



Verfassungsmäßigkeit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

Bearbeitung: Rechtsreferendar Tim Steinbach
 Yvonne Bach

Datum: 15.09.2014

Dieses Gutachten hat der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst im Auftrag des Abgeordneten Serdar Yüksel MdL erstellen lassen. Das Gutachten wurde durch den Abgeordneten zur Veröffentlichung freigegeben.

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	GUTACHTENAUFTRAG	4
B.	EINLEITUNG	5
I.	ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES § 49 AUFENTHG	5
II.	INHALT DER VORSCHRIFT DES § 49 AUFENTHG	6
C.	GUTACHTEN	8
I.	FORMELLE VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DES § 49 ABS. 3 UND 6 AUFENTHG	8
II.	MATERIELLE VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DES § 49 ABS. 3 UND 6 AUFENTHG	9
1.	<i>Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot</i>	9
a)	Grundsätze des Bestimmtheitsgebots	9
b)	Bezug des Bestimmtheitsgebots auf § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG	10
2.	<i>Verstoß gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG</i>	11
a)	Grundsätze der Verhältnismäßigkeit.....	11
b)	Verhältnismäßigkeit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG	12
aa)	Zweck der Vorschrift.....	12
bb)	Aufklärungsmittel	13
cc)	Geeignetheit	14
dd)	Erforderlichkeit	14
ee)	Angemessenheit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG	15
3.	<i>Richtervorbehalt</i>	16
III.	ERGEBNIS	17
D.	LITERATURVERZEICHNIS	18

A. Gutachtauftrag

Mit Mail vom 25. Juli 2014 hat Herr Yüksel den Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt.

Herr Yüksel möchte geprüft wissen, ob die in § 49 Abs. 3 und 6 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) enthaltene Ermächtigungsgrundlage für die Verwaltung, medizinische Untersuchungen zum Zwecke der Altersbestimmung zu veranlassen, mit dem Grundgesetz, insbesondere dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, vereinbar ist.

Geklärt werden soll in diesem Zusammenhang auch, ob es unschädlich sein kann, dass die genannte Norm im Gegensatz zu § 81a Strafprozessordnung keinen Richtervorbehalt vorsieht. Hintergrund der Fragestellung ist, dass die Betroffenen Röntgenuntersuchungen und damit natürlich eine Strahlenbelastung über sich ergehen lassen müssen. Auch die regelmäßig ebenfalls erforderliche Inaugenscheinnahme des Genitalbereichs einschließlich der Anfertigung von Lichtbildern wird von den Betroffenen häufig als schwerer Eingriff erlebt.

B. Einleitung

I. Entstehungsgeschichte des § 49 AufenthG

Seit der Einführung des Ausländerrechts ist das staatliche Bedürfnis an der Feststellung und Sicherung von Identität und Staatsangehörigkeit eines Ausländers stetig gewachsen. Während sich das Ausländergesetz 1965 in § 3 noch auf eine Ausweispflicht beschränkte, sind die Pflichten des Ausländers und die Eingriffsbefugnisse der Behörden in den letzten Dekaden stark erweitert und verschärft worden.

Bereits das 1990 eingeführte Ausländergesetz, das durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 09.01.2002 weiter verschärft wurde, ermächtigte die Behörden nach §§ 41 und 41a AuslG zur Durchführung von Maßnahmen zur Feststellung der Identität und der Staatsangehörigkeit eines Ausländers.

Durch das Inkrafttreten des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) am 01.01.2005 wurde das Ausländergesetz ersetzt. Die Regelungen der §§ 41, 41a AuslG wurden in § 49 AufenthG zusammengefasst. Mit dieser Vorschrift wurden die Aufklärungspflichten der Ausländerbehörden und damit korrespondierend die Mitwirkungspflichten des Ausländers erstmals auf das Lebensalter erstreckt.

Die geltende Vorschrift des § 49 AufenthG lautet:

§ 49 Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität

(1) Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden dürfen unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 die auf dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines Dokuments nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 und 2 gespeicherten biometrischen und sonstigen Daten auslesen, die benötigten biometrischen Daten beim Inhaber des Dokuments erheben und die biometrischen Daten miteinander vergleichen. Darüber hinaus sind auch alle anderen Behörden, an die Daten aus dem Ausländerzentralregister nach den §§ 15 bis 20 des AZR-Gesetzes übermittelt werden, und die Meldebehörden befugt, Maßnahmen nach Satz 1 zu treffen, soweit sie die Echtheit des Dokuments oder die Identität des Inhabers überprüfen dürfen. Biometrische Daten nach Satz 1 sind nur die Fingerabdrücke und das Lichtbild.

(2) Jeder Ausländer ist verpflichtet, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen und die von der Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder vermutlich besitzt, geforderten und mit dem deutschen Recht in Einklang stehenden Erklärungen im Rahmen der Beschaffung von Heimreisedokumenten abzugeben.

(3) Bestehen Zweifel über die Person, das Lebensalter oder die Staatsangehörigkeit des Ausländers, so sind die zur Feststellung seiner Identität, seines Lebensalters oder seiner Staatsangehörigkeit erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn

1. dem Ausländer die Einreise erlaubt, ein Aufenthaltstitel erteilt oder die Abschiebung ausgesetzt werden soll oder
2. es zur Durchführung anderer Maßnahmen nach diesem Gesetz erforderlich ist.

(4) Die Identität eines Ausländers ist durch erkennungsdienstliche Maßnahmen zu sichern, wenn eine Verteilung gemäß § 15a stattfindet.

(5) Zur Feststellung und Sicherung der Identität sollen die erforderlichen Maßnahmen durchgeführt werden,

1. wenn der Ausländer mit einem gefälschten oder verfälschten Pass oder Passersatz einreisen will oder eingereist ist;
2. wenn sonstige Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Ausländer nach einer Zurückweisung oder Beendigung des Aufenthalts erneut unerlaubt ins Bundesgebiet einreisen will;
3. bei Ausländern, die vollziehbar ausreisepflichtig sind, sofern die Zurückschiebung oder Abschiebung in Betracht kommt;
4. wenn der Ausländer in einen in § 26a Abs. 2 des Asylverfahrensgesetzes genannten Drittstaat zurückgewiesen oder zurückgeschoben wird;
5. bei der Beantragung eines nationalen Visums;
6. bei der Gewährung von vorübergehendem Schutz nach § 24 sowie in den Fällen der §§ 23 und 29 Abs. 3;
7. wenn ein Versagungsgrund nach § 5 Abs. 4 festgestellt worden ist.

(6) Maßnahmen im Sinne der Absätze 3 bis 5 mit Ausnahme des Absatzes 5 Nr. 5 sind das Aufnehmen von Lichtbildern, das Abnehmen von Fingerabdrücken sowie Messungen und ähnliche Maßnahmen, einschließlich körperlicher Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zum Zweck der Feststellung des Alters vorgenommen werden, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten ist. Die Maßnahmen sind zulässig bei Ausländern, die das 14. Lebensjahr vollendet haben; Zweifel an der Vollendung des 14. Lebensjahres gehen dabei zu Lasten des Ausländers. Zur Feststellung der Identität sind diese Maßnahmen nur zulässig, wenn die Identität in anderer Weise, insbesondere durch Anfragen bei anderen Behörden nicht oder nicht rechtzeitig oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.

(6a) Maßnahmen im Sinne des Absatzes 5 Nr. 5 sind das Aufnehmen von Lichtbildern und das Abnehmen von Fingerabdrücken.

(7) Zur Bestimmung des Herkunftsstaates oder der Herkunftsregion des Ausländers kann das gesprochene Wort des Ausländers auf Ton- oder Datenträger aufgezeichnet werden. Diese Erhebung darf nur erfolgen, wenn der Ausländer vorher darüber in Kenntnis gesetzt wurde.

(8) Die Identität eines Ausländers, der das 14. Lebensjahr vollendet hat und in Verbindung mit der unerlaubten Einreise aus einem Drittstaat kommend aufgegriffen und nicht zurückgewiesen wird, ist durch Abnahme der Abdrücke aller zehn Finger zu sichern.

(9) Die Identität eines Ausländers, der das 14. Lebensjahr vollendet hat und sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält, ist durch Abnahme der Abdrücke aller zehn Finger zu sichern, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er einen Asylantrag in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union gestellt hat.

(10) Der Ausländer hat die Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 3 bis 9 zu dulden.

II. Inhalt der Vorschrift des § 49 AufenthG

Die Regelung in § 49 AufenthG berechtigt und verpflichtet die zuständige Behörde, die Identität, das Alter und die Staatsangehörigkeit von Ausländern zu

überprüfen und zweifelsfrei zu klären, soweit es für die Durchführung des Ausländerrechts erforderlich ist. Bei der notwendigen Identifizierung des Ausländers kann die Behörde auf den in den Absätzen 6 bis 9 festgelegten Maßnahmenkatalog zurückgreifen. Den Ausländer trifft eine entsprechende Mitwirkungspflicht. Er muss die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und seiner Staatsangehörigkeit machen (§ 49 Abs. 2 AufenthG).

Die Art der zulässigen erkennungsdienstlichen Maßnahmen hängt davon ab, aus welchem Anlass die Ausländerbehörde aufklären muss (Abs. 3 und 4) oder soll (Abs. 5) und zu welchem Zweck die Überprüfung erfolgt.

§ 49 Abs. 4 AufenthG erfasst den Fall der unerlaubten Einreise; hier muss die Behörde die Identität des Ausländers sichern.

Aus den in Abs. 5 angeführten Anlässen - Verhinderung oder Beendigung oder Legalisierung des Aufenthalts – sind im Regelfall Maßnahmen zur Feststellung und Sicherung der Identität des Ausländers zu treffen. Aktuelle Zweifel an der Identität oder Staatsangehörigkeit müssen in diesen Fällen nicht bestehen; auch die Durchführung anstehender ausländerrechtlicher Maßnahmen ist hier keine Voraussetzung.

Demgegenüber sind erkennungsdienstliche Maßnahmen zum Zwecke der Feststellung der Identität, des Lebensalters oder der Staatsangehörigkeit nach § 49 Abs. 3 AufenthG an begründete Zweifel im Einzelfall gebunden. Ferner muss die Aufklärung aus konkretem Anlass erfolgen, sei es weil die Einreise erlaubt, ein Aufenthaltstitel erteilt oder die Abschiebung ausgesetzt werden soll (Abs. 3 Nr. 1) oder sei es, weil die Feststellungen zur Durchführung anderer Maßnahmen nach diesem Gesetz erforderlich sind (Abs. 3 Nr. 2).

Auf der Grundlage von § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG vorgenommene Lichtbildaufnahmen, Fingerabdrucknahmen, Messungen und ähnliche Maßnahmen, einschließlich körperlicher Eingriffe sind danach unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Der Ausländer begehrt eine Einreiseerlaubnis, einen Aufenthaltstitel oder die Aussetzung der Abschiebung oder andere ausländerrechtliche Maßnahmen, für die es der Feststellung von Alter, Identität oder Staatsangehörigkeit bedarf,
- die Behörde hat Zweifel an der Person, am Alter oder an der Staatsangehörigkeit des Ausländers,
- die Maßnahme dient der Feststellung von Identität, Alter oder Staatsangehörigkeit, nicht aber der Sicherung der Identität,
- der Ausländer hat das 14. Lebensjahr vollendet, wobei Zweifel zu seinen Lasten gehen (§ 49 Abs. 6 Satz 2 AufenthG),
- die festzustellenden Personalien müssen für die jeweilige ausländerrechtliche Maßnahme erforderlich sein.

C. Gutachten

Für die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm sind im Wesentlichen zwei Punkte von entscheidender Bedeutung. Zum einen muss das Gesetz den formalen Anforderungen, die das Grundgesetz statuiert, genügen. Zum anderen muss es materiell die inhaltlichen Mindestanforderungen des Grundgesetzes, insbesondere im Hinblick auf das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, erfüllen und darf seinerseits nicht gegen die im Grundgesetz verankerten Grundrechte und Werteordnung verstoßen.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

Ein Bundesgesetz ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung gemäß der Art. 70 ff. Grundgesetz (GG) inne hat, das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und das Zitiergebot gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG beachtet wurde.

Insoweit bestehen hinsichtlich § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da die Kompetenz zur Regelung des Aufenthaltsrechts für Ausländer gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG im Wege der konkurrierenden Gesetzgebung dem Bund obliegt und in dem Gesetzesverfahren keine Fehler ersichtlich sind.

Insbesondere ist der Gesetzgeber durch § 106 Abs. 1 AufenthG auch seiner Verpflichtung aus dem sog. Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nachgekommen. Danach muss ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt, dieses unter Angabe des Artikels nennen. Maßnahmen nach § 49 Abs. 6 Satz 1 AufenthG, insbesondere körperliche Eingriffe, schränken das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein. Dieses Grundrecht wird neben dem Grundrecht der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes) in § 106 Abs. 1 AufenthG genannt. Wegen der restriktiven Auslegung des Zitiergebots ist eine darüber hinausgehende Erwähnung der Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, z.B. durch das Anfertigen von Lichtbildern, nicht erforderlich.¹ Ansonsten verkäme das Zitiergebot zu einer reinen Förmerei.²

¹ BVerfG 2 BvL 4/73; BVerfG 2 BvR 531/68.

² BVerfG 2 BvR 746/68.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

Soweit der Auftraggeber die materielle Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage für körperliche Eingriffe zum Zwecke der Feststellung des Alters geprüft wissen möchte, kommen nur ein Verstoß gegen das Gebot der Bestimmtheit sowie das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Betracht. Ferner ist zu prüfen, ob als rechtsstaatlicher Mindeststandard ein Richtervorbehalt vorgesehen werden muss.

1. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

a) Grundsätze des Bestimmtheitsgebots

Das Bestimmtheitsgebot leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ab. Es besagt, dass rechtsstaatliches Handeln für den Einzelnen klar erkennbar und vorhersehbar sein muss.³

Für formelle Gesetze bedeutet dies, dass eine Norm in ihren Voraussetzungen und ihren Rechtsfolgen so formuliert sein muss, dass die von der Norm Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten darauf einrichten können.⁴ An den Grad der Bestimmtheit sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je stärker die grundrechtlichen Auswirkungen der gesetzlichen Regelung sind.

Dies bedeutet allerdings kein Verbot der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder von Entscheidungsspielräumen der vollziehenden Behörden.⁵ Bei einem unbestimmten Rechtsbegriff handelt es sich um ein tatbestandliches Merkmal einer Norm, welches aufgrund seiner vagen Formulierung auslegungsbedürftig ist, da sich dessen objektiver Sinn nicht sofort erschließt.⁶

Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs steht dem Bestimmtheitsgebot dann nicht entgegen, wenn sie notwendig ist, um die Regelung einer Vielzahl von abstrakten Fällen zu ermöglichen, und eine Entscheidung des Einzelfalls durch die jeweilige Behörde zur praktikablen Umsetzung des Regelungsgegenstandes unumgänglich ist.

³ BVerfGE 110, 313 (358f.); 113, 348 (375); BayVerfGH, NVwZ, 1998, 838;

⁴ BVerfGE 21, 79.

⁵ Detterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 66.

⁶ Hufen, ZJS 05/2010, S. 603 (606).

b) Bezug des Bestimmtheitsgebots auf § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

Hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen ist sowohl für die Behörde als auch für den betroffenen Ausländer ohne weiteres erkennbar, unter welchen Umständen erkennungsdienstliche Maßnahmen durchzuführen bzw. zu dulden sind: Zum einen muss einer der in Abs. 3 Nr. 1 und 2 aufgeführten Anlässe vorliegen und zum anderen müssen Zweifel über die Person, das Lebensalter oder die Staatsangehörigkeit bestehen.

Die Rechtsfolge erschließt sich demgegenüber nicht sofort, denn die Behörde wird in § 49 Abs. 3 AufenthG verpflichtet, die zur Feststellung der Identität, des Lebensalters oder der Staatsangehörigkeit des Ausländers „erforderlichen“ Maßnahmen zu treffen. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Verwendung aber nach dem oben genannten Maßstab unbedenklich ist.

In Anbetracht der Vielzahl der Einzelfälle, mit denen die zuständige Behörde bei verschiedensten Zweifeln über Person, Alter oder Staatsangehörigkeit aus unterschiedlichen Anlässen konfrontiert sein kann, ist es unumgänglich, der Behörde einen Entscheidungsspielraum zu eröffnen, welche Maßnahme sie jeweils treffen will. Hierbei ist sie nicht völlig frei, denn der Gesetzgeber grenzt den Kreis der zulässigen Maßnahmen in § 49 Abs. 6 bis 9 sowohl ihrer Art als auch ihrem Zweck nach hinreichend deutlich ein.

Auch die Offenheit des Maßnahmenkatalogs durch den Begriff der "ähnlichen" Maßnahmen in dem hier allein interessierenden § 49 Abs. 6 AufenthG steht der Bestimmtheit nicht entgegen. Danach sind außer den im Tatbestand ausdrücklich angeführten Maßnahmen - Aufnahmen von Lichtbildern, das Abnehmen von Fingerabdrücken sowie Messungen - nicht etwa schlechthin andere Maßnahmen erlaubt, sondern nur solche, die den genannten ähnlich sind. Beispielhaft sind körperliche Eingriffe genannt, sofern sie unter den im Gesetz genannten Bedingungen vorgenommen werden. Unter diesen Umständen vermögen sowohl die zuständigen Behörden als auch die betroffenen Ausländer mit hinreichender Bestimmtheit zu beurteilen, ob im konkreten Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vornahme einer "ähnlichen Maßnahme" im Sinne des § 49 Abs. 6 Satz 1 AufenthG erfüllt sind. Dass der Gehalt einer unvollkommen gefassten Vorschrift erst durch Auslegung unter Berücksichtigung ihres Zwecks - auch unter Beachtung der

Wertmaßstäbe des Grundgesetzes - erschlossen werden muss, ist nichts Ungewöhnliches.⁷

Der Wortlaut des § 49 Abs. 6 Satz 1 AufenthG ist hinsichtlich der Rechtsgrundlage für Lichtbilder, Fingerabdrücke, Messungen und ähnlicher Maßnahmen an § 81 b StPO angelehnt. Die Rechtsgrundlage für körperliche Eingriffe orientiert sich an § 81 a StPO. Das war den Gesetzesbegründungen zufolge vom Gesetzgeber auch ausdrücklich so gewollt.⁸ Die Vereinbarkeit der §§ 81 a und b StPO mit dem Bestimmtheitsgebot ist bereits vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigt worden.⁹ Auch wegen der Verwendung des Begriffs "ähnliche Maßnahmen" bestehen damit unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Verstoß gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Bei aktuellen Zweifeln verpflichtet § 49 Abs. 3 AufenthG die Behörde, zum Zwecke der Feststellung von Alter, Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Grundsätzlich zulässig sind nach § 49 Abs. 6 Satz 1 AufenthG auch körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zum Zweck der Feststellung des Alters vorgenommen werden. Insoweit ist das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG betroffen.

Ein Eingriff in dieses Grundrecht darf nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen. (Art. 2 Absatz 2 Satz 3 GG). Neben dem formellen Gewährleistungsmittel des Gesetzesvorbehalts wird die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte körperliche Integrität materiell dadurch sichergestellt, dass der Gesetzgeber nicht jeden beliebigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vornehmen darf. Die Grenzen der gesetzgeberischen Beschränkungsbefugnis ergeben sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG).

a) Grundsätze der Verhältnismäßigkeit

Ebenso wie das Bestimmtheitsgebot ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips.¹⁰

⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1978 - 2 BvR 406/77 - zu § 81 b stopp.

⁸ BT-DruckS 15/420, S. 89; BT-DruckS 16/5065, S. 179; BR-DruckS 224/07, S. 313.

⁹ BVerfG, 2 BvR 406/77; BVerfGE 16, 194.

¹⁰ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, Rn. 145ff.

Er verbietet, dass staatliches Handeln die nachteilig Betroffenen übermäßig belastet, wobei es im Wesentlichen auf das Verhältnis zwischen dem vom Staat ergriffenen Mittel und dem Zweck, der durch das Mittel verfolgt wird, ankommt. Jeder Eingriff muss einem „legitimen“ (d.h. nicht durch das GG verbotenen) Gemeinwohlziel dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein;¹¹ von mehreren gleich geeigneten ist der für den Betroffenen schonendste Eingriff zu wählen. Zudem muss in einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben.¹²

b) Verhältnismäßigkeit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

aa) Zweck der Vorschrift

Mit den in § 49 Abs. 3 AufenthG statuierten Aufklärungspflichten der Behörde und den ihr hierfür nach § 49 Abs. 6 AufenthG zur Verfügung gestellten Mitteln soll sichergestellt werden, dass die Identität, das Lebensalter und die Staatsangehörigkeit des Ausländers geklärt ist, bevor ihm die Einreise erlaubt, ein Aufenthaltstitel erteilt oder die Abschiebung ausgesetzt wird oder andere ausländerrechtliche Maßnahmen durchgeführt werden müssen. Zu diesen sonstigen Maßnahmen gehören beispielsweise die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, die Erteilung oder die Aufhebung von Auflagen oder die Gestattung des Familiennachzugs.¹³ Anlass für erkennungsdienstliche Maßnahmen auf der Grundlage des § 49 Abs. 3 AufenthG ist danach der künftige oder weitere Aufenthalt des Ausländers in Deutschland.

Dementsprechend ist die geklärte Identität und Staatsangehörigkeit gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Regelvoraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Sie ist Ausdruck des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Individualisierung der Person, die einen Aufenthaltstitel begehrt. Im Gesetzgebungsverfahren kommt das sicherheitsrechtlich motivierte Anliegen der notwendigen Identifizierung des Ausländers vor der Legalisierung seines Aufenthalts deutlich zum Ausdruck. Denn zur Begründung des § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG wurde im Innenausschuss des Bundestages darauf abgestellt, dass es nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Terroranschläge des 11. September 2001 und des weltweit agierenden Terrorismus nicht angehen könne,

¹¹ Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, Rn. 145ff.

¹² BVerfGE 102, 1 (19ff.); 83, 1 (19); 75, 284 (298).

¹³ Weichert, in: Huber, AufenthG, § 49 Rn. 26.

dass Personen, die an der Klärung ihrer Identität nicht mitwirken, der Zugang zu einem Aufenthaltstitel geëbnet wird.¹⁴ Die Individualisierung einer Person, die sich künftig oder weiterhin in Deutschland aufhalten will, dient damit einem legitimen Zweck.

Die Altersbestimmung ist insofern von Bedeutung, als im Ausländerrecht die Aufenthaltserlaubnis und die ausländerrechtliche Behandlung oft davon abhängt, ob ein Heranwachsender über oder unter 14 Jahre alt ist. Auch aus strafrechtlicher Sicht ist das Alter von Relevanz: Täter sind unter 14 Jahren nicht strafmündig. Heranwachsende bis 18 Jahren fallen unter das mildere Jugendstrafrecht.

bb) Aufklärungsmittel

Als Mittel zur Feststellung der Identität, des Alters und der Staatsangehörigkeit stehen den Behörden die in § 49 Abs. 6 AufenthG genannten Maßnahmen zur Verfügung. Danach können Lichtbilder aufgenommen, Fingerabdrücke abgenommen sowie Messungen und ähnliche Maßnahmen durchgeführt werden. Soweit nachträglich mit § 49 Abs. 6 Satz 1, 2. Halbsatz AufenthG die Rechtsgrundlage für invasive Eingriffe eingeführt wurde, auf die nach der Gesetzesbegründung auch Röntgenuntersuchungen gestützt werden können, beruhte dies darauf, dass der Gesetzgeber die zuvor möglichen Maßnahmen, welche an § 81 b StPO angelehnt sind, als nicht ausreichend erachtet hat. Vielmehr sollte eine Erweiterung um die Maßnahmen des § 81 a StPO erfolgen, um insbesondere im Vergleich zur Inaugenscheinnahme oder Messung eine effektivere und präzisere Altersbestimmung zu ermöglichen.

Wenn Alter oder Staatsangehörigkeit festgestellt werden sollen, gilt diese spezielle Einschränkung allerdings nicht. Körperliche Eingriffe sind darüber hinaus an besondere Voraussetzungen geknüpft: sie müssen von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden, und es darf kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten sein. Zudem muss es sich um einen Eingriff zum Zwecke der Altersbestimmung handeln.

¹⁴ BT-Drucksache 15/955 S. 7.

cc) Geeignetheit

Identität, Lebensalter und auch Staatsangehörigkeit können mit Hilfe der in Absatz 6 genannten Methoden festgestellt werden, wobei nicht jede Maßnahme für jeden Zweck gleich geeignet ist. So werden Messungen oder körperliche Eingriffe kaum je ein geeignetes Mittel sein, um die Staatsangehörigkeit des Ausländers zu klären. Dagegen können beispielsweise Röntgenaufnahmen zur Altersbestimmung – ggf. zusammen mit anderen Maßnahmen - zur Feststellung der Identität und des Alters führen.

dd) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der der Behörde zur Aufklärung zur Verfügung gestellten Maßnahmen ist nur dann zu verneinen, wenn es Alternativmaßnahmen gibt, die eindeutig weniger belastend und eindeutig ebenso effektiv sind.¹⁵

Wenn ein Ausländer, der sich künftig oder weiterhin in Deutschland aufhalten will, nicht über Ausweispapiere oder sonstige Dokumente verfügt, die seine Identität, Alter und Staatsangehörigkeit belegen, sind andere als die in Absatz 6 aufgeführten erkennungsdienstlichen Maßnahmen, die zur Klärung der Identität ebenso geeignet sind, nicht ersichtlich.

Der Kreis der zulässigen Maßnahmen ist gesetzlich aber von vorneherein dadurch begrenzt, dass die Maßnahme für den jeweiligen Zweck – Feststellung der Identität, des Alters oder der Staatsangehörigkeit – aus dem jeweiligen Anlass erforderlich sein muss (§ 49 Abs. 3, 1. Halbsatz AufenthG).

Ferner ist zu beachten, dass es sich in Absatz 6 um einen abgestuften Maßnahmenkatalog handelt. Mit der Prämisse in § 49 Abs. 6 Satz 3 AufenthG, dass die in Satz 1 genannten Maßnahmen zur Feststellung der Identität nur zulässig sind, wenn die Identität nicht in anderer Weise festgestellt werden kann, wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch an dieser Stelle schon im Gesetz selbst bei der Auswahl und dem Einsatz der Mittel konkretisiert. Zunächst sind diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die den Ausländer am wenigsten beeinträchtigen. Daher muss zum Zweck der Feststellung der Identität in erster Linie Aufklärung bei anderen Behörden oder auch bei Privatpersonen, Arbeitgebern oder anderen Stellen gesucht werden. Erst wenn sich

¹⁵ BVerfGE 102, 197(218); 92, 10(23ff.); 90/145(173); 81, 70 (90f.).

andere Aufklärungsmaßnahmen als erfolglos erweisen, kommen als jeweils milderes Mittel zunächst nur Fingerabdrücke und Lichtbildaufnahmen und sodann die Feststellung körperlicher Merkmale durch Messung in Betracht. Nur im äußersten Fall zugelassen sind die mit zum Teil empfindlichen und riskanten körperlichen Eingriffen verbundenen Maßnahmen¹⁶, die allerdings auch nur von einem Arzt nach den Regeln der Kunst zum Zweck der Feststellung des Alters vorgenommen werden dürfen und auch nur dann, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten ist.

ee) Angemessenheit des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG

Bei der Angemessenheit wird das Verhältnis zwischen Mittel und angestrebtem Zweck betrachtet.

Der mit einer Beeinträchtigung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit verbundene und nach § 49 Abs. 6 AufenthG zulässige körperliche Eingriff ist unangemessen, wenn er außer Verhältnis zum Zweck dieser Maßnahme steht. Das gilt gleichermaßen für die übrigen Maßnahmen nach § 49 Abs. 6 AufenthG, mit denen ein Grundrechtseingriff verbunden ist, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Körperliche Eingriffe wie etwa Röntgenuntersuchungen, aber auch andere identitätssichernde Maßnahmen können mit einer erheblichen Beeinträchtigung des betroffenen Ausländers verbunden sein. Auf der anderen Seite ist aber der Zweck der Aufklärungsmaßnahme zu sehen, der im hier zu untersuchenden Fall des § 49 Abs. 3 AufenthG in der Ermöglichung des künftigen oder weiteren Aufenthalts in Deutschland liegt. Zwar kommt hier das sicherheitsrechtlich motivierte öffentliche Anliegen der notwendigen Identifizierung zum Tragen, zugleich liegt die Aufklärung aber im hohen eigenen Interesse des Ausländers an einem Aufenthaltsrecht. Die Vornahme körperlicher Eingriffe unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen ist daher nicht von vorneherein unangemessen.

Erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 49 Abs. 6 AufenthG bis hin zu körperlichen Eingriffen unterliegen zudem den unter dd) dargestellten gesetzlichen Schranken. Danach ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl in § 49 Abs. 3 AufenthG verankert, wonach nur die für den jeweiligen Zweck aus dem konkreten

¹⁶ Winkelmann, in: Renner/Bermann/Dienelt, Ausländerrecht, § 49 AufenthG Rn. 14, 15.

Anlass erforderlichen Maßnahmen getroffen werden dürfen, als auch in § 49 Abs. 6 AufenthG hinsichtlich der Wahl der Mittel. Wenn diese Einschränkungen strikt beachtet werden, bestehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.¹⁷

3. Richtervorbehalt

Soweit der Auftraggeber die Frage aufgeworfen hat, ob sich aus der Anlehnung an § 81 a StPO eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Richtervorbehalts, wie ihn § 81 a Abs. 2 StPO vorsieht, ergibt, ist Folgendes festzustellen:

Der einfachgesetzliche Richtervorbehalt des § 81 a Abs. 2 StPO gehört nicht in den Bereich des rechtsstaatlich Unverzichtbaren.¹⁸ Das Grundgesetz enthält ausdrückliche Richtervorbehalte nur für Wohnungsdurchsuchungen gemäß Art. 13 Abs. 2 GG und Freiheitsentziehungen gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG, nicht aber für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG.

Auch die hohe Bedeutung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit gebietet verfassungsrechtlich nicht, dass zwingend von einem Arzt vorzunehmende körperliche Eingriffe nur durch einen Richter angeordnet werden dürfen.¹⁹ Eingriffe, wie sie § 49 Abs. 6 Satz 1 AufenthG erlaubt, tasten das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nicht in ihrem Wesensgehalt an und stellen sich nicht als so schwerwiegend dar, dass aus dem Gesichtspunkt der Eingriffstiefe heraus ein Richtervorbehalt zu verlangen wäre.²⁰

Zudem ist zu beachten, dass der Kontext, in dem ein körperlicher Eingriff nach § 49 Abs. 6 AufenthG vorgenommen wird, ein völlig anderer ist als ein körperlicher Eingriff auf der Grundlage von § 81 a Abs. 1 StPO. Bei diesem werden die Strafverfolgungsbehörden repressiv tätig. Der im Strafverfahren Betroffene ist doppelt belastet, zum einen unmittelbar durch den Vollzug der Maßnahme selbst, zum anderen durch die spätere prozessuale Verwendung der dadurch erlangten Daten.²¹ In Verbindung mit der Machtüberlegenheit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren kommt dem Richtervorbehalt in der StPO eine gesteigerte Kontroll- und Schutzfunktion zu.²² Diese Situation ist mit körperlichen Eingriffen auf der Grundlage des Aufenthaltsgesetzes nicht vergleichbar ist. Die Aufklärung nach § 49 AufenthG steht im

¹⁷ Winkelmann, in: Renner/Bermann/Dienelt, Ausländerrecht, § 49 AufenthG Rn. 15.

¹⁸ BVerfG, 2 BvR 784/08.

¹⁹ BVerfG, 2 BvR 1596/10.

²⁰ BVerfGE 5, 13 (15); 16, 194 (200f.).

²¹ Brüning, ZIS 1/2006, S. 29 (30f.).

Zusammenhang mit einer den Ausländer begünstigenden ausländerrechtlichen Maßnahme, nämlich der Ermöglichung seines künftigen und weiteren Aufenthalts. Sie liegt also auch in seinem eigenen Interesse.

Der Richtervorbehalt nach § 81 a Abs. 2 StPO beruht allein auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, nicht auf einer zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgabe.²³

Es ist aus vorstehenden Erwägungen nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber hiervon für die Fälle des § 49 Abs. 3 und 6 AufenthG keinen Gebrauch gemacht hat.

III. Ergebnis

Die Durchführung von Maßnahmen nach § 49 Abs. 6 AufenthG – dazu zählen auch körperliche Eingriffe, die von einem Arzt zum Zweck der Feststellung des Alters vorgenommen werden - aus einem der in Absatz 3 genannten Anlässe zum Zwecke der Feststellung von Identität, Alter oder Staatsangehörigkeit ist bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und dem Bestimmtheitsgebot, vereinbar.

Ein Richtervorbehalt ist von Verfassungs wegen nicht erforderlich, sondern unterliegt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

²³ BVerfG, 2 BvR 2346/10.

D. Literaturverzeichnis

Detterbeck, Steffen, Öffentliches Recht, 6. Auflage, Marburg 2008.

Hufen, Christian, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, 05/2010, S. 603.

Hoffmann, Rainer M / Hoffmann, Prof. Dr Holger, Ausländerrecht, Handkommentar, 1 Auflage, 2008.

Huber, Dr. Bertold, Aufenthaltsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, München 2010.

Renner, Prof. Dr. Günter, Ausländerrecht in Deutschland, 1. Auflage, München 1998.

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011.

Renner/Dienelt/Bergmann, Ausländerrecht, Kommentar, 10. Auflage, 2013.

Brüning, Dr. Janique, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Der Richtervorbehalt – ein zahloser Tiger?, Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seiner Ineffizienz in der Praxis, 1/2006, S. 29.