, dass hier auch die richterliche Haftentscheidung auf das Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates und das Bestehen eines Auf- oder Wiederaufnahmeverfahrens durch die Asylbehörden beschränkt ist.

Die geplante Neuerung begegnet erheblichen Bedenken im Hinblick auf ihre Verfassungs- und Menschenrechtskonformität.

Wie das BVerfG betont, nimmt die Freiheit der Person „als Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers - einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. Das kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sie als "unverletzlich" bezeichnet, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ihre Beschränkung nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes zulässt und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG die Einhaltung besonderer Verfahrensgarantien fordert (vgl. BVerfGE 35, 185 <190>). Eingriffe in dieses Rechtsgut sind im Allgemeinen nur zulässig, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>). Dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen ist der Freiheitsanspruch des Unterbrachten als Korrektiv entgegenzuhalten; beide sind im Einzelfall abzuwägen“⁵⁸.

Diesen Anforderungen an eine Freiheitsentziehung wird die geplante Neuerung nicht gerecht. Insbesondere fehlte es angesichts der regelmäßigen Inhaftierung bei Nichtvollziehbarkeit der Zurückweisungsentscheidung ohne weitere Erforderlichkeitsprüfung oder besondere Haftvoraussetzungen und der langen Dauer der regelmäßig zu verhängenden Haft an der Verhältnismäßigkeit und der erforderlichen Abwägung im Einzelfall.

Die Zurückweisungshaft bei Asylbewerbern bei Vorliegen bloßer Anhaltspunkte für die Zuständigkeit eines anderen Staates und das Bestehen eines Auf- oder Wiederaufnahmeverfahrens durch die Asylbehörden begegnet noch gesteigerten Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 5 lit. f EMRK. Dieser erlaubt eine Freiheitsentziehung zur Verhinderung der illegalen Einreise nur, wenn ein Auslieferungs- oder Ausweisungsverfahren im Gange ist. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Grenzschutzbehörden lediglich Anhaltspunkte für das Bestehen eines Auf- oder Wiederaufnahmeersuchens durch die Asylbehörden sehen.

Der Regierungsentwurf scheint insoweit den 2004 neu eingeführten §§ 76 Abs. 2 Nr. 4, 39 Abs. 3 Nr. 4 des österreichischen Fremdenpolizeigesetzes nachgebildet. Der Österreichische Verwaltungsgerichtshof hält - in Übereinstimmung mit der Fachliteratur⁵⁹ - die genannten Vorschriften aus den genannten Gründen für unvereinbar mit Art. 5 EMRK und hat die Vorschriften deshalb dem Österreichischen Verfassungsgerichtshof mit Entscheidung vom 30. Januar 2007 zur Überprüfung vorgelegt⁶⁰.

Die intendierte Einschränkung der haftrichterlichen Prüfung, die die Rechtmäßigkeit der Einreiseverweigerung als Haftgrund nicht umfasst, begegnet zudem ganz erheblichen Bedenken im Hinblick auf das Erfordernis der richterlichen Haftprüfung nach Art. 104 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 4 EMRK.

⁵⁸ BVerfG, 2 BvR 2029/01, Ziff. 98

⁵⁹ Kopetzky, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 2 PersFrG, Rz. 75; Wiederin, ZUV 1996/1, 13.

⁶⁰ Österreichischer Verwaltungsgerichtshof, Aktenzeichen A 2007/0010-1 (2006/21/0090).

Wegen starker Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK sollte auf die geplante Zurückweisungshaft nach §§ 15 Abs. 5, 18 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG-E verzichtet werden.

b. Weiteres Festhalten im Transitbereich eines Flughafens nach negativer Entscheidung im Flughafenverfahren § 15 Abs. 6 AufenthG-E

§ 15 Abs. 6 AufenthG-E sieht die Unterbringung im Transitbereich eines Flughafens vor, wenn ein Ausländer auf dem Luftweg eingereist ist und ihm die Einreise verweigert wurde. Die Vorschrift zielt laut Gesetzesbegründung vor allem auf Fälle ab, in denen der Asylantrag der betreffenden Person im Flughafenverfahren als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde⁶¹. Die zulässige Haftdauer ist nicht eindeutig geregelt; eine nicht ganz klare Kettenverweisung auf § 62 Abs. 3 AufenthG⁶² legt aber die Vermutung nahe, dass auch dieser Aufenthalt im Transitbereich ohne Vorliegen weiterer Haftgründe bis zu 6 bzw. 18 Monaten zulässig sein soll, sofern nur die Abreise innerhalb der Haftdauer zu erwarten ist.

Eine richterliche Anordnung der Haft ist nach der vorgeschlagenen Vorschrift erst 30 Tage nach Ankunft am Flughafen bzw. Kenntnis der Behörden von der Ankunft erforderlich. Dass erst nach 30 Tagen eine richterliche Anordnung erforderlich ist, wird unter Berufung auf das BVerfG mit der Ansicht begründet, beim Aufenthalt im Transitbereich eines Flughafens handle es sich nicht um eine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung, wenn der betreffenden Person das luftseitige Verlassen des Transitbereichs möglich sei. Im Evaluierungsbericht hatte das BMI dazu ausgeführt, der Aufenthalt im Transitbereich sei nicht Folge einer der deutschen Staatsgewalt zurechenbaren Maßnahme, sondern resultiere aus der passlosen Einreise und der Absicht der Ausländer, in Deutschland um Schutz nachzusuchen.⁶³

Hierzu ist zu bemerken, dass die geplante Vorschrift - wie sich aus dem vorgesehenen Erfordernis der Erwartbarkeit der Abreise während der Haftdauer zeigt - gerade solche Fälle im Auge hat, in denen der betroffenen Person die Abreise aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (etwa wegen fehlender Papiere) nicht möglich ist. Die Rechtsprechung des BVerfG kann deswegen nicht als Argument herangezogen werden, da sie die Möglichkeit zum luftseitigen Verlassen des Transitbereichs voraussetzt. Der EGMR hat in mehreren Fällen entschieden, dass das Festhalten in der Transitzone eines Flughafens je nach Intensität äquivalent zu einer Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK ist⁶⁴ und dass allein der Verweis auf die theoretische Möglichkeit des luftseitigen Verlassens der Transitzone zur Verneinung einer Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 EMRK nicht ausreicht⁶⁵.

Daher ist davon auszugehen, dass die durch § 15 Abs. 6 AufenthG-E vorgesehene Verbringung in den Transitbereich eines Flughafens eine Freiheitsentziehung

⁶¹ Gesetzesbegründung, S. 35.

⁶² Verweisung über § 15 Abs. 6 Satz 4, § 15 Abs. 5 Satz 2 AufenthG-E.

⁶³ BMI, Evaluierungsbericht 2006, S. 214.

⁶⁴ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Antragsnr. 45355/99 und 45357/99 (Shamsa/Polen).

⁶⁵ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Antragsnr. 19776/92 (Amuur/Frankreich), Ziff. 48.

darstellt, die Art. 104 GG und Art. 5 EMRK und damit dem Richtervorbehalt unterfällt⁶⁶.

Auch mit richterlicher Anordnung erscheint eine regelmäßige Unterbringung im Transitbereich eines Flughafens ohne Vorliegen besonderer Haftgründe und ohne gründliche Abwägung im Einzelfall jedoch unverhältnismäßig.

Wegen erheblicher Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 104 GG und Art. 5 EMRK sollte auf § 15 Abs. 6 AufenthG-E verzichtet werden.

c. Vorläufige Festnahme durch Ausländerbehörden § 62 Abs.4 AufenthG-E

Der Entwurf schlägt einen neuen § 62 Abs. 4 AufenthG-E vor, wonach die zuständigen Ausländerbehörden einen Ausländer vorläufig festnehmen dürfen, wenn der dringende Verdacht für das Vorliegen der Voraussetzungen der Sicherungshaft besteht, die richterliche Entscheidung über die Anordnung der Sicherungshaft nicht vorher eingeholt werden kann und der begründete Verdacht vorliegt, dass sich der Ausländer der Anordnung der Sicherungshaft entziehen will. Der Ausländer ist nach dem Entwurf unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung der Sicherungshaft vorzuführen.⁶⁷

Aus dem Ausnahmecharakter des Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG, der nicht richterlich angeordnete Freiheitsentziehungen zulässt, ergibt sich, dass der Richtervorbehalt bei planbaren Festnahmen überhaupt nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht, die Vorschrift also auf planbare Festnahmen keine Anwendung finden kann.

Da ein begründeter Verdacht, dass sich der Ausländer entziehen will, in aller Regel nicht angenommen werden kann, wenn sich der Ausländer bei der Ausländerbehörde vorstellt, stellt sich zudem die Frage nach dem Anwendungsbereich in der Praxis.

Die Einführung der vorgeschlagenen Festnahme durch die Ausländerbehörden könnte in der Praxis die ohnehin bestehende Tendenz der Ausländerbehörden zur Missachtung des Richtervorbehalts⁶⁸ noch verstärken und damit das verfassungsrechtlich gebotene Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich des Richtervorbehalts unterlaufen.

Wegen erheblicher Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 104 GG sollte auf die vorgeschlagene durch die Ausländerbehörden nach § 62 Abs. 4 AufenthG-E verzichtet werden.

⁶⁶ Zur Unvereinbarkeit eines mehrtägigen Festhaltens im Transitbereich eines Flughafens ohne richterliche Anordnung mit Art. 5 EMRK Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Antragsnr. 45355/99 und 45357/99 (Shamsa/Polen), Ziff. 59.

⁶⁷ Gesetzesbegründung S. 91.

⁶⁸ Dazu Fischer-Lescano, Kritische Justiz 2006, 236 mit Nachweisen zu einschlägigen Gerichtsurteilen.