

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Winfried Kluth

Richter am Landesverfassungsgericht



An den
Innenausschuss des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)282 A

Halle, den 22. Juni 2011

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP: Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex

BT-Drucksache 17/5470

I. Gegenstand und Zielsetzungen des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf dient im Kern der **Umsetzung von zwei Richtlinien** der Europäischen Union, die an das Phänomen des irregulären Aufenthalts anknüpfen, dabei jedoch unterschiedliche Teilaspekte aufgreifen und innerhalb der Europäischen Union harmonisieren.

Die **Richtlinie 2008/115/EG** gibt gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten für die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vor. Sie will den menschenrechtlichen Status dieses Personenkreises sichern und den Ablauf der Rückführung fair ausgestalten. Der dem deutschen Recht zwar geläufige, aber weniger intensiv ausgeprägte Gedanke der Fairness wird insbesondere durch eine stärkere Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf Einzelfallentscheidungen und damit eine Verhinderung eines rein schematischen Vorgehens bei der Rückführung verwirklicht. Zugleich wird auch die Zukunftsperspektive der betroffenen Personen insoweit verstärkt, als ihre Möglichkeiten einer zukünftigen legalen Einreise stärker als bislang abgesichert bzw. erhalten werden sollen.

Die Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, zielt – einem vor allem durch Deutschland in den letzten Jahrzehnten konsequent verfolgten Ansatz folgend – auf die Bekämpfung der inländischen Ursachen und Anreize für eine illegale Einreise zum Zweck der irregulären Beschäftigung ab. Deshalb steht bei dieser Richtlinie ein

anderer Personenkreis im Zentrum. Gleichwohl werden auch hier bedeutsame Regelung zur Absicherung der legitimen Interessen der illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen getroffen.

Neben der Umsetzung der beiden Richtlinien dient der Gesetzentwurf zudem der Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex.

Nicht erfasst ist die Umsetzung der ebenfalls zur Umsetzung anstehenden sog. Blue Card Richtlinie, die zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll.

Die nachstehenden Ausführungen konzentrieren sich auf diejenigen Aspekte des Gesetzentwurfs, denen im Hinblick auf ihre Bedeutung oder die durch die Richtlinien veranlasste Rechtsänderung eine besondere Bedeutung zukommt.

II. Zur Umsetzung der Rückführungsrichtlinie

1. Zu Nr. 9 – betreffend Art. 11 RückführungsRL

Das bereits einleitend angesprochene Ziel der Richtlinie, die Rückführung konsequent als Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung der individuellen Interessen der betroffenen Person auszugestalten, kommt spezifisch in Art. 11 Abs. 2 zum Ausdruck: „Das Einreiseverbot wird in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls festgesetzt und überschreitet grundsätzlich nicht fünf Jahre.“

Das Umsetzungsgesetz sieht hierzu eine Ergänzung des § 11 Abs. 1 AufenthG vor, ohne die bisherige Systematik der Norm zu ändern. Insbesondere wird die Fristbestimmung für die Wiedereinreise wie bisher mit der Entscheidung über die Ausweisung oder Abschiebung verbunden. Zudem ist vorgesehen, dass für die Befristung ein Antrag gestellt werden muss, während die Richtlinie die Beschränkung als die Regelfolge ansieht. Im Ergebnis ist damit auch eine erst nachträgliche Befristung möglich.

Die im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendung der RückführungsRL ergangene erstinstanzliche Rechtsprechung (VG Karlsruhe, Urteil v. 02.03.2011, Az. 4 K 3079/10, sowie Urteil v. 16.03.2011, Az. 4 K 551/09; VG Köln, Urteil v. 26.01.2011, 12 K 4430/09; VG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2011, 7 L 1520/10) hat diese Vorgehensweise gebilligt.

Dies scheint auch mit richtig zu sein, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

Die RückführungsRL geht Art. 11 Abs. 1 davon von, dass eine Rückführungsentscheidung mit einem Einreiseverbot einhergeht und zwar in den beiden angeführten Fallgruppen automatisch, in den übrigen Fällen auf Grund einer Ermessensentscheidung. Damit wird bereits deutlich, dass der verfahrensmäßigen Verbindung von Rückführungsentscheidung und Einreiseverbot nichts im Wege steht. Wichtig ist indes, dass in Bezug auf das Einreiseverbot und seine Dauer die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden und in der Regel die Befristung auf fünf Jahre erfolgt.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die vorgeschlagene Neuregelung, so ergibt sich folgende verfahrensrechtliche und materielle Rechtslage:

„(1) Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten. Ihm wird auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs nach diesem Gesetz kein Aufenthaltstitel erteilt. Die in den Sätzen 1 und 2 bezeichneten Wirkungen werden auf Antrag ~~in der Regel~~ befristet. *Die Frist ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls festzusetzen und darf fünf Jahre nur überschreiten, wenn der Ausländer auf Grund einer strafrechtlichen Verurteilung ausgewiesen worden ist oder wenn von ihm eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Bei der Bemessung der Länge der Frist wird berücksichtigt, ob der Ausländer rechtzeitig und freiwillig ausgereist ist. ...*“

In Bezug auf das Antragserfordernis ist ergänzend auf § 82 Abs. 3 AufenthG hinzuweisen der regelt:

„(3) Der Ausländer soll auf seine Pflichten nach Absatz 1 sowie seine wesentlichen Rechte und Pflichten nach diesem Gesetz, insbesondere die Verpflichtungen aus den §§ 44a, 48, 49 und 81 und die Möglichkeit der Antragstellung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 hingewiesen werden.“

Damit ergibt sich die folgende Rechtslage:

Im Zusammenhang mit einer Rückführungsentscheidung (Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung) ist der Betroffene nach § 82 Abs. 3 AufenthG auf sein Antragsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG hinzuweisen. Das „soll“ ist dabei in Zukunft richtlinienkonform im Lichte von Art. 11 Abs. 1 RückführungsRL zu handhaben. Weiterhin ist der Begriff des Antrags dabei nicht im förmlichen verfahrenseröffnenden Sinne des § 22 VwVfG zu verstehen, sondern als schlichte verwaltungsrechtliche Willenserklärung, die bei der Entscheidung der Behörde innerhalb des bereits laufenden Verfahrens zum Erlass der Rückführungsentscheidung zu berücksichtigen ist. Damit ist sichergestellt, dass die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden und das erste Ziel der Richtlinie umgesetzt.

Kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschließend geklärt werden, welche Frist in Betracht kommt, weil z.B. noch nicht feststeht, ob der Rückkehrpflicht freiwillig gefolgt wurde, so ist auch eine nachträgliche Fristbestimmung zulässig und aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll. Das folgt ebenfalls aus Art. 11 Abs. 1 RückführungsRL, da dort von einem Tatbestandsmerkmal ausgegangen wird, das erst nach Ablauf der Ausreisefrist ermittelt werden kann.

Aus dem neu in § 11 Abs. 1 AufenthG eingefügten Satz 4 folgt zudem, dass die Frist in der Regel maximal fünf Jahre beträgt, wie es Art. 11 RückführungsRL vorgibt. Zudem wird durch die Streichung des „in der Regel“ in Satz 3 klar, dass die Befristung immer zu erfolgen hat, wenn ein entsprechendes Interesse des Antragstellers erkennbar ist.

Die Richtlinie verlangt auch kein eigenständiges Verwaltungsverfahren (keinen selbständigen Bescheid), sondern nur eine eigenständige Entscheidung, die auch Bestandteil der „Hauptentscheidung“ sein kann. Dies entspricht dem deutschen System des Verwaltungsverfahrens, das die Verbindung mehrerer Entscheidungen in einem Verfahren kennt.

Aus Art. 11 Abs. 3 RückführungsRL folgt keine Pflicht der Behörden, von Amts wegen einer Verkürzung der Frist für das Einreiseverbot zu prüfen, da die Regelung auf das Erbringen des Nachweises der uneingeschränkten Einhaltung der Rückkehrentscheidung durch den Drittstaatsangehörigen ausgeht.

Damit wird durch die Ergänzung des § 11 Abs. 1 AufenthG im Zusammenspiel mit der verfahrensrechtlichen Maßgabe des § 82 Abs. 3 AufenthG insoweit Art. 11 RückführungsRL zutreffend umgesetzt.

2. Zu Nr. 30 - speziell zu Art. 11 Abs. 3 RückführungsRL

Diese Regelung bezieht sich speziell auf Opfer des Menschenhandels und sieht vor, dass sie von der Verhängung eines Einreiseverbots ausgenommen werden, sofern sie keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellen. Weiter ist zu beachten, dass diese Sonderregelung „unbeschadet Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b“ gilt.

Wie ein Menschenhandelsopfer nach § 55 AufenthG ausgewiesen, so setzt das voraus, dass von ihm eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit ausgeht, so dass die Ausnahme greift. Auch in den Fällen der Abschiebung und Zurückschiebung liegen die Ausnahmen vor. Die Abschiebung kommt nur in Betracht, wenn der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde. Bei der Zurückschiebung nach § 57 Abs. 2 AufenthG verhält es sich ebenso.

Damit liegt im Gesetzentwurf kein Konflikt mit Art. 11 Abs. 3 RückführungsRL vor.

3. Zu Nr. 31 – neuer § 58 Abs. 1a AufenthG

Mit dieser Regelung wird Art. 10 Abs. 2 RückführungsRL umgesetzt, der die Anforderungen an die Vergewisserung nicht näher konkretisiert. Es entspricht der Regelungssystematik solche Einzelheiten untergesetzlich zu konkretisieren und dafür den spezifischen behördlichen Sachverstand zu nutzen. Ein Umsetzungsmangel ist insoweit nicht ersichtlich.

Auf eine Umsetzung des Art. 10 Abs. 1 RückführungsRL hat der Gesetzgeber verzichtet, weil sich nach seiner Meinung eine entsprechende Regelung bereits in § 42 SGB VIII findet. Das ist zutreffend, denn in Deutschland aufhältige unbegleitete Minderjährige aus Drittstaaten sind nach § 42 Abs. 1 SGB VIII vom Jugendamt in Obhut zu nehmen. Während der Zeit der Obhut besteht nach Absatz 3 eine Betreuungspflicht, die den Anforderungen des Art. 10 Abs. 1 RückführungsRL entspricht.

Es wäre aber ohne systematischen Bruch möglich und im Interesse einer vollständigen Handlungsanleitung für die ausführende Stelle sinnvoll, am Ende des neuen Absatz 1a anzufügen: „Dem Kindeswohl wird im Rahmen der Anwendung des § 42 SGB VIII Rechnung getragen“.

4. Zu Nr. 32 – Neufassung § 59 AufenthG

Die Neufassung sieht in Absatz 1 eine Frist von sieben bis 30 Tagen bei der Androhung der Abschiebung als Ausreisefrist vor. Besonderen Situationen kann im Rahmen des Satzes 2 Rechnung getragen werden. Deshalb ist die Regelung ausreichend flexibel und entspricht den Vorgaben des Art. 7 RückführungsRL.

5. Zu Nr. 34, 35 – Änderung des § 62 und Einfügung des § 62a AufenthG

Die Richtlinie verlangt keine explizite gesetzliche Regelung der Fälle, in denen Minderjährige ausnahmsweise in die Abschiebungshaft einbezogen werden dürfen. Es reicht aus, dass die Berücksichtigung des Kindeswohl ausdrücklich vorgegeben wird. So oder so muss die Konkretisierung in Bezug auf den Einzelfall erfolgen.

Die Differenzierung bei der Durchführung der Abschiebungshaft in speziellen Haftenrichtungen nach Ländern entspricht der aktuellen Situation und ist mit der Lage bei der Sicherungsverwahrung zu vergleichen, bei der das BVerfG auch eine getrennte Unterbringung innerhalb den regulären Haftanstalten zulässt (vgl. BVerfG v. 4.5.2011, Az.: 2 BvR 2365/09, Rn. 115).

Die von Art. 16 Abs. 3 RückführungsRL geforderte besondere Aufmerksamkeit wird bereits durch § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG gewährleistet.

Die Erforderlichkeit einer Genehmigung für Besuche ist ebenfalls mit Art. 16 Abs. 4 RückführungsRL vereinbar. Daraus ergibt sich zugleich, dass ein Ermessensspielraum besteht. Die Ermessensbetätigung richtet sich am Sinn und Zweck des Art. 16 Abs. 4 RückführungsRL aus und ist in diesem Sinne auf gewichtige Ablehnungsgründe beschränkt.

In § 62a Abs. 3 (neu) sieht der Gesetzentwurf eine Bezugnahme auf Art. 17 RückführungsRL vor. Das ist eine im AufenthG auch an anderen Stellen (siehe § 60 Abs. 1) praktizierte Umsetzungstechnik, die zwar den unionsrechtlichen Mindestanforderungen genügt (dazu etwa *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288, Rn. 33), aber nicht der Leitvorstellung transparenter Gesetzgebung entspricht. Deshalb sollte der vollständige und differenzierte Wortlaut der in Bezug genommenen Regelung in das deutsche Gesetz übernommen werden. Damit ist auch eine Verminderung der Bürokratiekosten verbunden, da die zuständigen Mitarbeiter nicht zwei Normen konsultieren müssen.

6. Fehlende ausdrückliche Regelung zu Art. 8 Abs. 6 RückführungsRL

Nach Art. 8 Abs. 6 RückführungRL schaffen die Mitgliedstaaten ein wirksames System für die Überwachung von Rückführungen. Der Gesetzentwurf enthält dazu keine ausdrückliche Regelung, weil davon ausgegangen wird, dass die in Deutschland bestehenden staatlichen Aufsichtsinstrumente, die auch durch außenstehende Dritte aktiviert werden können, dafür ausreichen.

Gegen diese Sichtweise wird der Einwand vorgebracht, die Richtlinie meine an dieser Stelle ein System der Überwachung der Rückführung durch nichtstaatliche Stellen, insbesondere Verbände oder durch unabhängige staatliche Stellen.

Dazu ist anzumerken, dass die Mitgliedstaaten ein wirksames Überwachungssystem nur im *eigenen* Einflussbereich, also im innerstaatlichen Bereich, schaffen können. Weder die Richtlinie noch das deutsche Recht bieten eine ausreichende Rechtsgrundlage dafür, nichtstaatliche Verbände zu einer entsprechenden Tätigkeit zu verpflichten. Deshalb können als wirksames Überwachungssystem nur solche Maßnahmen eingestuft werden, deren effektive Einrichtung und Arbeit der Staat auch garantieren kann.

Das deutsche System der staatsinternen Aufsicht stellt in Verbindung mit den üblichen Sicherungsrechten im Zusammenhang mit freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ein solches wirksames Überwachungssystem dar. Alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Rückführung sind rechtsschutzfähig. Hinzu kommen die allgemeinen staatsinternen Berichts- und Aufsichtsinstrumente.

Den Verbänden stehen durch den Informationszugang sowie durch die Möglichkeit von Eingaben und Anregungen gegenüber den zuständigen Behörden Mitwirkungsinstrumente offen. Würde der Gesetzgeber eine Regelung treffen, die die wirksame Überwachung auf die Verbände überträgt, so wäre dafür eine gesetzliche Indienstnahme erforderlich, für die es an der Erforderlichkeit fehlt. Der Gesetzgeber könnte in diesem Bereich also allenfalls ergänzende Überwachungsmöglichkeiten einführen, die durch das Gesetz in seiner vorgeschlagenen Form auch nicht ausgeschlossen werden.

Die bisherige Praxis zu den Modellprojekten des Rückführungsmonitoring an Flughäfen zeigt, dass die Einbeziehung der Verbände auch auf der Grundlage von Vereinbarungen mit den Behörden möglich ist. Diese auch von der EU-Kommission begrüßte Weg kann ohne gesetzliche Regelung weiter beschritten werden. Durch die in Umsetzung der RückführungsRL eingeführten Besuchsrechte für Verbände wird die Grundlage für diese Arbeit verstärkt.

III. Zur Umsetzung der Sanktionsrichtlinie

1. Zu Nr. 14 – neuer § 25 Abs. 4a AufenthG

Hier wird teilweise gerügt, dass es zu einer Schlechterstellung von Opfern des Menschenhandels gegenüber Opfern der illegalen Beschäftigung kommt. Dabei wird aber übersehen, dass in diesen Fällen regelmäßig auch ein Lohnanspruch besteht, so dass die Fallgruppen identisch sind.

2. Änderung des § 87 AufenthG – Herausnahme der Arbeitsgerichte

Die Meldepflicht nach § 87 AufenthG erstreckt sich auch auf Gerichte, so dass im Falle der Einklagung des Arbeitslohnes aus einer illegalen Beschäftigung die Übermittlungspflicht greift. Soweit ersichtlich, kommt dem in der Praxis keine spürbare Bedeutung zu.

Unabhängig davon besteht nach der ratio der Richtlinie auch kein Grund, hier eine Änderung vorzunehmen, denn die Richtlinie geht von der Annahme aus, dass ein illegaler Aufenthalt zu beenden ist. Gerade dazu dient aber die Mitteilungspflicht. Die Geltendmachung des erarbeiteten Lohnes ist sichergestellt. Die „Grauzone“ des Risikos, ob der Richter die Meldung durchführt, kann aus der Perspektive eines widerspruchsfreien Regelungsansatzes nicht abgebaut werden.

Wenig sinnvoll erscheint es mir auch, speziell für diese Fälle eine gesetzliche Prozeßstand-schaft einzuführen, da diese die Systematik des deutschen Rechtssystems durchbrechen würde.

IV. Fazit

Insgesamt wird durch den Gesetzentwurf die Rechtsstellung illegal aufhältiger Personen im Zusammenhang mit Rückführungsmaßnahmen deutlich verbessert und die Transparenz und Fairness des Verfahrens erhöht. Dabei wird der Gesetzentwurf den Anforderungen der RückführungsRL durchgehend gerecht.

Angeregt wird die vollständige Übernahme des Normtextes aus Art. 17 RückführungsRL in § 62a Abs. 3 AufenthG-E sowie eine ergänzende Bezugnahme auf § 42 SGB VIII in § 58 Abs. 1a AufenthG-E.

In Bezug auf die Umsetzung der Sanktionsrichtlinie kann ebenfalls festgestellt werden, dass der Schutz der Interessen von Personen, die für eine irreguläre Arbeit angeworben werden, verbessert wird und durch den Gesetzentwurf die Richtlinie korrekt umgesetzt wird.



Prof. Dr. Winfried Kluth