Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht

zum

Gesetzentwurf eines
Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes (BT-Drucksache 18/6185, Stand: 29.09.2015)

Stellungnahme Nr.: 53/2015 Berlin, im Oktober 2015

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main (stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwältin Eva Reichert, Köln
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln (Berichterstatterin)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail:bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Landesministerien und Senatsverwaltungen für Justiz
- Landesministerien und Senatsverwaltungen für Arbeit und Soziales
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- Ausschuss für Innere Angelegenheiten des Bundesrates
- Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik des Bundesrates
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Ausschuss Ausländer- und Asylrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht

- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein merkt vor Abgabe einer Stellungnahme zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz an, dass die Eile, mit der die gesetzlichen Regelungen umgesetzt werden sollen, der Sache nicht angemessen ist. Die einzig einer vordergründigen Opportunität geschuldete, überhastete Vorgehensweise des Gesetzgebers ist mit einem demokratischen Gesetzgebungsprozess nicht mehr in Einklang zu bringen. Hier werden ohne Not problematische, grundrechtsrelevante Weichenstellungen ohne Möglichkeit einer sachlichen Diskussion durchgezogen. Die weit über das sachlich begründbare hinausgehende Behandlung von Flüchtlingen, insbesondere aus den Balkanländern, steht nicht nur im Widerspruch zur Verfassung, sondern auch zu einem in Deutschland aus gutem Grunde jede Diskriminierung verbietenden Menschenbild.

A. Änderungen des Asylverfahrensgesetzes

1. Neue sichere Herkunftsstaaten

Mit der Gesetzesänderung erklärt der Gesetzgeber die Staaten Albanien, Montenegro und den Kosovo zu sicheren Herkunftsstaaten (Anlage II zu § 29a Asylgesetz-Entwurf (AsylG-E)).

Die Einstufung von Staaten als sichere Herkunftsländer setzt nach verfassungs- wie europarechtlichen Vorgaben eine sorgfältige und stichhaltige Aufklärung der Situation in den Herkunftsländern voraus (s. BVerfG, Urt. v. 14.05.1996, 2 BvR 1507/93, BVerfGE 94,115). Diese Vorgaben können in einem gesetzgeberischen Schnellverfahren, wie dem vorliegenden, nicht eingehalten werden. Daher verwundert es auch nicht, dass die gebotene umfassende Aufklärung und Überprüfung der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen ist.

a. Die Gesetzesbegründung enthält zwar einige Hinweise darauf, welche völkerrechtlichen Abkommen die einzelnen Staaten unterzeichnet haben. Es kommt aber bei der Frage der Sicherheit nicht auf die vermeintlich gute Rechtslage an, sondern insbesondere auf die tatsächliche Lage (BVerfG, aaO).

b. Es wird in der Gesetzesbegründung lediglich auf politische Verfolgung durch den Staat abgestellt. Damit geht der Gesetzgeber zurück auf die frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 16 GG, wonach das Asylgrundrecht grundsätzlich staatliche Verfolgung voraussetzte oder zumindest dem Staat zurechenbare nichtstaatliche Verfolgung. Die Beschränkung des Flüchtlingsschutzes auf die staatliche Verfolgung war allerdings schon immer umstritten, weil der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention eine solche Beschränkung nicht enthält. Art. 6 der Qualifikationsrichtlinie (RL/EU 2011/95 (QRL)) sieht nun ausdrücklich Schutz vor Verfolgung durch nicht-staatliche Akteure vor. Eine Untersuchung der Situation der Roma in den neuen sicheren Herkunftsstaaten wird vernachlässigt. Zwar wird die schwierige wirtschaftliche Lage erkannt, es wird aber nicht gesehen, dass diese Lage an die Volkszugehörigkeit anknüpfen kann und damit an ein Verfolgungsmerkmal der Genfer Konvention bzw. der QRL. Es wird insbesondere nicht gesehen, dass Angehörige ethnischer Minderheiten sehr häufig nichtstaatlichen Übergriffen ausgesetzt sind, ohne dass die jeweiligen Herkunftsstaaten faktisch genügend Schutz bieten würden.

c. Darüber hinaus sind Angehörige von Minderheiten in den in Rede stehenden Staaten regelmäßig einer Kumulierung von diskriminierenden Maßnahmen ausgesetzt, die einen flüchtlingsrelevanten Grad erreichen können. Ausdrücklich sieht Art. 9 Abs.1 lit. b) QRL vor, dass auch die Kumulierung von Verfolgungshandlungen, die im Einzelnen den erforderlichen Grad der Verfolgungserheblichkeit nicht erreichen, für die Flüchtlingsanerkennung ausreichen können. Wenn der Gesetzgeber sieht, dass insbesondere die Lage der Minderheit der Roma in den sicheren Herkunftsländern nicht gut ist, dann liegt eine deutlich präzisere Prüfung der tatsächlichen Situation nahe.

d. Geschlechtsspezifische Verfolgung, insbesondere sexualisierte Gewalt, wird nicht hinreichend untersucht. Bezüglich Albanien wird ausdrücklich von diskriminierenden Bräuchen für junge Mädchen berichtet, allerdings eine staatliche Billigung nicht erkannt. Darauf kommt es aber gemäß Art. 6 QRL nicht an. Bezüglich Kosovo und Montenegro wird geschlechtsspezifische Verfolgung gar nicht untersucht.

e. Auch mangelnder Schutz vor mafiösen Strukturen, der in Extremfällen zu internationalem Schutz gemäß § 4 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) führen kann, wird nicht gesehen.

Zu begrüßen ist es, dass der Gesetzgeber der Bundesregierung immerhin eine Berichtspflicht zu den sicheren Herkunftsstaaten alle zwei Jahre auferlegt. Nur ist diese Pflicht wenig wert, wenn der Gesetzgeber bei der ersten Einstufung als sicherer Herkunftsstaat bereits seiner Verpflichtung auf Sorgfalt und Stichhaltigkeit nicht nachkommt.

2. Verlängerung der Verpflichtung, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen

Der Gesetzgeber beabsichtigt, die Verpflichtung in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, von drei auf sechs Monate zu verlängern (§ 47 AsylG-E). Für Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten soll die Verpflichtung erst mit der Ausreise oder Abschiebung enden, es sei denn, der Asylantrag wird nicht als unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgelehnt. Als Folge dieser Änderung wird auch die räumliche Beschränkung verlängert (§ 59a Abs. 1 S. 2 AsylG-E)
Ungeachtet der rechtlich fragwürdigen Vereinbarkeit der Regelung mit Europa- oder Verfassungsrecht, ist die Änderung schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil die ohnehin knappen Wohnplatzressourcen in den Aufnahmeeinrichtungen damit weiter verknappt werden. Es müsste eigentlich die Wohnverpflichtung in Aufnahmeeinrichtungen verkürzt werden, damit Asylsuchende schneller in Gemeinschaftsunterkünfte oder – noch besser – in Privatwohnungen untergebracht werden können. Letzteres würde auch zu einer besseren und schnelleren Integration führen. Eine etwaige Verfügbarkeit für das Asylverfahren kann über § 10 AsylVfG geregelt werden.

Die Verlängerung der Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, ist jedenfalls unverhältnismäßig und erkennbar nicht geeignet, Asylverfahren zu beschleunigen.
Die Verlängerung der Wohnsitzverpflichtung ist auch mit der Aufnahmerichtlinie (RL/EU 2013/33) nicht vereinbar.
Art. 1 Abs. 2 der Aufnahme-RL sieht z.B. vor, dass ab dem vierten Aufenthaltsmonat der Zugang zu Bildung gewährleistet sein muss. Soll die Wohnsitzverpflichtung in Aufnahmeeinrichtungen in Gebieten mit fehlenden hinreichenden Bildungseinrichtungen erfolgen, müssten die Bildungseinrichtungen erst geschaffen werden.
Betroffen von der verlängerten Verpflichtung sind zudem alle Asylsuchenden, also auch besonders Schutzbedürftige, z.B. schwerst-traumatisierte Flüchtlinge aus Syrien. Es ist wissenschaftlich anerkannt, dass Traumatisierungen möglichst schnell behandelt werden müssen, damit die Erkrankung nicht chronifiziert und damit Folgeschäden verursacht. Eine erforderliche fachspezifische Behandlung ist bislang in Aufnahmeeinrichtungen regelmäßig nicht gewährleistet, allenfalls eine Erstversorgung. Mit der Verlängerung der Verpflichtung in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, wird gerade die für eine schnellere und bessere Integration erforderliche psychische Gesundheit von traumatisierten Flüchtlingen verzögert. Das kann weder im Sinne des Gesetzgebers noch der Gesellschaft sein.
Weitere Vereinbarkeiten mit der Richtlinie bedürften einer näheren Untersuchung, für die die Zeit vom Gesetzgeber nicht gegeben wird.

3. Arbeitsverbot für Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten

Geplant ist ein Arbeitsverbot für Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten (§ 61 Abs. 2 AsylG-E).
Die Regelung steht im Widerspruch zu dem gesetzgeberischen Willen, Menschen mit Bleibeperspektive schnellstmöglich zu integrieren. Anders als im Gesetzentwurf dargestellt, ist die Herkunft aus einem „sicheren Herkunftsstaat“ nicht gleichbedeutend mit einer fehlenden Bleibeperspektive. Eine Flüchtlingsanerkennung bleibt grundsätzlich möglich. Außerdem bleibt bei der Einstufung als sicherer Herkunftsstaat ein mögliches zielstaatsbezogenes nationales Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 5 und 7 S. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) grundsätzlich außer Betracht. Ein solches Abschiebungsverbot kann also auch bei Asylsuchenden vom Westbalkan vorliegen.

Es ist mit der gesetzgeberischen Intention besserer und schnellerer Integration nicht vereinbar, Ausländern mit potentieller Bleibeperspektive den Arbeitszugang und damit die Integration zu verwehren.
Die Regelung ist außerdem offensichtlich nicht mit Art. 15 Abs. 1 und 2 Aufnahme-RL vereinbar, wonach spätestens neun Monate nach Asylantrag der Arbeitsmarktzugang zuzulassen ist.

4. Vereinheitlichung der Rechtsmittelfristen

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt grundsätzlich die Vereinheitlichung von Fristen für Klagen und Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz in Dublin-Verfahren sowie Befristungsverfahren (§§ 34 Abs. 2 S. 2, 36 Abs. 3 und 74 Abs. 1 AsylG-E), da die unterschiedlichen Fristen bislang nicht selten zu Fristversäumnissen führten und damit zu Rechtsverlusten der Betroffenen.
Der Deutsche Anwaltverein hält es aber nach wie vor, auch unter Beschleunigungsgesichtspunkten, nicht für gerechtfertigt, diese Fristen auf eine Woche zu verkürzen. Mit Stellungnahme 14/2015 vom April 2015 hatte der Deutsche Anwaltverein die Vereinheitlichung von Fristen angemahnt, aber auch deutlich gemacht, dass die Länge der Fristen dem gesetzlichen Anspruch auf effektiven Rechtschutz genügen muss. Dabei bleibt es. Die erhebliche Zunahme der Zuwanderung von Asylsuchenden in Deutschland rechtfertigt es nicht, die gebotene Sorgfalt bei der Prüfung von Asylanträgen auch im Rechtsmittelverfahren durch kurze Rechtsmittelfristen zu vernachlässigen.

B. Änderungen des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG)

Bereits 1993 war der Anstieg der Flüchtlingszahlen zum Anlass genommen worden, Gesetzesverschärfungen und Sonderregelungen, u.a. in Gestalt des AsylbLG, mit Leistungsabsenkungen, diskriminierenden Sachleistungen und eingeschränkter Gesundheitsfürsorge zu schaffen. Es hat fast 20 Jahre gedauert, bis das Bundesverfassungsgericht in seinem Grundsatzurteil vom 18.07.2012 der damit verfolgten Ausgrenzungs- und Abschreckungspolitik mit nachfolgenden unmissverständlichen Leitlinien eine klare Absage erteilt hat:

- Auch eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive rechtfertigt es nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu beschränken.
- Das Existenzminimum muss ab Beginn des Aufenthalts in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein.
- Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren.
- Eine Differenzierung ist nur möglich, sofern der Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.
- Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten.
- Migrationspolitische Erwägungen, Leistungen niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen.
- Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.

Dies ist der verfassungsrechtlich unmissverständliche Maßstab, an dem sich jede gesetzliche (Neu-) Regelung messen lassen muss.
Die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Änderungen stellen ersichtlich einen offenen Verfassungsbruch dar und lassen sich darüber hinaus nicht mit den europarechtlichen Vorgaben der Aufnahmerichtlinie (RL/EU 2013/33) und den völkerrechtlichen

Verpflichtungen aus dem UN-Sozialpakt und der Kinderrechtskonvention in Einklang bringen.
Die allein an das Merkmal der Herkunft anknüpfenden Sonderregelungen für die Staatsangehörigen aus den Balkan – und anderen (angeblich) sicheren Herkunftsstaaten – verstoßen darüber hinaus gegen das besondere Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 GG.
Die dabei offen zugegebenen Gesetzesmotive: „Beseitigung von Fehlanreizen“ für die vorgesehenen Leistungsbeschränkungen und der Verweis auf Sachleistungen sind ebenso offenkundig verfassungswidrig wie die Leistungsbeschränkungen selbst.
Es fehlen zudem gemeinschaftsrechtlich zwingend vorgeschriebene Regelungen zur Versorgung und Unterbringung sowie Sicherstellung des Zugangs zu besonderen Hilfen für besonders schutzbedürftige Personen nach den Vorgaben der Aufnahmerichtlinie.
Das in der Kinderrechtskonventionen verankerte Menschenrecht von Kindern auf Bildung und der Vorrang des Kindeswohl wird in den Neuregelungen ebenso missachtet wie der nicht nur verfassungsrechtlich geschützte, sondern auch im UN-Sozialpakt festgeschriebene Anspruch auf Teilnahme am kulturellen Leben.
Das Bundesverfassungsgericht hatte den Gesetzgeber 2012 aufgefordert, ein Gesetz zu schaffen, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen unter Einbeziehung der gemeinschaftsrechtlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen genügt. Der Gesetzgeber war dem erst nach fast drei Jahren mit seinem zum 01.03.2015 in Kraft getretenen Änderungsgesetz zum AsylbLG nachgekommen, um jetzt nach noch nicht einmal einem Jahr all diese Vorgaben wieder zu umgehen – so als hätte es die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nie gegeben.
Aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins sollte der Gesetzgeber von verfassungswidrigen sozialrechtlichen Maßnahmen zur Steuerung der Migration Abstand nehmen und den Blick deutlich stärker auf die sozialrechtliche Unterstützung der besseren und schnelleren Integration von Ausländern richten. Hier wäre z.B. denkbar, den Kreis derjenigen, die Anspruch auf Berufsausbildungsförderung erhalten, zu erweitern, indem z.B. nicht mehr nach der Art des Aufenthaltstitels differenziert wird.

C. Änderungen des Aufenthaltsgesetzes

1. Arbeitsverbot für geduldete Ausländer

Der Gesetzgeber plant in § 60a Abs. 6 AufenthG-E ein generelles Arbeitsverbot für Ausländer,

- wenn er sich in das Inland begeben hat, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen,
- aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei ihm aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, nicht vollzogen werden können oder
- er Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a des Asylgesetzes ist und sein nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag abgelehnt wurde.

Zu vertreten hat ein Ausländer die Gründe nach Satz 1 Nummer 2 insbesondere, wenn er das Abschiebungshindernis durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit oder durch eigene falsche Angaben selbst herbeiführt.
Das nach dem Willen des Gesetzgebers kurzfristig in das AufenthG einzustellende Verbot der Aufnahme jeglicher Erwerbstätigkeit von geduldeten Menschen konterkariert die zum 1. August 2015 in Kraft getretenen Änderungen im AufenthG wie auch in der Beschäftigungsverordnung (BeschV) zur Aufnahme einer betrieblichen Ausbildung. Es ist darüber hinaus mit Blick auf die Tragweite der von der Ausländerbehörde zu treffenden Versagens- bzw. Verbotsentscheidung zu unscharf gefasst.
Das ausländerrechtliche Arbeits- bzw. Beschäftigungsverbot ist bislang in § 33 BeschV geregelt. Mit der Einstellung dieses Verbots in das AufenthG soll nunmehr auch auf die Aufnahme bzw. die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 AufenthG erfasst werden.
Die derzeitige Praxis bei der Prüfung und dem Ausspruch des in § 33 BeschV geregelten Beschäftigungsverbots ist äußerst unterschiedlich. Es existieren in verschiedenen Bundesländern Erlasse, die die Anforderung an ein solches Verbot unterschiedlich ausgestalten. So gibt z. B. das Bayerische Innenministerium in seinem Erlass vom 31. März 2015 auch bei der Aufnahme einer Berufsausbildung eine „konsequente“ bzw. restriktive Handhabung dieses Beschäftigungsverbotes vor.

Diese regional stark divergierende Praxis ist vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift des § 33 Abs. 1 BeschV ersichtlich keinen Raum für eine Ermessensentscheidung lässt, die die Ausländerbehörde vor Ort möglicherweise zu Gunsten des Betroffenen Ausländers treffen möchte, bedenklich. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut scheidet nämlich die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis zwingend aus, wenn die Ausländerbehörde zu dem Ergebnis kommt, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus Gründen, die der Ausländer selbst zu vertreten hat, nicht vollzogen werden können. Aufgrund dessen wird zum einen gefordert, den Zugang zu einer betrieblichen Ausbildung vom Beschäftigungsverbot für geduldete Menschen auszunehmen (a.). Darüber hinaus wird zur Konkretisierung der vom Ausländer zu erbringenden Mitwirkungspflichten eine entsprechende Klarstellung im Gesetz gefordert (b.).

a. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Ausländerbeschäftigungsrechts im Jahre 2013 war die Forderung aufgestellt worden, jugendliche oder heranwachsende geduldete Ausländerinnen und Ausländer vom Beschäftigungsverbot des § 33 BeschV auszunehmen. Die im Gesetzgebungsverfahren beteiligten Ausschüsse hatten schon damals zu Recht darauf hingewiesen, dass das Beschäftigungsverbot dem öffentlichen Interesse von Bund und Ländern an der Sicherung des Fachkräftepotentials widerspricht, die unter anderem durch erhöhte Teilnahme von Jugendlichen mit Migrationshintergrund an der beruflichen Ausbildung erfolgen soll (BR-Drs. 182/1/13). Die von den Ausschüssen gewollte Privilegierung der jugendlichen und heranwachsenden Ausländerinnen und Ausländer beim Arbeitsmarktzugang ist dann bekanntlich im Jahre 2013 nicht in die BeschV übernommen worden. Die seinerzeit durch die Ausschüsse aufgestellte Forderung hat jedoch nichts an ihrer Aktualität verloren.
   Der Bundesrat hatte diese Forderung dann auch in seinem Änderungsvorschlag zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung aufgegriffen. Mit der Einfügung eines § 25c AufenthG-Neu wurde eine Rechtsgrundlage für einen humanitären Aufenthaltstitel postuliert, zeitlich angepasst an den Zweck einer zu absolvierenden Berufsausbildung.
   Auch diese Forderung konnte sich dann im Gesetzgebungsverfahren zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung nicht

durchsetzen. Die Bundesregierung hatte im Rahmen der Gegenäußerung zu der zuvor genannten Initiative des Bundesrats u. a. auf die neue Regelung in § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG hingewiesen, welche nunmehr seit dem 1. August 2015 die Rechtsgrundlage für eine so genannte „Ausbildungsduldung“ beinhaltet (vgl. hierzu BT-Drs. 18/4199).

Wenn nun aber der Gesetzgeber aus guten Gründen am 1. August 2015 eine so genannte „Ausbildungsduldung“ in § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG geschaffen hat, deren Stellenwert dann nochmals durch die kurzfristig umgesetzten Änderungen in der BeschV zur erleichterten Aufnahme von Praktika und anderen berufsvorbereitenden Maßnahmen für Asylbewerber und geduldete Personen unterstrichen worden ist, dann würde ein Inkrafttreten des § 60a Abs. 6 AufenthG-E in seiner jetzigen Fassung dieser Intention zuwiderlaufen. Zudem wurden mit der sog. „Ausbildungsduldung“ nur die Symptome des Problems, nicht aber dessen Wurzel – kurze Duldungszeiträume sowie eine unsichere Bleibeperspektive und den damit einhergehenden Spannungen für das Ausbildungsverhältnis – angegangen.

Es steht zu erwarten, dass die Ausländerbehörden – in einigen Bundesländern – die „Aufwertung“ des ausländerrechtlichen Beschäftigungsverbotes zum Anlass nehmen werden, dieses noch restriktiver zu handhaben. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, sollte daher noch folgende Regelung in § 60a Abs. 6 AufenthG aufgenommen werden:

„Satz 1 gilt nicht für jugendliche oder heranwachsende geduldete Ausländerinnen und Ausländer. Satz 1 gilt ferner nicht bei Aufnahme einer Berufsausbildung im Sinne des § 7 Abs. 2 SGB IV."

b. Aufgrund der gravierenden Auswirkungen des ausländerrechtlichen Beschäftigungsverbots, die nach der Praxis einiger Ausländerbehörden einem dauerhaften Arbeitsverbot gleichzusetzen sind, sollten die vom Ausländer zu erbringenden Mitwirkungspflichten bzw. die vom Gesetz erfassten schuldhaften Mitwirkungsversäumnisse konkret benannt werden. Nach der bislang zu § 33 Abs. 1 BeschV ergangenen gefestigten Rechtsprechung stehen nämlich nur solche Gründe der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis entgegen, die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung der Beschäftigungserlaubnis die Abschiebung verhindern.

> Gründe, die den Vollzug ausschließlich in der Vergangenheit verzögert oder behindert haben, sind daher unbeachtlich. Die Voraussetzungen des § 33 BeschV können daher nur durch ein gegenwärtig an den Tag gelegtes schuldhaftes Mitwirkungsversäumnis erfüllt werden, welches kausal zu einem – ebenfalls gegenwärtigen – Abschiebungshindernis führt. Voraussetzung für die Feststellung eines zwingenden Versagungsgrundes nach § 33 BeschV ist darüber hinaus, dass das Verhalten des Ausländers alleinige Ursache dafür ist, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Kommt daher eine Abschiebung aus anderen, nicht im Verantwortungsbereich des Ausländers liegenden, Gründen nicht in Betracht, etwa weil entsprechende Flugverbindungen fehlen oder ein Abschiebestopp bezogen auf den Heimatstaat des Ausländers verfügt worden ist, liegt ein Versagungsgrund im Sinne des § 33 BeschV nicht vor.

Diese kleinen aber feinen Unterschiede mit gravierenden Auswirkungen werden in der Entscheidungspraxis vieler Ausländerbehörde oft übersehen. Vor diesem Hintergrund wird noch vorgeschlagen, die folgenden 2 Sätze in (*die jetzige Fassung des*) § 60a Abs. 6 AufenthG-E aufzunehmen:

> „Hierbei sind nur solche schuldhaften Mitwirkungsversäumnisse zu beachten, die noch gegenwärtig bestehen und vom Ausländer noch nicht behoben worden sind. Kann eine Abschiebung aus anderen, nicht im Verantwortungsbereich des Ausländers liegenden, Gründen nicht vollzogen werden, etwa weil entsprechende Flugverbindungen fehlen oder ein Abschiebestopp betreffend den Heimatstaat verfügt worden ist, liegt kein Vertretenmüssen im Sinne des Satzes2 vor.“

2. Verbot der Ankündigung einer Abschiebung

Der Gesetzgeber plant in § 59 Abs. 1 S. 8 AufenthG-E ein Verbot der Ankündigung bevorstehender Abschiebungen, wenn die Ausreisefrist nicht eingehalten wird. Bei abgelehnten Asylsuchenden beträgt diese Frist nach bisheriger Rechtslage eine Woche bzw. 30 Tage (§ 36 Abs. 1, § 38 AsylVfG). Bei allen anderen Ausländern darf die Frist verlängert werden (§ 59 Abs. 1 S. 4 AufenthG). Der Gesetzgeber begründet dieses mit

- dem erhebliche Zustrom von Flüchtlingen im Sommer 2015 in das Bundesgebiet,
- vergeblichen Kosten einer gescheiterten Abschiebung,
- der Rückführungsrichtlinie.

Der Deutsche Anwaltverein hat erhebliche Bedenken gegen die Vorschrift. Sie ist verfassungs- und europarechtswidrig und auch nicht erforderlich.

a. Die Regelung ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Das Rechtsstaatsgebot ist verletzt. Dieses verlangt, dass die Tätigkeit der Behörden stets fair und transparent ist (vgl. BVerfG, Urt. v. 5.11.2003, 2 BvR 1243/03, Rn. 67). Das Bundesverfassungsgericht hat verdecktes Behördenverhalten – durch den Einsatz verdeckter Ermittler – im Hinblick auf Drogen- und Terrorismusgefahren gebilligt. Unzweifelhaft können fiskalische Interessen verdecktes Behördenverhalten nicht rechtfertigen. Das gilt auch für die unterschiedslose Regelung einer unangekündigten Abschiebung unter Außerachtlassung des individuellen Verhaltens von Betroffenen.

b. Die Regelung führt ferner dazu, dass Ausländern effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) bei bestehenden – jedoch von den Ausländerbehörden bestrittenen – rechtlichen oder tatsächlichen Ausreisehindernissen faktisch erschwert oder sogar vollständig verwehrt wird.
   Unterschiedslos betroffen sind alle abgelehnten Asylsuchenden mit anderweitiger Bleibeperspektive. In vielen Fällen ist es den Betroffenen faktisch unmöglich, ihren vorübergehenden weiteren Verbleib im Bundesgebiet (z.B. bis zur Geburt eines deutschen Kindes, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Asylfolgeantrag, bis zur Entscheidung über das Bleiberecht oder bis zur freiwilligen Ausreise) zu sichern. Das ist mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar und führt dazu, dass Betroffene die – ohnehin überlasteten – Verwaltungsgerichte mit Anträgen auf Erlass einstweiliger Anordnungen überziehen.

c. Die Regelung widerspricht dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot. Abschiebungen entfalten eine Sperrwirkung. Es muss den Betroffenen die effektive Möglichkeit eingeräumt sein, eine solche Sperrwirkung zu verhindern.

Das nationale Recht sieht bei abgelehnten Asylsuchenden nicht die Möglichkeit vor, dass die Ausreisefrist verlängert wird. Da Asylsuchende in aller Regel mithilfe von Schleusern und ohne Pass oder sonstige Reisedokumente einreisen, wird es ihnen regelmäßig faktisch unmöglich sein, innerhalb der vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gesetzten Frist auszureisen. Damit sind praktisch alle abgelehnten Asylsuchenden von der geplanten Regelung betroffen. Sie können die Sperrwirkungen der Abschiebung nicht durch freiwillige Ausreise verhindern. Das ist unverhältnismäßig.
Die Unverhältnismäßigkeit der Regelung ergibt sich auch daraus, dass sie eine freiwillige Ausreise unter Hilfestellung der Internationalen Organisation für Migration (IOM) unmöglich macht. Viele abgelehnte Asylsuchende stehen wegen der geschuldeten Schleuserkosten nach Ablehnung ihres Asylantrags und der Verpflichtung ins Heimatland zurückzukehren vor dem wirtschaftlichen „Nichts". Ohne Hilfestellung des IOM haben sie oft keine realistische Chance, im Herkunftsland wieder Fuß zu fassen.

d. Gesetzliche Regelungen müssen erforderlich sein, um dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen. Die Regelung ist nicht erforderlich, um die Zunahme der Zuwanderung von Flüchtlingen zu verhindern. Wie der Statistik der Asylverfahren vom September 2015 (Plenarprotokoll der 126. Sitzung des Bundestages vom 30.09.2015, Anlage 28) zu entnehmen ist, handelt es sich bei den einreisenden Asylsuchenden zum überwiegenden Teil um solche aus Syrien, Afghanistan und Irak, die große Chancen haben, einen Schutzstatus zugesprochen zu bekommen. Ein vollziehbare Ausreisepflicht und damit die Notwendigkeit einer Abschiebung wird es bei diesen Personen regelmäßig nicht geben.
Betroffen von der Regelung sind ferner auch nicht Asylsuchende, die über einen anderen zuständigen Staat gemäß der Dublin III-VO in das Bundesgebiet einreisen und in diesen anderen Staat überstellt werden sollen. Auf diese Überstellungen sind die Vorschriften der Dublin III-Verordnung anwendbar, sie ist aber keine Abschiebung im Sinne des AufenthG (OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 6.3.2014, 1 LA 21/14, juris). Abgesehen davon sieht auch Art. 26 Abs. 2 Dublin III-VO ausdrücklich vor, dass Betroffene sich freiwillig „auf eigene Initiative" in den zuständigen Mitgliedstaat begeben dürfen. Die

Ausländerbehörden haben diese Möglichkeit zu prüfen (BVerwG, Urt. v. 17.9.2015, 1 C 26.14, juris). Dem würde eine von vornherein unangekündigte Überstellung nicht gerecht werden.
Betroffen sind im Wesentlichen Asylsuchende aus den sog. Balkanstaaten, deren Asylanträge in der Praxis regelmäßig als offensichtlich unbegründet abgelehnt werden. Ausweislich der letzten Statistik zu Asylverfahren sind die Asylanträge von Asylsuchenden aus dem Westbalkan zuletzt erheblich zurückgegangen (Plenarprotokoll der 126. Sitzung des Bundestages vom 30.09.2015, Anlage 28), so dass nicht ersichtlich ist, warum diese Regelung jetzt noch erforderlich sein könnte, zumal sie wegen der Sperrwirkung kontraproduktiv zu der in der BeschV geschaffenen Möglichkeit steht, über das Visumsverfahren in den Arbeitsmarkt zuzuwandern.
Die Regelung ist – im Hinblick auf die fiskalische Erwägung des Gesetzgebers – auch deswegen nicht erforderlich, weil die Kostenregelung des §§ 67, 68 AufenthG bei einer gescheiterten Abschiebung den Ausländer zur Erstattung der Kosten verpflichtet, wenn der Abschiebungsversuch erforderlich war (BVerwG, Urt. v. 10.12.2014, 1 C 11.14, juris).

e. Die Regelung ist auch mit der Rückführungsrichtlinie nicht vereinbar. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie sieht ausdrücklich den grundsätzlichen Vorrang der freiwilligen Ausreise vor. Erwägungsgrund 6 sieht vor, dass die Rückführung fair und transparent erfolgt. Erwägungsgrund 13 schreibt vor, dass Maßnahmen der Rückführung verhältnismäßig sein müssen. Es ist daher stets zu prüfen, ob die Maßnahme das mildeste Mittel ist. Anders als im Gesetzentwurf formuliert, erfordert die Rückführungsrichtlinie keine unangekündigte Abschiebung ausreisepflichtiger Ausländer, sie gibt diesen vielmehr die Garantie der freiwilligen Ausreisemöglichkeit, wenn keine Fluchtgefahr besteht. Erst dann, wenn eine – verlängerbare – Ausreisefrist verschuldet nicht wahrgenommen wird, dem Betroffenen das Verbleiben also individuell vorgeworfen werden kann, kommt eine Abschiebung in Betracht. Damit ist ein generelles Verbot der Ankündigung einer Abschiebung nicht vereinbar.

3. Ausschluss des Härtefallkommissionsverfahrens bei feststehendem Abschiebungstermin

In § 23a AufenthG-E ist geplant, das Verfahren bei der Härtefallkommission auszuschließen, wenn ein Abschiebungstermin feststeht. Diese Änderung wird vom Deutschen Anwaltverein als nicht zielführend abgelehnt. Das Härtefallkommissionsverfahren hat sich trotz erheblicher anfänglicher Bedenken einiger Bundesländer in den meisten Bundesländern bewährt. Es hat sich herausgestellt, dass das Verfahren in vielen humanitären Fällen, in denen eine Aufenthaltsbeendigung als nicht mehr vertretbar erschien, zu einer vernünftigen Lösung führen konnte. Ob ein humanitärer Einzelfall vorliegt, entscheidet sich nicht danach, ob ein Abschiebungstermin bevorsteht oder nicht, sondern hängt von anderen Umständen ab. Wird das Verfahren „benutzt" um eine – auch unter humanitären Gesichtspunkten vertretbare – Abschiebung zu verhindern, wird es ausreichen, den einzelnen Mitgliedern der Kommission den Entscheidungsspielraum zu belassen, den Fall überhaupt in die Kommission einzubringen. Zudem hat die letzte Entscheidung ohnehin das zuständige Ministerium. Deswegen sollten die Regelungen, unter denen ein Verfahren zugelassen wird, weiterhin von den Bundesländern bestimmt werden.
Außerdem ist vollständig unklar, wie die Mitglieder der Kommission Kenntnis von einer Abschiebung haben sollen, die nicht angekündigt werden darf. In der Praxis wenden sich ausreisepflichtige Ausländer an Mitglieder der Kommission, damit diese ein – regelmäßig ausführliches und sorgfältig begründetes – Ersuchen in die Kommission einbringen. Mit dem Verbot der Ankündigung einer Abschiebung wird die Arbeit der Mitglieder der Kommission torpediert.