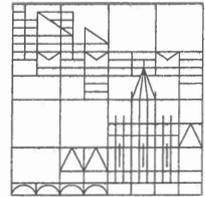


Deutscher Bundestag  
1. Untersuchungsausschuss  
der 19. Wahlperiode  
Ausschussdrucksache  
*19(25)231*  
*19.04.2018*

Universität  
Konstanz



Professor Dr. Marcel Kau, LL.M.  
(Georgetown)

Deutscher Bundestag  
1. Untersuchungsausschuss

Fachbereich Rechtswissenschaft  
Fach 116

*225*  
*19. April 2018*  
*JK 19/14*

D-78457 Konstanz

Fon: +49-7531-88-3634

Fax: +49-7531-88-3146

## Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des 1. Untersuchungsausschusses (PA 25) des Deutschen Bundestags

am 19.4.2018

u.a. zu Fragen „Vollzug des Aufenthalt- und Asylrechts  
im föderalen Gefüge“

---

### Inhaltsverzeichnis

<b>Themenbereich 1:</b> „Bund und Länder beim Vollzug des Aufenthalts- und Asylrechts“... 2	2
<b>Themenbereich 2:</b> „Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG – Die Rolle der ..... 5 Bundesbehörden“	5
<b>Themenbereich 3:</b> „Verhängung von Abschiebungshaft nach § 62 AufenthG“..... 9	9
<b>Schlussbemerkung:</b> ..... 10	10

## Themenbereich 1: „Bund und Länder beim Vollzug des Aufenthalts- und Asylrechts“

### 1. Aufenthaltsrecht

#### a. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Grundsätzlich wird das **Aufenthaltsrecht**, da es in Bundesgesetzen geregelt ist, nach **Art. 83, 84 GG von den Länderverwaltungen** ausgeführt. Dabei wird nach § 84 Abs. 3 GG der Bundesregierung die Aufsicht darüber zugewiesen, dass die Länder die Bundesgesetze „dem geltenden Recht gemäß“ ausführen. Hierbei handelt es sich zwar um eine Rechtmäßigkeitsaufsicht, nicht aber um eine Rechtsaufsicht, wie sie etwa im Kommunalrecht zwischen Regierungspräsidien und Gemeinden besteht. Die Aufsicht der Bundesregierung im Sinne von Art. 84 GG greift nur dann ein, wenn Länder Bundesgesetze dauerhaft und schwerwiegend rechtswidrig ausführen. Davon kann bei den vom Fall Amri betroffenen Bundesländern – Nordrhein-Westfalen und Berlin – anhand der vorliegenden Informationen nicht ausgegangen werden. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum besteht in diesem Zusammenhang weitgehende Einigkeit darüber, dass die Aufsichtsbefugnisse der Bundesregierung nach Art. 84 GG nicht nur geringer ausgeprägt sind als beispielsweise im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG), sondern ohnehin nur bei gravierenden Beanstandungen in Betracht gezogen werden können (vgl. *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rdnr. 192; *Suerbaum*, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, Art. 84, Rdnr. 58 f.). Daher kamen anlässlich des Falls Amri auch die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel nach Art. 84 Abs. 3 S. 2 GG („Entsendung von Beauftragten“) und Art. 84 Abs. 4 GG („Mängelrüge“) bei den vom Fall Amri betroffenen Bundesländern nicht zum Tragen. Hätte die Bundesregierung jedoch Kenntnis über eine **dauerhafte und schwerwiegend rechtswidrige Verwaltungspraxis** eines oder mehrerer Länder beim Vollzug des Aufenthaltsrechts gehabt, hätten ihr als *ultima ratio* die Aufsichtsmittel der Art. 84 GG zur Verfügung gestanden. Insofern ist auch hervorzuheben, dass der Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 5 GG „für besondere Fälle“ durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates auch die Befugnis verliehen werden kann, Einzelweisungen zu erteilen. Hiervon hat der Gesetzgeber für das Aufenthaltsrechts in § 74 Abs. 2 AufenthG bei Erfüllung strenger tatbestandlicher Voraussetzungen Gebrauch gemacht.

#### b. Gesetzliche Ausgestaltung, insbes. im AufenthG

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Grundlagen weist § 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG die Zuständigkeit „[f]ür aufenthalts- und passrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen“ den Ausländerbehörden (der Länder) zu. Insofern sind außerhalb des Asylrechts und ohne Verbindung zu abgeschlossenen Asylverfahren **grundsätzlich die Behörden der Länder** zuständig. Im Hin-

blick auf die Normen des AufenthG kann die Bundesregierung regelmäßig durch das Bundesministerium des Innern (BMI) **unter besonderen Voraussetzungen Einzelweisungen** erteilen, wie es schon in Art. 85 GG angelegt ist. Während § 74 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 AufenthG einen Konflikt zwischen verschiedenen Ländern und eine damit einhergehende Beeinträchtigung von erheblichen Landesinteressen vorsehen bzw. Ausweisungen in den diplomatischen oder konsularischen Verkehr eingreifen ist vor allem **§ 74 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG** für das föderale Gefüge bedeutsam. Danach kann eine **Einzelweisung regelmäßig an die oberste Landesbehörde** (vgl. Art. 84 Abs. 5 Satz 2 GG) ergehen, wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland es erfordern“. Ähnlich wie bei § 58a AufenthG sind damit wesentliche Sicherheitsinteressen im Hinblick auf terroristische Akte und vergleichbare Straftaten gemeint. Allerdings ist auch im Hinblick auf die grundsätzlich zulässigen Einzelweisungen nach Art. 84 Abs. 5 GG i.V.m. § 74 Abs. 2 AufenthG zu berücksichtigen, dass der grundsätzlich schonende Umgang von Bund und Ländern (Stichwort: Bundesfreundliches Verhalten) Einzelweisungen nur als **ultima ratio in dringenden oder extremen Situationen** erfolgen können (vgl. *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, *AusländerR*, 12. Aufl. 2018, § 74 AufenthG, Rdnr. 7 f.). Der Fall Amri wäre angesichts der äußeren Gegebenheiten – verschiedene Alias-Identitäten, achtmalige Befassung durch das GtAZ, als „Foreign Fighter in das INPOL-System eingetragen – etwa im Hinblick auf die Verhängung von Abschiebungshaft (§ 62 AufenthG) oder Anordnung einer Wohnsitzauflage (§ 61 AufenthG). Ob diese Maßnahmen – von denen sich etwa die nordrhein-westfälischen Behörden nicht nur nicht viel versprochen, sondern auch Zweifel an ihrer Rechtsbeständigkeit vor Gericht hatten, dann jedoch aufrechterhalten worden wären, kann aus der *ex post*-Perspektive nicht mit Sicherheit beurteilt werden.

## 2. Asylrecht

### a. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Zuständigkeit des Bundes für den **Vollzug des Asylrechts** beruht auf Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG. Danach können für Angelegenheiten, für die dem Bund die Gesetzgebung zusteht, selbständige Bundesoberbehörden durch Bundesgesetz errichtet werden. Dies ist durch § 5 AsylG mit dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) geschehen. Das BAMF ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMI. Das BMI bestellt den Leiter des BAMF, der wiederum für eine „ordnungsgemäße Organisation des Asylverfahrens“ sorgt (§ 5 Abs. 2 Satz 2 AsylG). Dies schließt ein, dass das **BMI die Fach-, Dienst- und Rechtsaufsicht über das BAMF** führt (vgl. *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt, *AusländerR*, 12. Aufl. 2018, § 5 AsylG,

Rdnr. 10). Auch wenn der Leiter des BAMF für die Organisation des BAMF verantwortlich ist, ändert dies an der Unterstellung unter das BMI nichts.

#### **b. Gesetzliche Ausgestaltung, insbes. Asylgesetz (AsylG)**

Neben der Verantwortung für das Asylverfahren im engeren Sinne ist hervorzuheben, dass das BAMF auch für ausländerrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen nach Maßgabe des AsylG zuständig ist (§ 5 Abs. 1 Satz 2 AsylG). So werden etwa Maßnahmen der Aufenthaltsbeendigung nach erfolglosem Asylverfahren gem. § 34 ff. AsylG vom BAMF getroffen. Wenn nach Ende des Asylverfahrens eine Abschiebungsandrohung (§ 34 AsylG) vom BAMF erlassen wurde, wird die zuständige Ausländerbehörde unterrichtet und erhält die für eine Abschiebung erforderlichen Unterlagen vom BAMF weitergeleitet (§ 40 AsylG). Treten in der Person des abgelehnten Asylbewerbers jedoch tatsächliche oder rechtliche Gründe auf – im Fall Amri waren dies fehlende Passpapiere –, kommt es zur vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung (sog. Duldung, § 60a AufenthG). Erteilt wird die Duldung von der Ausländerbehörde, die auch für das weitere Verfahren zuständig bleibt. Insofern kommt es nach Ende des Asylverfahrens, wenn unmittelbare aufenthaltsbeendende Maßnahmen unterbleiben, zu einem Wechsel in der sachlichen Zuständigkeit. Der **Übergang der Zuständigkeit vom BAMF auf die Ausländerbehörde** erscheint auf den ersten Blick verfahrensrechtlich nicht allzu glücklich, da solche Vorgänge leicht zu Kommunikationsfehlern oder anderen mit der Übergabe eines Verwaltungsvorgangs verbundenen Abstimmungsproblemen führen können. Im Fall Amri ist hingegen nicht ersichtlich, dass sich solche Schwierigkeiten aus dem Zuständigkeitsübergang realisiert haben. Es ist auch fraglich, wie die Zuständigkeitsfragen grundlegend anders geregelt werden können, wenn an der verfahrensrechtlichen Sonderstellung des Asylverfahrens schon vor dem Hintergrund von Art. 16a GG aus verfassungsrechtlichen Gründen festgehalten werden soll. Dennoch muss darauf hingewiesen werden, dass die Befassung mehrerer unterschiedlicher Behörden mit den asyl- bzw. aufenthaltsrechtlichen Verfahren grundsätzlich zu **administrativen Reibungsverlusten** führen kann. Dies gilt zwar wohl weniger für die Kooperation zwischen BAMF und den Ausländerbehörden, die über viele Jahre eingespielt ist. Sofern jedoch zusätzlich andere Behörden betroffen sind – z.B. Sozialbehörden, Meldeämter, Strafverfolgungsbehörden – werden diese nicht immer Kenntnis davon haben (können), ob es sich noch um einen Asylbewerber mit Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) oder bereits um einen abgelehnten Asylbewerber mit einer Duldung (§ 60a AufenthG) handelt. Insgesamt gilt der Grundsatz: Je mehr Verwaltungsbehörden in einen Vorgang eingebunden sind oder zusätzlich damit befasst werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Abstimmungsschwierigkeiten oder Missverständnissen sowie nicht zuletzt auch zu Verzögerungen kommt. Der Bundesgesetzgeber wäre daher – unter Mitwirkung der Länder im Bundes-

rat – gut beraten, eine **Verschlinkung und Vereinfachung der verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten** zu fördern. Diese schließt nicht nur gemeinsame und vollständig kompatible EDV-Standards zwischen den potenziell beteiligten Behörden des Bundes und der Länder ein, sondern erfordert im Einklang mit grundlegenden Datenschutzerfordernissen auch einen **umfassenden Datenaustausch**. Im Hinblick auf den Fall Amri muss hierbei berücksichtigt werden, dass dieser zwar bereits vor der sog. „Flüchtlingskrise“ in die Bundesrepublik eingereist ist, dass einige seiner Aktivitäten jedoch im administrativen Windschatten der seit September 2015 beginnenden Unterbringung und verfahrensmäßigen Erfassung von mehreren 100.000 Antragstellern abliefen. So wurden seine Aktivitäten zwar nicht vom großen Flüchtlingszustrom verursacht, es liegt jedoch nahe, dass die Verschleierung seiner vielfältigen Aktivitäten hierdurch begünstigt wurde.

## **Themenbereich 2:** „Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG – Die Rolle der Bundesbehörden“

Nach dem Anschlag vom 19. Dezember 2016 wurde von verschiedenen Seiten der Gedanke aufgebracht, ob nicht im Fall Amri die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG eine Möglichkeit geboten hätte, das Eintreten der fatalen Ereignisse vom Breitscheidplatz zu verhindern. Diesen Überlegungen liegt der Gedanke zugrunde, dass ein beherztes Eingreifen nach § 58a AufenthG den Tod von zwölf Menschen und die Verletzung weiterer hätte verhindern können.

Die Vorschrift des § 58a AufenthG birgt einige Eigentümlichkeiten, die bei der Betrachtung berücksichtigt werden müssen. Zunächst ist § 58a AufenthG ausweislich seiner Entstehungsgeschichte und seines Wortlautes eine Ausnahmenvorschrift, die nur in Fällen außergewöhnlicher Bedrohung oder Gefährdung eingreift. So stellte sie nicht nur bei ihrer Einführung ein **gesetzgeberisches Novum** dar. Wie nicht selten bei neugeschaffenen Befugnissen des Verwaltungsrechts, war zwar zunächst im Hinblick auf **§ 58a AufenthG eine gewisse Scheu der zuständigen Stellen** festzustellen. Möglicherweise gab es in der ersten Zeit nach 2005 – vor Auftreten des IS im Irak und in Syrien – auch noch nicht genügend klare Situationen, bei denen die Ausnahmenvorschrift des § 58a AufenthG hätte Anwendung finden können. Im Spiegel verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen – an denen jedenfalls indiziell, aber mit etwa einem Jahr Verzögerung ablesbar ist, ob und wie häufig von den zuständigen Behörden auf eine bestimmte Rechtsgrundlage zurückgegriffen wird – fällt auf, dass abgesehen von zwei allgemeinen Entscheidungen des BVerwG aus dem Jahre 2005, sich in der juristischen Datenbank „juris“ erst aus dem Jahr 2010 wieder eine Entscheidung des VG Augsburg findet, in der § 58a AufenthG im Zusammenhang mit einem Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 1 AufenthG eine Rolle spielt (vgl. VG Augsburg v. 30.3.2010, Au 1 S 10.149 - juris). Dann folgt eine Entscheidung des VG München aus dem

Jahr 2012 (vgl. VG München v. 16.8.2012, M 12 K 12.30504 – juris, Rdnr. 46), bei der § 58a AufenthG jedoch nur eine sehr untergeordnete Bedeutung hat, ehe ab 2015 eine allmähliche Intensivierung der Anwendung von § 58a AufenthG festzustellen ist (vgl. z.B. Bayerischer VGH v. 28.4.2015, 11 ZB 15.50065 – juris; VG München v. 12.8.2015, M 11 S 15.31007; VG Berlin v. 3.6.2016, 19 L 275.15). Unter Berücksichtigung der normalen zeitlichen Verzögerung zwischen Verwaltungsverfahren und endgültiger gerichtlicher Entscheidung, ist somit davon auszugehen, dass etwa 2014/2015 ein verstärkter Rückgriff auf § 58a AufenthG erfolgte. In der Tendenz dennoch nicht falsch ist es daher, wenn im Schrifttum behauptet wird, § 58a AufenthG habe „erst ab 2017 praktische Bedeutung erlangt“ (vgl. *Bauer/Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, *AusländerR*, 12. Aufl. 2018, § 58a, Rdnr. 6). Zutreffend ist das jedenfalls insoweit, als das **Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Jahr 2017 endgültige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift ausgeräumt** hat, die sich insbesondere darauf bezogen, dass sie erst vom Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat in das Gesetz eingefügt worden war (vgl. BVerfG v. 24.7.2017, 2 BvR 1487/17 [2. Sen. 1. Kammer] – juris, m. Anm. Kluth, *ZAR* 2017, 383 ff.). Soweit unabhängig davon im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, gegen die Übernahmebefugnis des BMI nach § 58a Abs. 2 AufenthG bestünden „**verfassungsrechtliche Einwände**“ (vgl. *Bauer/Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, *AusländerR*, 12. Aufl. 2018, § 58a, Rdnr. 16 m.w.N.), greifen diese letztlich nicht durch. Soweit in diesem Zusammenhang etwa auf Art. 87 Abs. 3 GG verwiesen wird, geht dies fehl, da der Gesetzesvollzug im Aufenthaltsrecht sich nach Art. 83, 84 GG richtet. Wie bereits dargelegt, eröffnet Art. 84 Abs. 5 GG ausdrücklich die Möglichkeit zur Erteilung von Einzelweisungen in „besonderen Fällen“, wenn sich dies auf ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates zurückführt. Dies ist beim AufenthG und damit auch bei § 58a AufenthG der Fall. Die Möglichkeit einer Abschiebungsanordnung ist bereits mit der grundlegenden Konzeption des § 58a AufenthG auf die obersten Landesbehörden (Abs. 1) und auf das BMI (Abs. 2) übertragen worden. Selbst wenn in dem Fall, der der Entscheidung des BVerfG zugrunde lag, eine oberste Landesbehörde gehandelt hatte, hätte das Gericht – im Falle der Beanstandung – einen Hinweis auf Abs. 2 geben können. Da dieser unterblieb, ist von der **Verfassungsmäßigkeit von § 58a AufenthG** insgesamt auszugehen.

Zudem weist der § 58a AufenthG starke polizeirechtliche Bezüge auf, soll die Abschiebungsanordnung doch auf der Grundlage einer „**tatsachengestützten Gefahrenprognose**“ erfolgen (vgl. *Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 4. Aufl., 2017, Rdnr. 222; *ders.*, *AuslR*, § 58a AufenthG, Rdnr. 11 ff. – Bearb. Jan. 2018). Zudem hat die Vorschrift eine Doppelfunktion, indem sie die Ausweisung und Abschiebung in einer Maßnahme vereint. Freilich darf § 58a AufenthG auch nicht trivialisiert werden und als „aufenthaltsrechtliche Allzweckwaffe“ fehlinterpretiert werden. Denn wie der Wortlaut zeigt, kann § 58a AufenthG nur „zur Abwehr einer besonderen Gefahr für

die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“ herangezogen werden. Der systematische Zusammenhang legt dabei nahe, dass die „besondere Gefahr“ ähnlich gewichtig sein muss wie die ebenfalls genannte „terroristische Gefahr“. Die Vorschrift des § 58a AufenthG – deren mögliche Anwendung auch schon von den Untersuchungsausschüssen des Landtags von Nordrhein-Westfalen und des Abgeordnetenhauses von Berlin beleuchtet wurde – kann jedoch nicht bei konventionellen oder bei überschaubaren Rechtsverstößen zur Anwendung gebracht werden.

Was bedeuten diese Feststellungen für die Befugnis der Bundesregierung bzw. des BMI nach § 58a Abs. 2 AufenthG? Vorausgesetzt die Gefahrenprognose im Zusammenhang mit Abs. 1 ermöglicht dem Grunde nach den Erlass einer Abschiebungsanordnung, so besteht die Möglichkeit, dass das **BMI für den Bund die Übernahme der Zuständigkeit** erklärt, wenn „ein besonderes Interesse des Bundes“ hierfür besteht. Im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang auf eine nur begrenzt überprüfbare „Einschätzungsprärogative“ des Bundes verwiesen worden (vgl. *Hailbronner*, AuslR, § 58a AufenthG, Rdnr. 69 – Bearb. Jan. 2018). Im Weiteren wird darauf hingewiesen, dass vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung (Art. 83, 84 GG) ein Eintrittsrecht des BMI dann angenommen wird, wenn die Aufgabe „nach Art und Umfang von den obersten Landesbehörden nicht oder nur schwer bewältigt werden kann“ (*Bauer/Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, AusländerR, 12. Aufl. 2018, § 58a, Rdnr. 44). Der **Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG (58a.2 AVwV)** lassen sich konkretisierende Hinweise entnehmen, wann ein besonderes Interesse des Bundes angenommen werden kann. Als erstes Beispiel wird auf das Bestehen eine „länderübergreifenden Gefahrenlage“ verwiesen. Außerdem wird das „länderübergreifende“ Agieren möglicher Adressaten einer Abschiebungsanordnung beispielhaft genannt. Gleichmaßen könnten besondere Erkenntnisse der Bundesbehörden vorliegen oder ein Fall besonderer außenpolitischer Bedeutung bestehen. Auch bei Anerkennung einer grundsätzlichen Einschätzungsprärogative des BMI sowie einer begrenzten gerichtlichen Überprüfung der Ausübung der Zuständigkeitsübernahme, deuten doch die in der AVwV zum AufenthG genannten typisierten Umstände darauf hin, dass eine Übernahme der Zuständigkeit nach § 58a Abs. 2 AufenthG im Fall Amri nahe gelegen hätte. Dies gilt insbesondere deshalb, weil Anis Amri durchaus „länderübergreifend agiert“ hat, indem er eine rege Reisetätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland entfaltet hat, als er schon Gegenstand der Beratungen im Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) gewesen ist. Dies lässt sich neben den verschiedenen Aufenthaltsorten beispielsweise an seiner Festnahme in einem Fernbus aus München kommend in Friedrichshafen entnehmen. Zudem hat Amri abwechselnd in Nordrhein-Westfalen und in Berlin gelebt, was auf eine „länderübergreifende Gefahrenlage“ hinweist, zumal die nordrhein-westfälischen Behörden im Oktober 2016 eine Einordnung als sog. „Foreign Fighter“ in das

INPOL-System eingetragen haben (vgl. LT-NRW, Drs. 16/14550, S. 14). Ob und inwieweit Behörden des Bundes noch zusätzlich über Informationen verfügten, ist nicht bekannt. Es ist jedoch vor allem im Rückblick auffällig, dass weder die oberste Landesbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen noch diejenige des Landes Berlin die acht Befassungen mit Amri im GTAZ zum Anlass genommen haben, ihrerseits von § 58a Abs. 1 AufenthG Gebrauch zu machen. Aus der Perspektive des Bundes hätte es daher nahe gelegen, wenn die Gefahrenaspekte im Hinblick auf Nordrhein-Westfalen und diejenigen im Hinblick auf Berlin zusammenfassend betrachtet worden wären und aus der Gesamtbetrachtung eine Entscheidung nach § 58a Abs. 2 AufenthG ergangen wäre. Denn es mag zwar so gewesen sein, dass die nordrhein-westfälischen und die Berliner Anhaltspunkte *jeweils allein* die für eine Ausübung von § 58a AufenthG erforderliche Schwelle nicht überschritten haben, in der **länderübergreifenden Gesamtbetrachtung** war der Fall Amri jedoch anders zu betrachten. Es war zwar nicht klar, wo sich eine mit Anis Amri verbundene Gefahr realisieren würde, spätestens im Oktober 2016 mit der Einstufung als „Foreign Fighter im INPOL-System, war jedoch zutage getreten, dass eines der beiden genannten Bundesländer mit großer Wahrscheinlichkeit als Anschlagziel in Betracht kam.

Allerdings dürften auch die **gegen ein Eingreifen nach § 58a Abs. 2 AufenthG** sprechenden Gründe nicht außer Acht gelassen werden: Zunächst muss die Ausübung solcher Befugnisse der Bundesbehörden vor dem Hintergrund der Art. 83, 84 GG betrachtet werden, die einem leichtfertigen Gebrauch durch den Bund grundsätzlich entgegen steht. Zudem standen – insbesondere im Hinblick auf § 58a Abs. 2 AufenthG – im Jahr 2016 noch nicht endgültig geklärte Rechtmäßigkeitsfragen im Raum. Obwohl sich die gegen § 58a AufenthG insgesamt und gegen § 58a Abs. 2 AufenthG im Besonderen vorgebrachten Einwände letztlich nicht durchgreifen, wird das Bestehen einer nachdrücklich von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift ausgehende Rechtsauffassung im ausländerrechtlichen Schrifttum nicht dazu angetan gewesen sein, das BMI zum Eingreifen nach § 58a Abs. 2 AufenthG zu ermuntern. Es bleibt trotz dieser **rechtlich-administrativen Unsicherheiten** festzuhalten, dass auch nach damaliger Rechtslage ein Eintritt des BMI möglich und – aufgrund der konkreten Gegebenheiten – geboten war. Weitgehende Rechtsklarheit wurde freilich erst im Jahr 2017 durch eine Entscheidung des BVerfG erlangt.

### **Themenbereich 3:** „Verhängung von Abschiebungshaft nach § 62 AufenthG“

Vielfach ist im Zusammenhang mit der Vermeidung des Anschlags vom Breitscheidplatz auf die Möglichkeit verwiesen worden, die zuständigen Behörden – ggf. auch die Bundesbehörden – hätten andere Maßnahmen wie die Abschiebungshaft verhängen können. Im Rückblick bestehen wenig Zweifel, dass die Anordnung von Abschiebungshaft in der Form der Sicherheitshaft eine effektive Möglichkeit zur Abwehr der von einem abgelehnten Asylbewerber wie Anis Amri potenziell ausgehenden Gefahr gewesen wäre. Diese hätte – unter strengen Anforderungen – ggf. auch das BMI nach Art. 74 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG anordnen können. Indessen werden die Voraussetzungen für die Sicherheitshaft nach § 62 Abs. 3 und Abs. 4 AufenthG von den Gerichten unter der letztinstanzlichen Kontrolle des BGH streng gehandhabt. Insgesamt sind die Regelungen des § 62 AufenthG an **rechtstaatlichen Maßstäben** orientiert, nach denen Haft als eine Maßnahme mit *ultima ratio*-Charakter angesehen wird und deren Voraussetzungen in jedem Fall nachgewiesen werden müssen. Auch wenn sich im Jahr 2017 – vielleicht auch unter dem Eindruck des Anschlags vom 19. Dezember 2017 – eine gewisse Lockerung bei der Frage der Abschiebungshaft abzuzeichnen scheint (vgl. BGH v. 21.12.2017, V ZB 249/17 – juris), werden doch rechtstaatliche Anforderungen immer für die Entscheidung maßgeblich sein müssen. Das ist in jedem Staat selbstverständlich, der auf den Fundamenten des Rechts errichtet wurde und der den Grundrechts- und Menschenrechtsschutz ernst nimmt. Daher müssen die im Nachgang des Anschlags von 19. Dezember 2016 von mancher Seite geweckten Hoffnungen enttäuscht werden, dass fortan rechtsstaatliche Garantien und verfassungsrechtliche Grundsätze abgebaut oder außer Acht gelassen würden. Darin läge nicht nur ein (Neben)Erfolg terroristischer Attentäter, die das freiheitliche und rechtsstaatliche Gemeinwesen der Bundesrepublik Deutschland zu erschüttern suchen. Es würden damit auch viele bestraft, die den Schutz des Rechts benötigen und nicht aus bloßen Verdachtsgründen bestraft werden sollten. Eine wesentliche Handlungsmöglichkeit besteht indessen: Der Gesetzgeber könnte die einschlägigen Vorschriften auch des **AufenthG vereinfachen und allzu detaillierte Regelungsgefüge reduzieren**. Komplexe Normierungen mit Ausnahmen und Gegenausnahmen, mit Einschränkungen und Erweiterungen erschweren nicht nur die Rechtsanwendung durch Verwaltungsbehörden und Gerichte, sie führen letztlich auch zu einem Rechtskörper, der nicht nur der Bevölkerung vollends undurchdringlich erscheint, sondern vor allem von nach Deutschland kommenden Ausländern, die diesen Regelungen mit so gravierenden Folgen unterworfen sind, als eine besonders undurchschaubare Eigentümlichkeit der Bundesrepublik wahrgenommen werden.

**Schlussbemerkung:**

Das Verhältnis der Bundesbehörden zu den Behörden der Länder ist im Aufenthalts- und Asylrecht **nicht nur komplex**, sondern es ist auch zwischen **beiden Bereichen zu differenzieren**.

Der Vollzug des Asylrechts obliegt nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG dem Bund der durch das BAMF tätig wird. Zwar untersteht dieses der **Rechts- und Fachaufsicht des BMI**, indessen lassen sich im Hinblick auf das Asylverfahren im Fall Amri keine gravierenden Mängel feststellen. Es ist also weder von einem Aufsichts- noch von einem Kontrollversagen des Bundes in diesem Bereich auszugehen. Auf die mit der **Zuständigkeitsübergabe nach Ablehnung des Asylantrags** verbundenen Schwierigkeiten ist bereits hingewiesen worden. Allerdings ist auch klar zu stellen, dass im Fall Amri aus der Übergabe der Zuständigkeit vom BAMF an die Ausländerbehörden keine erkennbaren Vollzugsfehler resultierten. Es sind vielleicht in erster Linie **gesetzgeberische oder systematische Unzulänglichkeiten im Asylrecht**, die in einer Vielzahl von Fällen dazu führen, dass auch viele abgelehnte Asylbewerber in der Bundesrepublik verbleiben, ohne dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergriffen werden könnten. Da die Probleme fehlender Passpapiere sowie fehlender Kooperations- und Rücknahmebereitschaft der Herkunftsländer schon seit einiger Zeit bestehen, erscheint es jedenfalls nicht sehr wahrscheinlich, dass hier größere Fortschritte in kurzer Zeit möglich wären. Vielleicht helfen Best-Practice-Vergleiche mit Staaten, die in diesen Bereichen größere Erfolge verzeichnen können.

Im Aufenthaltsrecht erfolgt der Vollzug von Bundesrecht grundsätzlich durch die Länder (Art. 83, 84 GG). Zwar bestehen hierbei Aufsichtsrechte des Bundes – namentlich der Bundesregierung durch das BMI –, das in den **Art. 83 und 84 GG ausgestaltete föderale Gefüge** ist aber von der gegenseitigen Achtung verfassungsrechtlich zugewiesener Aufgaben geprägt. Eingriffe in die Befugnisse der Länder sind dem Bund im Rahmen von Art. 83 und 84 GG nur bei Bestehen **gravierender Vollzugsdefizite** möglich und sind mit **größtmöglicher Rücksichtnahme** auszuführen. Die Aufsichtsbefugnisse nach Art. 84 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 GG bestehen zwar, kommen aber im Grunde nur bei gravierend obstruktivem Verhalten einzelner Länder in Betracht.

Das föderale Gefüge des Grundgesetzes und insbesondere die Länderverwaltung unter Bundesaufsicht sieht keine Über- oder Unterordnung zwischen Bund und Ländern vor. Der Bund übt auch keinesfalls Rechts- oder Fachaufsicht über die Länder oder über Länderbehörden aus. Grundsätzlich kann der Bund den Ländern im Rahmen des Gesetzesvollzugs nach Art. 83, 84 GG auch **keine Weisungen erteilen**. Dies ist nur im engen Rahmen von Art. 84 Abs. 5 GG möglich und selbst dann ergehen Einzelweisungen grundsätzlich an die zuständigen obersten Landesbehörden.

Auch wenn der Untersuchungsausschuss des Bundestages, wie die Untersuchungsausschüsse in Nordrhein-Westfalen und Berlin, zu dem Ergebnis gelangt, dass es zu einzelnen Fehlern beim Vollzug des AufenthG gekommen ist und den jeweiligen Landesbehörden auch solche Fehler zur Last gelegt werden können, erreichen diese – nach dem bisherigen Informationsstand – nicht den Grad, der ein Eingreifen der Bundesregierung im Rahmen von Art. 84 GG möglich oder notwendig gemacht hätte. Es mag so sein, dass durch den bekannten Verfassungsgrundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ (Art. 31 GG) der Eindruck einer Höherrangigkeit der Bundesebene begründet wird. Die föderale Ordnung des Grundgesetzes sieht den Bund jedoch grundsätzlich nicht als den Ländern übergeordnet an. Selbst in der – im Vergleich zum Gesetzesvollzug nach Art. 83, 84 GG – weiterreichenden Bundesauftragsverwaltung (Art. 86 GG) muss sich der Bund nach der Rechtsprechung des BVerfG vor der Erteilung von Einzelweisungen zunächst um andere Formen der Kooperation und Durchsetzung bemühen.

Zwar müssen auch die im (einfachgesetzlichen) Aufenthaltsrecht eingeräumten Eingriffsbefugnisse vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Konzeption des Art. 83, 84 GG betrachtet werden. Dennoch bieten § 74 Abs. 2 AufenthG und vor allem § 58a AufenthG den Bundesbehörden, insbesondere dem BMI, **verschiedene Eingriffsbefugnisse**. Bei der Anordnung von Abschiebungshaft nach § 74 Abs. 2 i.V.m. § 62 AufenthG ist jedoch zu berücksichtigen, dass die *nach* dem Anschlag vom Breidscheidplatz zusammengetragenen Informationen in dieser Fülle und Vollständigkeit *vor* dem 19. Dezember 2016 nicht vorlagen. Wenn es also zu einer gerichtlichen Überprüfung einer Anordnung nach § 74 Abs. 2 i.V.m. § 62 AufenthG gekommen wäre, hätten dem zuständigen Zivilgericht substantielle und belastbare Belege vorgelegt werden müssen, die die Rechtmäßigkeit der Anordnung hätten belegen müssen. Die Benutzung von Fernbussen zu Reisen im Bundesgebiet, verschiedene laufende Ermittlungsverfahren wegen Betäubungsmittel-Delikten ohne rechtskräftige Verurteilungen oder die mehrmalige Behandlung im GTAZ hätten zwar einen indiziellen Eindruck vermitteln können, es hätten aber in jedem Fall stichhaltige Beweise für die eminente Gefährlichkeit erbracht werden müssen. Aus der *ex post-Perspektive* ergibt sich im Hinblick auf Anis Amri zwar ein klares und stringentes Bild, das in der Nachbetrachtung geradezu zwangsläufig auf die Begehung eines terroristischen Anschlags zuzulaufen scheint. Vor der Tatbegehung war dies – nach Einschätzung der damit befassten Behörden – aber offenbar nicht so klar. Nun ist es verständlich, dass die deutschen Gerichte *nach* dem Anschlag vom 19. Dezember 2016 sich nicht nachsagen lassen wollen, ihre restriktive Rechtsprechungspraxis habe es verhindert, dass Anis Amri *vor* dem Anschlag in Haft genommen worden wäre. Allerdings muss hervorgehoben werden, dass Gerichte bei ihren Entscheidungen über Abschiebungshaft oder ähnliche aufenthaltsrechtliche Maßnahmen immer an das geltende Recht gebunden sind. Wenn in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 62 AufenthG über die

Abschiebungshaft in Abs. 1 zunächst klarstellt, in welchen Fällen Abschiebungshaft *unzulässig* ist, hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass Abschiebungshaft keineswegs als Mittel erster Wahl anzusehen ist. Tatsächlich stellt sie sogar das Mittel letzter oder zumindest nachrangiger Wahl dar, denn sie ist im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur zulässig, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht. Dass im Fall Amri – im Nachhinein – die außerordentliche Inanspruchnahme von § 58a Abs. 2 AufenthG durch das BMI aus verschiedenen Gründen nahe gelegen hätte, ist bereits ausführlich begründet worden. Jedoch läuft auch diese Einschätzung Gefahr, aus der klügeren Einsicht des Nachher weitreichende Schlüsse auf das Vorher zu ziehen.

Letztlich richten sich viele der nachträglichen Überlegungen darauf, dass der Rechtsstaat sich mit terroristischen Bedrohungen erfahrungsgemäß schwer tut. Vielleicht kann dies auch gar nicht anders sein, da präventive Verbrechensbekämpfung engen rechtlichen Grenzen unterliegt. Dennoch erscheinen aus der *ex post*-Perspektive die Beweisanforderungen vielfach zu hoch und die mit der Entscheidung des Falles befassten Behörden in der Nachbetrachtung zu nachlässig. Aus einer rechtlichen, um nicht zu sagen **rechtstaatlichen Perspektive** darf eine terroristische Bedrohung aber auch nicht dazu führen, wesentliche Errungenschaften des Verfassungsstaates – von der Unschuldsvermutung im Strafverfahren über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bis hin zur Wahrung und Akzeptanz internationaler Menschenrechte – auf dem Altar der Terrorismusabwehr zu opfern. Dabei käme zu kurz, dass die rechtsstaatlichen Gewährleistungen, die Grundrechte und das föderale Gefüge ihren Beitrag leisten, um andere, beispielsweise totalitäre Gefahren für den Einzelnen und den Verfassungsstaat abzuwehren. Da selbst in Diktaturen, die keine Verhältnismäßigkeit außer der Willkür des Unterdrückers kennen, Attentate und terroristische Akte verübt werden, würde eine durchgreifende Umgestaltung des Aufenthalts- und Asylrechts im Hinblick auf die Gefährdung durch Terroristen wie Anis Amri zum Verlust wesentlicher Grundsätze des Rechtsstaats führen, terroristische Verbrechen aber dennoch kaum je vollständig verhindern. Stattdessen sind Gesetzgeber und gesetzesausführende Behörden gehalten, die aufenthalts- und asylrechtlichen Verfahren substanziell zu vereinfachen, die interne Kommunikation zwischen den mit Schutzsuchenden und abgelehnten Asylbewerbern betroffenen Behörden des Bundes und der Länder durch Angleichung technischer Standards zu erleichtern und im internationalen Austausch mit anderen Staaten Verbesserungsanregungen zu erhalten und diese ohne größeren verfahrensrechtlichen Aufwand umzusetzen.



Konstanz, den 18. April 2018