

Deutscher Bundestag

1. Untersuchungsausschuss
der 19. Wahlperiode

Ausschussdrucksache

19(25)217

11.04.2018

Prof.em. Dr.jur Dr. hc.Kay Hailbronner
Universität Konstanz

Deutscher Bundestag
1. Untersuchungsausschuss

11. April 2018

[Handwritten signature]

Stellungnahme zur Anhörung im Untersuchungsausschuss „Vollzug des Aufenthalts- und Asylrechts im föderalen Gefüge“, 19.April 2018

I. Zuständigkeitsfragen

Im Grundsatz ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern im Bereich des Aufenthalts- und Asylrechts folgendermaßen geregelt: Der Vollzug des Ausländerrechts liegt bei den Ländern (Ausländerbehörden, Länderpolizeien). § 71 AufenthG sieht vorbehaltlich der Regelungen über die Zuständigkeit der Bundespolizei für die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs (Abs.3) eine umfassende Zuständigkeit der Länder für aufenthalts- und passrechtliche „Maßnahmen“, einschließlich aufenthaltsbeschränkender Maßnahmen, Beantragung von Abschiebungshaft usw. vor. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Ausländerbehörden wird durch das Landesverwaltungsverfahrenrecht festgelegt. Welches Land zuständig ist, richtet sich im allgemeinen landesrechtlich nach dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts (wo sich Ausländer unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt). Bei erlaubtem Aufenthaltswechsel ist das unproblematisch (Meldung). Bei unerlaubtem Aufenthaltswechsel (wobei nicht immer klar ist, wann der Aufenthaltswechsel (bei Verpflichtung zur Wohnungnahme unerlaubt ist) wird im allgemeinen auf Grund von Nr. 71.1.2.5 VerwV zu § 71 AufenthG) angenommen, dass sich die Zuständigkeit der für den Ort des Aufenthalts zuständigen Ausländerbehörde auf die Durchsetzung „unaufschiebbarer Maßnahmen“ beschränkt. Teilweise wird aber auch ein Zuständigkeitswechsel zum Ort des „neuen Lebensmittelpunkts“ angenommen. Die Chronologie im Fall A zeigt m.E. eine gewisse Unsicherheit bei der polizeilichen Zuständigkeitsbestimmung (tatsächlicher Aufenthalt), während die aufenthaltsrechtliche Zuständigkeit von NRW während des gesamten Verfahrens wohl nicht in Frage gestellt worden ist. Erforderlich ist, dass die aufenthaltsrechtliche Zuständigkeit eindeutig feststeht (Ort der Meldung) und dass ggfs. eine Abgabe der Zuständigkeit bzw. Amtshilfe eindeutig geregelt sind. Der Zustand einer faktischen Duldung rechtswidrigen Aufenthaltswechsels von Asylbewerbern (z.B. Berlin) kann zwar dadurch nicht verhindert werden. Es wäre m.E. dennoch geboten, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass abgesehen von bestimmten Ausnahmesituationen eine Duldung des Aufenthaltswechsels ein rechtswidriges Verhalten darstellt.

Eine Bundeszuständigkeit besteht nach dem BundespolizeiG v. 19.10. 1994, geänd. Durch G. v. 5.5. 2017) für Gefahrenabwehr im Bereich der Grenzsicherung und des Grenzschutzes (Grenzgebiet bis 30 km). Die Bundespolizei hat alle üblichen polizeilichen Befugnisse, wie sie auch den Landespolizeien zustehen, Werden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Zuständigkeiten anderer Bundesbehörden (z.B. Sicherheitsbehörden) oder Landesbehörden berührt, handelt die Bundespolizei im „Benehmen“ (Informationspflicht, Beratungspflicht) mit diesen Behörden. Im übrigen bleibt die Zuständigkeit der Polizei der Länder z.B. zum Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen, Beantragung von Abschiebungshaft usw. bei der Ausübung der Zuständigkeit.

Eine Bundeszuständigkeit besteht ferner für die Durchführung von Asylverfahren, wie sie im Detail im AsylG bezüglich der verschiedenen Verfahrensstadien geregelt ist. Nach Beendigung des Asylverfahrens erlässt das Bundesamt im Falle eines negativen Ausgangs die Abschiebungsandrohung, deren Vollzug den Ländern obliegt. Zur Beschleunigung des Asylverfahrens und der Rückführung hat der Gesetzgeber eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, die hier nicht im einzelnen dargestellt werden können (vgl. für Einzelheiten Hailbronner, Ausländerrechts, Bd. III und IV, zur Kommentierung des Asylgesetzes auf dem Stand von Nov. 2017).

Hinzuweisen ist insbes. auf § 30a AsylG, der die Einführung beschleunigter Asylverfahren bestimmten Fällen (Herkunft aus sicheren Herkunftsstaaten, Identitätsverschleierung, schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder öffentliche Ordnung und die Verpflichtung zur Entscheidung binnen *einer Woche*, sowie die Verpflichtung zum Wohnen in der besonderen Aufnahmeeinrichtung bis zur Ablehnung des Asylantrages und darüber hinaus bis zum Vollzug der Abschiebungsandrohung zu wohnen, vorsieht.

Eine gewisse Schwäche dieser und anderer vergleichbarer Regelungen über Aufenthaltsbeschränkungen ist, dass ihre Durchsetzung häufig schwierig, wenn nicht unmöglich ist (strafrechtliche Sanktionen sind irrelevant, Abschiebungshaft scheitert am Dreimonatserfordernis, für Gefährder gilt allerdings nunmehr § 62 Abs.3 Nr. 1a, wonach Gefährder in Abschiebungshaft zu nehmen sind, wenn die Abschiebungsanordnung nicht unmittelbar vollzogen werden kann).

II. Kooperation zwischen Bundes- und Länderbehörden und innerhalb der Länder

Eine Kooperation zwischen Bund und Ländern ist eher ausnahmsweise gesetzlich geregelt (Ausnahmen Datenübermittlung, Bundespolizei / Länderpolizeien). Es gibt eine allgemeine Pflicht des Zusammenwirkens zwischen Bund und Ländern, die aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleitet werden kann. Im allgemeinen vollziehen sich Kooperationen im Wege informeller Gremien wie z. B. dem Gemeinsamen Terrorabwehr Zentrum (GTAZ). Im Rahmen des GTAZ gibt es verschiedene Arbeitsgruppen, die sich u.a. mit dem Problem von Gefährdern oder der Rückführung befassen. Nach meinen Informationen haben sich diese Aktivitäten erheblich nach dem Fall A. verstärkt. Die AG Status ist für Gefährder und sonstige relevante Personen zuständig. An ihr nehmen die Länder, die Verfassungsschutzbehörden von Bund und Ländern, das BKA, BAMF, Bundespolizei und der GBA und das BMI (Stab Rückkehr) teil. In der AG Status werden Einzelfälle besprochen. Korrespondierend zur AG Status gibt es auf Länderebene ebenfalls ähnliche AGen.

In der AG Sicherheit im seit Mai 2017 aktiven gemeinsamen Zentrum zur Unterstützung der Rückkehr (ZUR) werden Intensivstraftäter und Gefährder ausführlich mit Blick auf eine zügige Durchsetzung der Ausreisepflicht besprochen. Beteiligt sind die Länder, BPol, das BMI (Stab R) und BAMF. Das BMI (Stab R) nimmt überdies die Aufgabe wahr, insbesondere auch in besonderen Einzelfällen tätig zu werden, wenn es z.B. einer diplomatischen Zusicherung oder der sonstigen unterstützenden Tätigkeit des Bundes (AA) bedarf.

Ein weiteres Instrumentarium der Bund-Länder Kooperation ist die Verabschiedung einer standardisierten Bewertung von Gefährdern (Radar i TE)

Im übrigen gibt es Formen der Kooperation zwischen dem Bund und den Ländern, die schon bisher insbes. bei der Beschaffung von Passersatzpapieren und der Durchführung von Rückführungsmaßnahmen angewendet wurden (z.B. Zusammenarbeit BMI – NRW bei der Beschaffung von Passersatzpapieren für marokkanische Staatsangehörige). Für eine Reihe von Ländern, insbesondere Westafrikas ist die Passersatzbeschaffung schon jetzt in der Passersatzbeschaffungsstelle der Bundespolizei zentralisiert.

Problembereiche :

Beschaffung von Passersatzpapieren erfolgt zu spät . In Ausnahmefällen (beschleunigte Verfahren § 30a AsylG) sollte die Beschaffung von Ersatzpapieren bereits vor Abschluss des Asylverfahrens möglich sein. .

Für *polizeiliche Maßnahmen* ergibt sich aus der Lektüre der einschlägigen Berichte zum Fall A, dass das Fehlen einer einheitlichen Konzeption des Umgangs mit Gefährdern und erheblich kriminellen, hoch mobilen Ausländern beklagt wird. Es wird daher häufig eine Standardisierung der Maßnahmen zum Umgang mit Gefährdern durch ein Bedrohungsmanagement mit einheitlichen Verfahrensweisen und einheitlichen Maßnahmenkatalogen - ggfs. mit Amtshilfe anderer Bundesländer vorgeschlagen. .Erforderlich wäre dazu die Schaffung einheitlicher Rechtsgrundlagen in den Länderpolizeigesetzen. Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht sind zwar neue Instrumente zur Überwachung geschaffen worden (z.B. elektronische Fussfessel für Gefährder) Eine einheitliche Handhabung der Vorschrift wird in den Ländern dadurch aber nicht erreicht. Ob für *aufenthaltsrechtliche Maßnahmen* entsprechende Überlegungen angestellt werden können, bedürfte m.E. einer näheren Untersuchung. Auffällig erscheint mir anhand der veröffentlichten Tatbestände von Ausweisungsentscheidungen die Dauer und die Uneinheitlichkeit von Ausweisungsverfahren, die u.a. damit zusammenhängen mag, dass der Erlass einer Ausweisungsentscheidung mittlerweile so kompliziert ist, dass im Allgemeinen nur noch Volljuristen in der Lage sind, gerichtsfeste Entscheidungen zu treffen.

Austausch von Informationen ; wesentliche Verbesserung durch Datenaustauschverbesserungsgesetz mit der Schaffung eines Kerndatenbestandes , auf den alle beteiligten Behörden zurückgreifen können. Auf europäischer Ebene ist der Datenaustausch aber nach wie vor unzureichend. Erforderlich wäre die Schaffung einer EU Datenbank, mittels derer der aufenthaltsrechtliche Status von Drittstaatsangehörigen, strafrechtlich relevante Sachverhalte , Identitätsdok, und Gefährdereinschätzungen abgefragt werden können).

III.Instrumente des Vollzugs aufenthaltsbeendender Maßnahmen

1.§ 58a AufenthG

§ 58a ermächtigt die Oberste Landesbehörde dazu , gegen einen Ausländer auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ohne vorhergehende Ausweisung eine *Abschiebungsanordnung* (nicht zu verwechseln mit der Abschiebungsandrohung , die in der Regel mit einer Frist zur Ausreise verbunden ist) zu erlassen. Die Abschiebungsanordnung ist sofort vollziehbar. Es besteht die Möglichkeit, einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz innerhalb von sieben Tagen zu stellen. Der Bundesminister des Inneren kann die Übernahme der Zuständigkeit erklären. In diesem Fall erfolgt der Vollzug durch die Bundespolizei.

Neuere Rechtsprechung , die die Anwendung des § 58a erleichtert

Das BVerwG stellt angesichts der besonderen Gefahrenlage , der der Gesetzgeber mit § 58a begegnen will, in seiner neueren Rechtsprechung entscheidend darauf ab, ob sich aus den festgestellten Tatsachen ein *beachtliches Risiko dafür ergibt, dass die von einem Ausländer ausgehende Bedrohungssituation sich jederzeit*

aktualisieren und in eine konkrete terroristische Gefahr und /oder eine dem gleichzustellende Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik umschlagen kann. Die Gefahrenschwelle liegt damit **deutlich niedriger** als im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht.

Ein beachtliches Risiko in diesem Sinne liegt z.B. vor, wenn sich eine Person in hohem Maße und seit längerem mit einer militanten gewaltbereiten Auslegung des Islam identifiziert, den Einsatz von Gewalt zur Durchsetzung dieser radikal-islamistischen Auffassung für gerechtfertigt und die Teilnahme am sogenannten Jihad als verpflichtend ansieht (*BVerwG* v. 30.8.2017, 1 VR 5.17; v. 21.3. 2017, 1 VR 1.17; v.31.5.2017, 1 VR 4.17 und v. 13.7. 2017, 1 VR 3.17

bedarf es einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Ausländers, seines bisherigen Verhaltens, seiner nach außen erkennbaren oder geäußerten inneren Einstellung, seiner Verbindungen zu anderen Personen und Gruppierungen, von denen eine terroristische Gefahr und /oder eine Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ausgeht sowie sonstiger Umstände, die geeignet sind, den Ausländer in seinem gefahrträchtigen Denken oder Handeln zu belassen oder zu bekräftigen (*BVerwG* a.a.O.). Ein beachtliches Risiko in diesem Sinne liegt z.B. vor, wenn sich eine Person in hohem Maße und seit längerem mit einer militanten gewaltbereiten Auslegung des Islam identifiziert, den Einsatz von Gewalt zur Durchsetzung dieser radikal-islamistischen Auffassung für gerechtfertigt und die Teilnahme am sogenannten Jihad als verpflichtend ansieht (*BVerwG* v. 30.8.2017, 1 VR 5.17; v. 21.3. 2017, 1 VR 1.17; v.31.5.2017, 1 VR 4.17 und v. 13.7. 2017, 1 VR 3.17)

Gefahrenprognose

Die Gefahrenprognose muss auf Tatsachen gestützt sein. Tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr können nicht schon aus allgemeinen Erfahrungssätzen abgeleitet werden. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen im Einzelfall die Prognose eines Geschehens tragen, das zu einer zurechenbaren Verletzung gewichtiger Schutzgüter führt. Eine hinreichend konkretisierte Gefahr kann bestehen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen, auch wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt (*BVerwG* v. 13.7.2017, 1 VR 3.17). In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, kann dies schon dann angenommen werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird (*BVerwG* a.a.O.). Relativ diffuse Anhaltspunkte oder allein das Hingezogensein zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis reichen noch nicht aus (vgl. *BVerwG* v. 31.5.2017, 1 VR 4.17; unter Hinweis auf *BVerfG* v. 20.4.2016, 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220) Das *BVerwG* stellt angesichts der besonderen Gefahrenlage, der der Gesetzgeber mit § 58a begegnen will, entscheidend darauf ab, ob sich aus den festgestellten Tatsachen ein *beachtliches Risiko dafür ergibt, dass die von einem Ausländer ausgehende Bedrohungssituation sich jederzeit aktualisieren und in eine konkrete terroristische Gefahr und /oder eine dem gleichzustellende Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik umschlagen kann.* Die Gefahrenschwelle liegt damit deutlich niedriger als im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht.

Bindung der Gerichte an die Sicherheitsbeurteilung?

Die Gerichte sind an die Sicherheitsbeurteilung durch die Sicherheitsbehörden nicht gebunden. Die mangelnde Bindung der Gerichte an die Gefährlichkeitsbewertung durch die Sicherheitsbehörden beinhaltet nicht, dass die Gerichte die von den Sicherheitsbehörden erarbeiteten Risikoanalysen und auf die Auswertung früherer terroristischer Taten gestützten allgemeinen Erkenntnisse über Strukturen terroristischer Organisationen oder Täterprofile nicht als Tatsachen zu berücksichtigen hätten. Ob dies auch für die von den Sicherheitsbehörden entwickelten Risikobewertungsinstrumente gilt, hat das *BVerfG* offengelassen (*BVerfG* v. 24.7.2017, 2 BvR 1487/17). Für eine Pflicht zur Berücksichtigung spricht, dass die Bewertung von Sicherheitsrisiken auf einem durch Erfahrung gewonnenen und objektivierten spezifischen Fachwissen beruht, das den Schluss auf bestimmte Tatsachen erlaubt, die für die individuelle Prognose herangezogen werden können.

Verhältnismäßigkeitsprüfung ?

Das *BVerfG* hat § 58a dahin interpretiert, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei seiner Anwendung im Einzelfall dadurch Rechnung zu tragen sei, dass die Behörde im Rahmen ihres Ermessens

Verhältnismäßigkeitserwägungen „in vollem Umfang“ Rechnung trage (*BVerfG* v. 24.7.2017, 2 BvR 1487/17). Einen zwingenden „Ausweisungstatbestand“ (gemeint ist wohl Abschiebungstatbestand) habe der Gesetzgeber ersichtlich nicht beabsichtigt, da er der Behörde Ermessen eingeräumt habe und damit die Frage der Verhältnismäßigkeit auf der Rechtsfolgenseite verortet habe. Überzeugend ist diese Argumentation in keiner Weise, da für eine Ermessensausübung an Stelle einer zwingenden Handlungspflicht auch andere Erwägungen als derjenige des Interessenschutzes von Ausländern, wie z.B. Aspekte der Verwaltungsoportunität –und Verwaltungseffektivität maßgeblich sein können.

Abschiebungshindernisse

Die Stellung des Asylantrags steht der Durchsetzung der Abschiebungsanordnung nach § 60 Abs. 8 AufenthG i.V. mit Art. 33 (2) GK dann nicht entgegen, wenn der Betreffende aus schwerwiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland anzusehen ist. Die Schwelle der schwerwiegenden Gründe und der Gefahr wird von der Rechtsprechung hoch angesetzt; zu berücksichtigen ist aber, dass die Auslegung dieser Bestimmung auch von einer Bewertung neuer Gefahrensituationen abhängt.

Zu beachten ist allerdings, dass Abschiebungshindernisse, die auf Art. 3 EMRK (Folter und unmenschliche Behandlung) gestützt werden, absolut gelten, dh. auch gegenüber einem Terroristen Anwendung finden. Die rechtlichen Schwierigkeiten sind z.T. enorm und können langwierige Verfahren bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erfordern (vgl. Abschiebung zweier islamistischer Gefährder durch Bremen 2017). Der Begriff der unmenschlichen Behandlung hat aufgrund der EGMR Rechtsprechung mittlerweile eine beträchtliche Ausdehnung erfahren (z.B. Zellengröße im Falle einer Inhaftnahme, Fehlen einer Existenzgrundlage usw.; das *BVerfG* hat unlängst im Falle einer Rückführung nach Griechenland sogar das Fehlen von Integrationsmaßnahmen als Bestandteil der unmenschlichen Behandlung qualifiziert). An diese Rechtsprechung ist der Gesetzgeber selbstverständlich gebunden; nichts hindert aber die EU Mitgliedstaaten, sich im Rahmen von EASO über eine Auslegung des Begriffs der unmenschlichen Behandlung zu verständigen.

Fazit

Mit der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* wird § 58a handhabbarer, wenn die Oberste Landesbehörde davon Gebrauch macht. Es wäre m.E. sinnvoll, den Einsatz des Instruments in den Bundesländern zu standardisieren (einheitliche Maßstäbe für Vorliegen des beachtlichen Risikos) und zugleich in diesen Fällen das Verfahren zur Beschaffung von Ersatzpapieren frühzeitiger zu beginnen, dh. wenn

Anhaltspunkte für das Vorliegen des Tatbestandes des § 58a vorliegen. Ansätze in dieser Richtung sind bereits in dem Gemeinsamen Zentrum zur Unterstützung der Rückkehr (ZUR) und im Rahmen der AG Sicherheit u.a. in Form von Workshops unternommen worden.

Ob mittelfristig ein *Übergang der Zuständigkeit für Maßnahmen nach § 58 auf den Bund* mit umfassender Vollzugskompetenz (Beantragung von Abschiebungshaft, Schaffung von Abschiebungshaftplätzen, Durchsetzung der Ausreisepflicht) sinnvoll wäre, ist jedenfalls bei der bestehenden föderalistischen Struktur der Bundesrepublik fraglich. Der Vollzug von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist eng mit der allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Vollzugszuständigkeit und einem Netz von Ausländerbehörden verbunden, die damit verbundenen Aufgaben können vom Bund nicht übernommen werden. Koordinations- und Kooperationsstrukturen würden daher in neuer Form erforderlich.

Zu erwägen ist dennoch, ob das Modell einer Zuständigkeitsübernahme durch den Bund (§ 58a Abs.2) nicht auf weitere Fälle des Vollzugs aufenthaltsbeendender Maßnahmen gegenüber vollziehbar ausreisepflichtigen *schwer straffälligen Ausländer* übertragen werden sollte (Problem; administrativer Unterbau, Abschiebungshaft in Bundeseinrichtungen)

2. Abschiebungshaft (§ 62 Abs.3 und 4)

Ein Ausländer ist zur Sicherung der Abschiebung auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen (Sicherungshaft), wenn

1. der Ausländer auf Grund einer unerlaubten Einreise vollziehbar ausreisepflichtig ist.

1a. eine Abschiebungsanordnung nach § 58a ergangen ist, diese aber nicht unmittelbar vollzogen werden kann,

2. die Ausreisefrist abgelaufen ist und der Ausländer seinen Aufenthaltsort gewechselt hat, ohne der Ausländerbehörde eine Anschrift anzugeben, unter der er erreichbar ist,

3. er aus von ihm zu vertretenden Gründen zu einem für die Abschiebung angekündigten Termin nicht an dem von der Ausländerbehörde angegebenen Ort angetroffen wurde,

4. er sich in sonstiger Weise der Abschiebung entzogen hat oder

5. im Einzelfall Gründe vorliegen, die auf den in § 2 Absatz 14 festgelegten Anhaltspunkten beruhen und deshalb der begründete Verdacht besteht, dass er sich der Abschiebung durch Flucht entziehen will (Fluchtgefahr).

Die Sicherungshaft ist unzulässig, wenn feststeht, dass aus Gründen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann. *Abweichend von Satz 3 ist die Sicherungshaft bei einem Ausländer, von dem eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgeht, auch dann zulässig, wenn die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann.* Dieser Satz ist mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7. 2017 eingefügt worden, um bei besonderen Fällen eine Abschiebungshaft auch dann anzuordnen, wenn die Abschiebung nicht innerhalb einer strikten Dreimonatsfrist des Abs. 3 S. 3 durchgeführt werden.

Die Rechtsprechung stellt an die *Erfordernisse* des § 62 im allgemeinen strenge Anforderungen und verlangt auch bei Vorliegen einer Fluchtgefahr oder anderer Haftgründe eine Kausalität des Verhaltens des Ausländers für die Nichteinhaltung der Dreimonatsfrist. Kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere als vom Betroffenen

zu vertretende Gründe die Abschiebung verhindern, wird in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Abschiebung nicht verhängt oder verlängert (vgl.z.B. KG in st.Rspr. v. 28.9. 2004, 25 W 83/04; OLG Frankfurt v. 3.3. 1994, 20 W 90/94). Ob im Hinblick auf die gesetzgeberische Absicht , die Frist in solchen Fällen, in denen die rechtzeitige Abschiebung besonders gefährlicher Ausländer an der Kooperationsbereitschaft der Herkunftsländer scheitert, aufzuheben, das Verhältnismäßigkeitsargument gleiches Gewicht besitzt , ist zweifelhaft.

Grundsätzlich lässt der BGH es für das Vertretenmüssen zwar ausreichen, wenn der Ausländer keine Papiere hat und Ersatzpapiere beschafft werden müssen. Dies gilt aber nicht, wenn die Beschaffung von Papieren wegen Krieg oder Bürgerkrieg dem Ausländer nicht möglich ist (BGH v. 16.7. 2017) . Die bloße Weigerung freiwillig auszureisen, reicht ebenfalls nicht aus (BGH v. 6.5.2010, V ZB 139/09). Zu vertreten hat ein Ausländer nicht nur solche Umstände, die für die Behebung des Abschiebungshindernisses von Bedeutung sein können, sondern auch Gründe, die – von ihm vertretbar veranlasst - dazu geführt haben, dass ein Hindernis für seine Abschiebung überhaupt erst entstanden ist, etwa indem er seinen Pass weggegeben hat (BGH v. 25.3. 2010, V ZA 9/10).

Eine Verhinderung der Abschiebung , die eine Haftverlängerung über 6 Monate hinaus rechtfertigen kann, liegt vor, wenn ein von dem Willen des Ausländers abhängiges pflichtwidriges Verhalten ursächlich dafür ist, dass die Abschiebung nicht erfolgen konnte. Das pflichtwidrige Verhalten kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen (BGH v. 25.2. 2010, V ZA 2/10). Ein vor der Einreise ins Bundesgebiet liegendes Verhalten des Ausländers genügt aber nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht (BGH v.19. 1.2017, _V ZB 99/16 unter Verweis auf die Rspr.). Erforderlich ist ein Verhalten, mit dem der Ausländer eine sich bereits konkretisierende Abschiebung zu vereiteln oder zu erschweren versucht, Nicht ausreichend ist daher die Vernichtung eines Passes vor der Einreise ins Bundesgebiet. Diese Abgrenzung überzeugt im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift jedenfalls für den Fall nicht, dass ein Ausländer bereits bei der illegalen Einreise von vornherein Maßnahmen trifft, die in Kenntnis der Illegalität der Einreise auf die Verhinderung einer zwangsweisen Rückführung ausgerichtet sind.

Die Sicherungshaft kann nach dem gesetzlichen Wortlaut bis zu sechs Monaten angeordnet werden. Sie kann in Fällen, in denen der Ausländer seine Abschiebung verhindert, um höchstens zwölf Monate verlängert werden. Eine Verlängerung um höchstens 12 Monate ist auch möglich, soweit die Haft auf der Grundlage des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 1a angeordnet worden ist und sich die Übermittlung der für die Abschiebung erforderlichen Unterlagen durch den zur Aufnahme verpflichteten oder bereiten Drittstaat verzögert. Es handelt sich aber hierbei um Höchstfristen, die nur solange ausgeschöpft werden dürfen, solange die Voraussetzungen einer konkreten Vollzugsaussicht , die ständig zu überprüfen ist, weiterhin gegeben sind (BGH v. 9.1.2012, VZB 305/10). In der Praxis werden durch die Gerichte so strenge Anforderungen gestellt, dass in der Regel nur für relativ kurze Zeiträume von wenigen Tagen und Wochen und bereits hinreichend organisierten Abschiebungsmaßnahmen Sicherungshaft angeordnet wird. Die Entlassung aus der Sicherungshaft führt regelmäßig zu einer Vereitelung bisheriger Anstrengungen zur Rückführung . Im europäischen Rechtsvergleich gehört damit die Bundesrepublik Deutschland zu denjenigen Ländern, die am wenigsten vom Instrument der Abschiebungshaft Gebrauch machen.

Die in § 62 Abs. 3 verwendeten Begriffe sind auslegungsbedürftig und werden deshalb auch unterschiedlich in den einzelnen Bundesländern interpretiert. Eine

Vereinheitlichung wäre grundsätzlich im Wege der Verwaltungsvorschriften zum AufenthG mit Zustimmung des Bundesrats möglich.

Was die allgemeinen Voraussetzungen an die Verhängung von Sicherungshaft betrifft, so gibt es eine etablierte Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte, die generell im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit einer Freiheitsentziehung im europäischen Vergleich sehr hohe Anforderungen an die Formerfordernisse eines Haftantrags, das Beschleunigungsgebot, den Nachweis, dass alle Anstrengungen unternommen wurden, die Abschiebung vorzubereiten, die Gelingensprognose usw. stellt (vgl. Schmidt-Räntsch, Darstellung der BGH Rechtsprechung, 28.1. 2018; Hailbronner, Ausländerrecht, Bd. 2, Stand Nov. 2017, § 62, Rn. 36 ff). Der BGH geht damit über die Völker- und unionsrechtlichen Voraussetzungen hinaus. (vgl. z.B. Rechtsprechung des EGMR, der Haftanordnung zur Verhinderung illegaler Einreise und illegalen Verbleibs für zulässig hält- auch ohne Nachweis einer konkreten Abschiebemöglichkeit).

Nach Art. 15 der EU - *Rückführungsrichtlinie* können die Mitgliedstaaten einen ausreise- pflichtigen Drittstaatsangehörigen, gegen den ein Rückkehrverfahren anhängig ist, zum Zweck der Vorbereitung der Rückführung und/oder der Ausführung der Abschiebung in Haft nehmen, sofern keine anderen weniger eingreifenden Maßnahmen zur effektiven Zielerreichung im konkreten Fall verfügbar sind. *Insbesondere* ist eine Abschiebungshaft danach zulässig, wenn

- a. Fluchtgefahr besteht oder
- b. die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern.
- c. die Haft so kurz wie möglich ist und sich nur auf die Dauer der laufenden Abschiebungsvorkehrungen erstreckt und mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt wird.

Dazu gibt es eine Empfehlung der Kommission v. 7.3. 2017 (ABl.EU L 66/15 v.11.3. 2017), die ungeachtet ihrer mangelnden Verbindlichkeit als Hilfsmittel der Auslegung der Vorschriften der Richtlinie zur Inhaftnahme in Ergänzung der in § 2 Abs.14 AufenthG niedergelegten Anhaltspunkte zu § 62 Abs.3 S.1 Nr.5 herangezogen werden können. U.A. sieht die Empfehlung in Nr. 15 und 16 Kriterien zur widerlegbaren Annahme einer bevorstehenden Fluchtgefahr vor, die eine Inhaftnahme rechtfertigen kann, sofern keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewandt werden können.

Ferner sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen (*EuGH* v. 28. 4. 2011, Rs. C- 61/11, PPU, *Hassen El Dridi*, Rn. 35). Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Pflicht Folge geleistet wird. Nicht selten halten sich Ausländer, wie im Fall A erhebliche Zeit im Bundesgebiet illegal auf, bevor ein Asylantrag gestellt wird.

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen (*EuGH* v. 28. 4. 2011, Rs. C- 61/11, PPU, *Hassen El Dridi*, Rn. 35). Empfehlung v. 7.3. 2017 (ABl.EU L 66/15 v.11.3. 2017) erlassen, die ungeachtet ihrer mangelnden Verbindlichkeit als Hilfsmittel der Auslegung der Vorschriften der Richtlinie zur Inhaftnahme in Ergänzung der in § 2 Abs.14 AufenthG niedergelegten Anhaltspunkte zu § 62 Abs.3 S.1 Nr.5 herangezogen werden können. U.A. sieht die Empfehlung in Nr. 15 und 16 Kriterien zur widerlegbaren Annahme einer bevorstehenden Fluchtgefahr vor, die eine Inhaftnahme rechtfertigen kann, sofern keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewandt werden können.

Fazit: Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht sind

durch die Verlängerung auf 6 Monate Verbesserungen erreicht worden, *M.E. sollte unter Festhaltung am Beschleunigungsgebot eine Haftanordnung zulässig sein, wenn ein Ausreisepflichtiger durch mangelnde Kooperation oder Identitätsverschleierung die Verhinderung des Vollzugs der Ausreisepflicht zu vertreten hat und die Abschiebung nicht objektiv unmöglich oder aus rechtlichen Gründen unzulässig ist.* Bestimmte Verhaltensweisen von vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern (z.B. nicht Einhaltung von Aufenthaltsbeschränkungen in den Fällen des §30a AsylG) sollten eine Abschiebungshaft begründen, wenn eine Abschiebung voraussichtlich innerhalb eines gewissen Zeitraums möglich erscheint.

Ausserdem sollte erwogen werden, einen Hafttatbestand für die illegale Einreise und Verbleib einzuführen, wenn dies zur Verhinderung des weiteren illegalen Aufenthalts und zur Rückführung oder Zurückschiebung erforderlich ist.

Eine erweiterte Zuständigkeit des Bundes wirft zahlreiche Fragen nach der administrativen Bewältigung von Vollzugsaufgaben beim Bund auf.

3. Ausreisegewahrsam (§ 62b AufenthG)

(1) Unabhängig von den Voraussetzungen der Sicherungshaft nach § 62 Absatz 3 kann ein Ausländer zur Sicherung der Durchführung der Abschiebung auf richterliche Anordnung für die Dauer von längstens zehn Tagen in Gewahrsam genommen werden, wenn

1. die Ausreisefrist abgelaufen ist, es sei denn, der Ausländer ist un- verschuldet an der Ausreise verhindert oder die Überschreitung der Ausreisefrist ist nicht erheblich und
2. der Ausländer ein Verhalten gezeigt hat, das erwarten lässt, dass er die Abschiebung erschweren oder vereiteln wird, indem er fortge- setzt seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten verletzt hat oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit getäuscht hat (Aus- reisegewahrsam).

Die neu durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung v. 27. 7. 2015 in das AufenthG eingefügte und mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7. 2017 modifizierte Vorschrift soll die Durchführbarkeit von Abschiebungsmaßnahmen, insbesondere bei Abschiebungen, die einen erheblichen organisatorischen Aufwand erfordern, sicherstellen. Der Ausreisegewahrsam stellt keinen Sonderfall der Sicherungshaft und bedarf daher keines Haftgrundes nach dieser Vorschrift. Aufgrund der eng beschränkten Dauer der Freiheitsentziehung und der besonderen Art der Vollziehung im Transitbereich eines Flughafens oder einer für die Durchführung der Abschiebung geeigneten Einrichtung ist der Ausreise- gewahrsam der Sache nach der Organisation des Vollzugs der Abschiebung eher zuzuordnen als der Vorbereitung bzw. Sicherung der Abschiebung durch Inhaftnahme. Ungeachtet dessen unterliegt der Ausreisegewahrsam als besondere Form der Freiheitsentziehung den verfassungs- und unions- rechtlichen Anforderungen an eine Inhaftnahme zum Zweck der Durch- führung einer Abschiebung

Entsprechend § 62 Abs. 1 S. 3 dürfen Minderjährige und Familien mit 24 Minderjährigen nur in besonderen Ausnahmefällen und nur so lange in Ausreisegewahrsam genommen werden, wie es unter Berücksichtigung des Kindeswohls angemessen ist.

Für eine effektivere Anwendung der Vorschrift ist die Unterbringung vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer in besonderen Aufnahmeeinrichtungen erforderlich. Derartige Einrichtungen existieren bislang noch nicht (vgl. aber untern zu geplanten ANKER Einrichtungen).

4 Aufenthaltsbeschränkungen nach § 59b AsylG

Grundsätzlich endet die räumliche Beschränkung von Asylbewerbern auf den Bezirk der Ausländerbehörde nach § 56 nach 1 drei Monaten , sofern nicht ausnahmsweise die Pflicht, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (detailliert in § 47 AsylG geregelt, weiterbesteht , wie z.B. bei Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten bis zum Vollzug § 47Abs.1a). Regelfall ist bislang Verteilung auf die Länder und Gemeinden.

Das Asylgesetz kennt räumliche Beschränkungen für Asylbewerber in der Form einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit eines Asylbewerbers auf den Bezirk der Ausländerbehörde, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. Dem Ausländer wird daher ein Aufenthaltsbereich zugewiesen, den er nur aus den im AsylG vorgesehenen Gründen oder mit behördlicher Erlaubnis verlassen kann (vgl. § 58). Davon zu unterscheiden ist die Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§ 47) oder aufgrund einer Wohnsitzauflage (§ 60 Abs.1) an einem bestimmten Ort seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu nehmen oder aufgrund einer Wohnauflage (§ 60 Abs. 2) in einer bestimmten Gemeinde, Wohnung oder Unterkunft zu wohnen oder dorthin umzuziehen.

Eine räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung kann unabhängig von § 59a Absatz 1 durch die zuständige Ausländerbehörde angeordnet werden, wenn

1. Der Ausländer wegen einer Straftat, mit Ausnahme solcher Straftaten, deren Tatbestand nur von Ausländern verwirklicht werden kann, rechtskräftig verurteilt worden ist.
2. Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Ausländer gegen Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes verstoßen hat,
3. Konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer bevorstehen oder
4. von dem Ausländer eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter ausgeht.

Mit dem automatischen Wegfall der räumlichen Beschränkung nach dreimonatigem Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Rücksicht darauf, ob der Asylbewerber seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist und /oder Straftaten begangen hat, wird die Möglichkeit eröffnet, ein zu dem Zweck der ordnungsgemäßen Durchführung eines Asylverfahrens gewährtes Bleiberecht zu anderen Zwecken , insbes. zur **Begehung strafbarer Handlungen** zu nutzen. Dem will § 59 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 begegnen, indem die Behörde ermächtigt wird, eine räumliche Beschränkung im Einzelfall anzuordnen.

Mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7.2017 (BGBl. I S. 2780) ist § 59b Abs.1 auf Anregung des Bundesrats (BT-Drs.18/12415, S. 19) dahin ergänzt worden, dass eine Anordnung der räumlichen Beschränkung auch dann ermöglicht werden soll, wenn von dem Betroffenen eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben ausgeht.

Wortlaut, Zweck und Systematik der Regelung sprechen für eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit. Für die Zwecke der Kriminalitätsprävention wäre eine bloße Wohnsitzbeschränkung weitgehend ineffektiv und könnte jedenfalls ihren Zweck, strafrechtlich relevante Betätigungsmöglichkeiten eines Ausländer einzuschränken bzw. zu verhindern, nicht erreichen. Maßnahmen nach § 59b sind auf den Einzelfall bezogen.

Voraussetzung für die Nr. 4 ist das Vorliegen einer **erheblichen** Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter. Da der Gesetzgeber die gleiche Formulierung verwendet wie in dem gleichzeitig neu in das AufenthG eingefügten § 56a, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass für die Auslegung von § 59b die gleichen Grundsätze gelten. Eine erhebliche Gefahr liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte Vorliegen, dass es bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit oder Beeinträchtigung von Leib und Leben Dritter kommt.

5. Fazit

Der obige Überblick über die rechtlichen Instrumentarien des Aufenthaltsgesetzes und des Asylgesetzes zeigt, dass die zentralen Probleme eines effektiven Vollzugs des Ausländer und Asylrechts nicht im Fehlen ausreichender Befugnisse von Bund –und Ländern zur Ergreifung von Maßnahmen zur Durchsetzung der Ausreisepflicht von Ausländern liegt, sondern eher in einer Vielfalt unterschiedlich bzw. nur teilweise genutzter Vorschriften. In der Vergangenheit sind vielfach auch massive Rechtsverstöße in einzelnen Bundesländern gegen Aufenthaltsbeschränkungen toleriert worden. Eine ungehinderte Mobilität abgelehnter Asylbewerber und eine unklare Duldungspraxis hat u.a. die Entwicklung länderübergreifender Konzepte zum Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen zumindest erschwert.

Als Folge des Falles A sind aber zumindest für die Gruppe der Gefährder Kooperationsformen entwickelt worden, die einen effektiveren Gesetzesvollzug ermöglichen. Über diese Fälle hinaus sollten aber auch für straffällige Ausländer und Ausländer mit spezifischen Verweigerungsverhalten (Identitätstäuschung, aktuelle Vereitelung von Abschiebungsmaßnahmen) einheitliche Konzepte mit einem abgestuften Maßnahmenkatalog entwickelt werden)

In diesem Zusammenhang erscheinen die in den Koalitionsvereinbarungen geplanten „**AnkER Einrichtungen**“ grundsätzlich sinnvoll, einen effektiveren Gesetzesvollzug zu erreichen,

Fruthwilen, den 11. 4. 2018
Kay Hailbronner