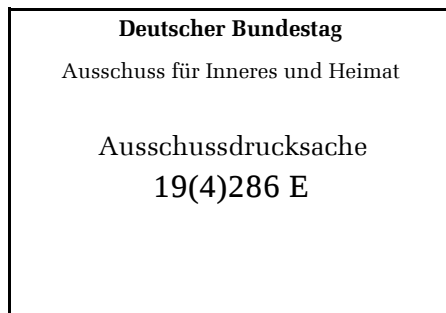
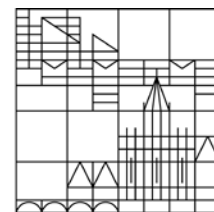




Universität
Konstanz



Professor Dr. Marcel Kau, LL.M.
(Georgetown)
Fachbereich Rechtswissenschaft
Fach 116
D-78457 Konstanz
Fon: +49-7531-88-3634
Fax: +49-7531-88-3146

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestags

am 3.6.2019

**a) „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung
der Ausreisepflicht“ BT-Drs. 19/10047**

sowie dem

**b) Antrag aus der BT-Drs. 19/9924 (FDP) für einen konsequen-
ten Ansatz in der Einwanderungspolitik**

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

Vorbemerkung:	2
Themenbereich 1: Sicherheits-, Vorbereitungs- und Mitwirkungshaft als Mittel zur Durchsetzung der Ausreisepflicht	3
Themenbereich 2: Ausgestaltung der Abschiebungshaft.....	9
Themenbereich 3: Duldung für „Personen mit ungeklärter Identität“	13
Themenbereich 4: „Antrag nach BT-Drs. 19/9924 (FDP)“.....	14

Vorbemerkung:

Der vorliegende Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 10.5.2019 (BT-Drs. 19/10047) geht von der Prämisse aus, dass die Rückkehr derjenigen Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr über ein rechtlich begründetes Bleiberecht verfügen, bisher „noch nicht so effektiv“ betrieben werden konnte, wie das im Sinne einer durchgreifenden Migrationspolitik für erforderlich gehalten wird (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 1 und 23). Diese Prämisse ist zutreffend, denn wenn insgesamt zwei grundlegende migrationsrechtliche Kategorien unterschieden werden – das Innehaben eines „Aufenthalts- und Bleiberechts“ sowie das Fehlen eines „Aufenthalts- und Bleiberechts“ – kann eine auf dieser Unterscheidung beruhende Migrationspolitik nur glaubwürdig und legitimiert sein, wenn beide Situationen *unterschiedliche* Konsequenzen nach sich ziehen.

Dies bedeutet, dass aus gesetzeslogischen Gründen das Fehlen eines „Aufenthalts- und Bleiberechts“ dazu führen muss, dass der Aufenthalt von ausreisepflichtigen Personen auch tatsächlich beendet wird. Dieser grundlegende Gedanke findet sich nicht zuletzt auch in den unionsrechtlichen Vorgaben der sog. „Rückführungsrichtlinie“ 2008/115/EG (ABl. EG 2008, L 348, S. 98 ff.). Nach der Rückführungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet, „gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung“ zu erlassen (Art. 6 Abs. 1) sowie „alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung [dieser] Rückkehrentscheidungen“ zu ergreifen (Art. 8 Abs. 1). Insbesondere auf die aus Art. 8 der Rückführungsrichtlinie resultierende Verpflichtung wird in den Materialien der Bundesregierung zum vorliegenden Gesetzesentwurf Bezug genommen (z.B. BT-Drs. 19/10047, S. 23). Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass eine Effektivitätssteigerung bei der Durchsetzung der Ausreisepflicht nicht bloß eine administrative Möglichkeit darstellt, die ins Belieben von Gesetzgebung und Verwaltung gestellt ist, sondern dass es sich dabei neben der Verpflichtung zur Widerspruchsfreiheit des Aufenthaltsrechts um eine unmittelbar aus dem sekundären Unionsrecht resultierende Verpflichtung deutscher Verwaltungsstellen beim Vollzug des Europarechts handelt.

Diese Verpflichtung besteht insbesondere deshalb, weil sich nach den Migrationsereignissen der Jahre 2015 bis 2017 eine substantielle Anzahl ausreisepflichtiger Drittstaatsangehöriger auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindet. Nach dem Migrationsbericht der Bundesregierung haben in den Jahren 2015 bis 2017 insgesamt etwa 1.350.000 Menschen in Deutschland Schutz gesucht (Migrationsbericht 2016/2017, S. 6). Der Gesetzesentwurf verweist zudem darauf, dass allein 2018 wiederum rund 162.000 Erstanträge auf Asyl gestellt worden sind, so dass es absehbar zu einem weiteren Anwachsen der Zahl vollziehbar Ausreisepflichtiger kommen wird (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 23). Ebenfalls sind die derzeit anhängigen etwa 556.000 Widerspruchsverfahren zu berücksichtigen (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 2). Nach Medienberichten sollen

im Ausländerzentralregister (AZR) etwa 235.000 Personen als vollstreckbar ausreisepflichtig geführt werden (Stichtag 30.6.2018), von denen wiederum etwa drei Viertel über eine Duldung i.S. von § 60a AufenthG verfügen sollen (Quelle: Mediendienst Integration, www.mediendienst-integration.de, zuletzt: 31.5.2019).

Vor diesem rechtlichen und tatsächlichen Hintergrund unternimmt die Bundesregierung – bereits zum zweiten Mal – den Versuch, das bestehende rechtliche Instrumentarium des Aufenthaltsrechts im Hinblick auf eine „bessere Durchsetzung der Ausreisepflicht“ nach § 50 AufenthG unter Berücksichtigung der in der Vollzugspraxis zwischenzeitlich gesammelten Erfahrungen effektiver zu gestalten (z.B. BT-Drs. 19/10047, S. 35 „Zu Nummer 19“ und S. 41 „Zu Buchstabe e“).

Themenbereich 1: „Sicherheits-, Vorbereitungs- und Mitwirkungshaft als Mittel zur Durchsetzung der Ausreisepflicht“

(1) Der erste Schwerpunkt des vorliegenden Gesetzesentwurfs liegt „im Bereich der die Abschiebungshaft und den Ausreisegewahrsam regelnden Vorschriften“ der §§ 62, 62a sowie 62b AufenthG (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 23 sowie 38 ff.). Das strukturelle Problem des Aufenthaltsrechts liegt im Besonderen darin, dass sein verwaltungsrechtlicher Vollzug in hohem Maße von der **Mitwirkung der Betroffenen** abhängt. Anders jedoch als in den meisten anderen Rechtsgebieten, in denen sich eine unterbliebene Mitwirkung regelmäßig zulasten der Betroffenen auswirkt, ist dies im Aufenthaltsrecht typischerweise nicht der Fall. Zwar mag ein unterbliebener Vortrag im vorangegangenen Asylverfahren dazu geführt haben, dass asylrechtliche oder humanitäre Aufenthaltstitel verweigert wurden. Unzutreffende, irreführende oder nicht näher verifizierbare Angaben haben jedoch im Hinblick auf die sich daran üblicherweise anschließenden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen – insbesondere auf den Vollzug der Abschiebung – zur Folge, dass das bestehende rechtliche Instrumentarium weitgehend leerläuft oder zumindest weit weniger effektiv angewendet werden kann, als dies dem ursprünglichen Zweck der Regelungen entspricht. Dies liegt vor allem daran, dass es bisher vielfach an **effektiven Sanktionen fehlt**, um die Erfüllung der verschiedenen Mitwirkungspflichten, z.B. nach § 48 oder § 82 AufenthG, durchzusetzen. Vor allem scheitert die ultimative Sanktion für ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige – der Vollzug der Abschiebung – häufig an der fehlenden Mitwirkung des Betroffenen. Allerdings besteht für einen ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen bei Lichte betrachtet bislang kaum ein rechtlicher oder tatsächlicher Anreiz, um an der Ermöglichung seiner eigenen Abschiebung mitzuwirken. Allein die seinem Verbleibinteresse zuwiderlaufenden Rechtstreue könn-

te ihn zur Mitwirkung veranlassen. In Ermangelung substanzieller Sanktionsmöglichkeiten spricht sein Verbleibinteresse aber regelmäßig gegen eine effektive Mitwirkung.

Aufgrund dieser verfahrensrechtlichen Gegebenheiten werden Fehlanreize gesetzt, in deren Verlauf beispielsweise abgelehnte Asylbewerber in nicht geringer Zahl die Mitwirkung an der Beschaffung von Passersatzpapieren verweigern, ihre tatsächliche Staatsangehörigkeit verschleiern, Vorstellungstermine in ausländischen Botschaften oder Konsulaten boykottieren und bei vorher angesetzten Vorführ- oder Abschiebungsterminen nicht an ihrem Wohnsitz anzutreffen sind. In manchen Fällen wird auch durch Aufenthaltsverlagerungen oder durch vollständiges „Unter-tauchen“ die Anwendung des bislang verfügbaren gesetzlichen Instrumentariums zur Aufenthaltsbeendigung unterlaufen.

Die als Sanktionsmöglichkeit verfügbare **Abschiebungshaft nach § 62 AufenthG** hat sich vor dem Hintergrund der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 104 und Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG bislang nur in Ausnahmefällen als effektives Mittel erwiesen (vgl. BVerfG 104, 220, 235 f.; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 104, Rdnr. 24 u. 38 ff.). Aufgrund der von Vorschriften des Grundgesetzes ausgehenden Prägung von Freiheitsentziehungen und Freiheitsbeschränkungen sind bei der Ausgestaltung der Abschiebungshaft und ähnlicher Institute verfassungsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen, soweit sie nicht – wie es im Abschiebungsrecht vielfach durch die Vorschriften der RL 2008/115/EG geschieht – von unionsrechtlichen Bestimmungen überlagert werden.

(2) Zunächst ist hervorzuheben, dass durch den vorliegenden Gesetzesentwurf die **generelle Struktur der §§ 62 ff. AufenthG** weitgehend erhalten bleibt. So beginnt auch der neue § 62 AufenthG damit, festzustellen, dass Abschiebungshaft grundsätzlich unzulässig ist, wenn mildere Mittel verfügbar sind. Dies gilt unverändert, auch wenn der Verweis auf ein „ebenfalls ausreichendes anderes“ Mittel gestrichen wird (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 13 und S. 38 „Zu Nummer 21“). Tatsächlich handelt es sich nach der Entwurfsbegründung bei dieser Änderung nur um eine redaktionelle Anpassung, der „kein [eigener] Mehrwert“ zukommen soll. Der Wirksamkeitsbezug der Abschiebungshaft im Hinblick auf den Vollzug einer Abschiebung ergibt sich hingegen unverändert aus § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Damit wird die wesentliche und zentrale Anforderung an die Abschiebungshaft beibehalten, dass sie nicht dazu verwendet werden darf, eine aus anderen Gründen bereits unmögliche Abschiebung zu erleichtern. Dies ergibt sich insbesondere aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BVerfG v. 12.11.1999, DVBl. 2000, 69; zur einschlägigen BGH-Rspr. vgl. auch *Drews*, NVwZ 2013, 256 ff.; *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl. 2017, Rdnr. 1195). Abschiebungshaft ist damit auch nach dem Regierungsentwurf vom 10.5.2019 keine Straf- oder Sanktionsmaßnahme, sondern dient in den

Erscheinungsformen der Vorbereitungs- und Sicherungshaft der Ermöglichung einer auch ansonsten vollziehbaren Abschiebung.

(3) Wie bisher stellt die **Vorbereitungshaft** eine besondere Erscheinungsform der Abschiebungshaft dar, die die Abschiebung durch Inhaftnahme im Vorfeld ermöglichen soll. Die im Gesetzesentwurf vorgesehene Ausweitung auf Fälle, in denen eine Anordnung nach § 58a AufenthG noch ergehen kann, ist mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar. Denn während § 62 Abs. 2 und Abs. 3 AufenthG in ihrer bisherigen Fassung darauf abstellen, dass eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG durch einen Landesinnenminister (bzw. -senator) oder den Bundesinnenminister *bereits ergangen sein muss*, kann diese nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf bei der Anordnung von Vorbereitungshaft auch antizipiert werden. Hierdurch soll im Hinblick auf die von § 58a AufenthG erfassten Ausnahmefälle zunächst eine Inhaftnahme ermöglicht und danach erst über eine etwaige Abschiebungsanordnung entschieden werden. Da die Fälle des § 58a AufenthG auf die „Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr“ gerichtet sind, wird damit – auf der Grundlage einer auf „Tatsachen gestützten Prognose“ – der präventive Charakter der Norm ausgeweitet. Wenn nach Einschätzung der anordnenden Behörden eine Anwendung des § 58a AufenthG beispielsweise naheliegend oder angebracht erscheint, ist es ungeachtet des Ausnahmecharakters der Vorschrift verhältnismäßig eine antizipierte Vorbereitungshaft anzuordnen. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die die Prognose-Entscheidung stützenden Tatsachen, die eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG „hinreichend sicher bevorstehen lassen“, dem zuständigen Richter mit dem Antrag auf Anordnung der Vorbereitungshaft mitgeteilt werden müssen. Diese Ergänzung von § 62 Abs. 2 AufenthG ist ersichtlich auf Fälle wie den des Attentäters vom Breitscheidplatz, Anis Amri, gerichtet. Dieser wurde wenige Tage vor Tatbegehung zwar kurzzeitig in Haft genommen, da jedoch noch keine Anordnung nach § 58a AufenthG vorlag bzw. offen war, ob es hierzu überhaupt kommen würde, konnte eine Vorbereitungshaft nicht angeordnet werden.

(4) Die gravierendsten Änderungen im Hinblick auf die Abschiebungshaft liegen in der Ersetzung des bisherigen § 62 Abs. 3 AufenthG durch die **neuen Absätze 3, 3a und 3b** (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 13 ff. und 39 ff.). Dabei wird in Abs. 3 als wesentlicher neuer Grund für die Anordnung von Sicherungshaft zur Sicherstellung der Abschiebung vor allem die „**Fluchtgefahr**“ aufgenommen worden, die sich gleichfalls in Art. 15 Abs. 1 Buchst. 1 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG findet. Art. 15 steht dabei in unmittelbarem Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 7 der Rückführungsrichtlinie, der „Fluchtgefahr“ als das „Vorliegen von Gründen im Einzelfall“ definiert, „die auf objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass

geben, dass sich Drittstaatsangehörige einem Rückkehrverfahren durch Flucht entziehen könnten“. Insofern muss der in den Gesetzesmaterialien vorgesehene Verweis auf Art. 15 der Rückführungsrichtlinie im systematischen Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 7 der Rückführungsrichtlinie gesehen werden, in dem das Unionsrecht konkrete inhaltliche Vorgaben für die Annahme einer „Fluchtgefahr“ fordert, die dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht nur Grenzen setzen, sondern die von diesem erlassenen Bestimmungen auch der Kontrolle des EuGH unterstellt (vgl. *Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 15 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 32; *Acosta*, in: Peers u.a. (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, Bd. 1, 2012, 502).

In jedem Fall ist anerkannt, dass für das Vorliegen einer „Fluchtgefahr“ im Sinne des Unionsrechts ein illegaler Aufenthalt allein nicht ausreicht (z.B. *Schieffer*, in: Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 2012, Art. 3, Rdnr. 10). Mit Blick auf die in § 62 Abs. 3a AufenthG genannten Gründe für die Annahme einer Fluchtgefahr kann jedoch davon ausgegangen werden, dass damit unter den sechs Ziffern des Abs. 3a und den sieben Ziffern des Abs. 3b konkrete Fälle genannt werden, die nach „objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien“ bestimmt sind und zu der Annahme einer möglichen Flucht Anlass geben. Ihre besondere verfahrensrechtliche Bedeutung erhält die in Abs. 3a und Abs. 3b zum Ausdruck kommende Systematik dadurch, dass in den Fällen des Abs. 3a jeweils eine **„widerlegliche Vermutung“** für das Vorliegen einer Fluchtgefahr aufgestellt wird, während in Abs. 3b lediglich **„konkrete Anhaltspunkte“** hierfür genannt werden. Auch diese Vorgaben sind mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Verfahrensrechtlich ist die „widerlegliche Vermutung“ zwar das weitaus schärfere Schwert, da es in diesen Fällen zu einer Beweislastumkehr kommt, nach der der Drittstaatsangehörige nachweisen muss, dass er beispielsweise *nicht* über seine Identität getäuscht (Ziff. 1), *nicht* unentschuldig der Durchführung einer Anhörung oder ärztlichen Untersuchung ferngeblieben ist (Ziff. 2) oder trotz Ablauf der Aufenthaltsfrist *nicht* seinen Aufenthaltsort gewechselt hat (Ziff. 3). Da die Tatsachen, die für die widerlegliche Vermutung eines Fluchtgrundes vorliegen müssen, alle in der **persönlichen Sphäre des Drittstaatsangehörigen** liegen, ist die hiermit einhergehende Umkehrung der Beweislast sachgerecht und im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass – wie nach Abs. 3 Satz 3 – dem Betroffenen in allen einzeln aufgeführten Fällen die tatsächliche Möglichkeit zum Gegenbeweis und einer damit einhergehenden Exkulpierung eröffnet ist; die Vermutung des Abs. 3a ist ausdrücklich als widerleglich ausgestaltet worden. Die Differenzierung zwischen Abs. 3a und Abs. 3b rechtfertigt sich schließlich dadurch, dass die in Abs. 3b genannten „konkreten Anhaltspunkte“ zwar ebenfalls zur Anordnung der Abschiebungshaft in Form der Sicherungshaft beitragen können, jedoch im Vergleich zu den unter Abs. 3a genannten Fällen weniger schwerwiegend sind. Ebenso wie in der Definition des Art. 3 Abs. 7 der

Rückführungsrichtlinie ist aus der Formulierung der Abs. 3a und 3b sowie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass stets eine „einzelfallbezogene Prüfung unter Einbeziehung sämtlicher Umstände vorzunehmen“ ist (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 39).

(5) Aufgrund von § 62 Abs. 6 AufenthG wird durch die **Mitwirkungshaft** eine neue Form der Abschiebungshaft geschaffen, die verfahrensmäßig früher ansetzt als die bislang bestehenden Formen der Vorbereitungs- und Sicherungshaft. Diese Anordnungsmöglichkeit steht ihrerseits im Einklang mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben.

Durch die Einführung der Mitwirkungshaft im Gesetzesentwurf vom 10.5.2019 wird ein klassisches Dilemma des Abschiebungsrechts aufgegriffen: Angesichts der vom BVerfG aufgestellten Anforderungen konnte Abschiebungshaft in ihrer bisherigen Form nur angeordnet werden, wenn *alle anderen* Abschiebungsvoraussetzungen bereits erfüllt waren (vgl. BVerfG v. 12.11.1999, DVBl. 2000, 69). Solange der betreffende Drittstaatsangehörige jedoch beispielsweise noch nicht über einen Pass oder Passersatzpapiere verfügte, bestand regelmäßig keine Möglichkeit zur Inhaftnahme. Zwar verpflichtet § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG die betreffenden Personen zur Mitwirkung in Form des persönlichen Erscheinens bei einer Behörde oder einer Vertretung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie vermutlich besitzt, bzw. zum Erscheinen zwecks ärztlicher Untersuchung zur Feststellung ihrer Reisefähigkeit. Entzog sich der Betroffene dieser Mitwirkungspflicht jedoch, bot das Aufenthaltsrecht bislang keine effektive Sanktion, um diese Verpflichtungen durchzusetzen. Insbesondere für die Anordnung von Abschiebungshaft bestand in diesen Fällen keine Grundlage. Nach § 62 Abs. 6 AufenthG kann für die „Dauer von längstens 14 Tagen“ eine kurzfristige Mitwirkungshaft angeordnet werden, wenn der betreffende Drittstaatsangehörige einer erstmaligen richterlichen Anordnung der Mitwirkung bzw. einer Anordnung nach § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG „unentschuldigt ferngeblieben ist“.

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen werden im Fall des § 62 Abs. 6 AufenthG von den Vorgaben des Art. 15 Abs. 1 Buchst. b der RL 2008/115/EG überlagert. Dort ist vorgesehen, dass eine Inhaftnahme zulässig ist, wenn Drittstaatsangehörige „die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren *umgehen* oder *behindern*“ (Hervorhebungen v. Verf.). Wie aus dem Schrifttum zu entnehmen ist, bezieht sich „umgehen“ i.S. von Art. 15 Abs. 1 Buchst. b der RL 2008/115/EG insbesondere auf ein Nichterscheinen vor den zuständigen Behörden oder Stellen (vgl. *Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 15 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 36). Damit ermöglicht es die Vorschrift, Druck auf kooperationsunwillige Drittstaatsangehörige auszuüben, um diese zur Kooperation mit den Behörden zu bewegen (vgl. *Schieffer*, in: Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 2012, Art. 10, Rdnr. 6 „*Para. 1 lit. b) covers in particular situations where third-country nationals are*

not cooperating with the competent authorities ... In such cases, [it] allows for detention to be ordered to exert pressure on the person concerned.”).

Davon sind im verfahrensrechtlichen Kontext vor allem auch Maßnahmen zur Pass- oder Passersatzbeschaffung bzw. das Erscheinen zu ärztlichen Untersuchungen umfasst, wie sie nun in § 62 Abs. 6 AufenthG genannt werden. Aus dem systematischen Zusammenhang mit der in Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der RL 2008/115/EG an erster Stelle genannten „Fluchtgefahr“ bestätigt sich, dass auch Maßnahmen im Vorfeld von unmittelbaren Abschiebungsmaßnahmen im „Zeitausschnitt vor einer möglichen Sicherungshaft“ durch Inhaftnahme durchgesetzt werden können (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 42). Anders als bei Vorbereitungs- und Sicherungshaft ist es bei der Mitwirkungshaft nach § 62 Abs. 6 AufenthG nicht erforderlich, dass eine Abschiebung bereits unmittelbar möglich ist, da es gerade darum geht, die dafür bislang fehlenden Voraussetzungen zu schaffen. Dennoch hebt die Entwurfsbegründung zutreffend hervor, dass durch die mit der Mitwirkungshaft ermöglichten Maßnahmen – ggf. ergänzt um weitere Vorbereitungsmaßnahmen – jedenfalls „hinreichende Aussicht auf Abschiebung bestehen“ muss (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 42). Dieser Hinweis zeigt, dass auch bei der Mitwirkungshaft der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in ausreichenden Umfang berücksichtigt worden ist, wie auch bei einem entschuldigtem Fernbleiben i.S. von § 62 Abs. 6 AufenthG eine Exkulpationsmöglichkeit besteht und eine Mitwirkungshaft grundsätzlich nur möglich ist, wenn „zuvor auf die Möglichkeit einer Inhaftnahme“ zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten hingewiesen wurde. Insgesamt ist aus der normativen Struktur zu entnehmen, dass bei einer erstmaligen Mitwirkungsaufforderung unmittelbar noch keine Mitwirkungshaft angeordnet werden kann, so dass sich diese nicht zu einer regelmäßigen angeordneten „Routinemaßnahme“ entwickelt (vgl. § 62 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG). In der Praxis dürfte bereits das Wissen um die Möglichkeit der Behörden zur Anordnung einer Mitwirkungshaft ihre Wirkung vielfach nicht verfehlen und die Mitwirkungsbereitschaft substantiell erhöhen.

Auch die **Dauer der Mitwirkungshaft** von nicht verlängerbaren 14 Tagen (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 42) ist mit den unionsrechtlichen Vorgaben vollauf vereinbar. Sind es doch gerade Fälle „mangelnder Kooperation“ i.S. von Art. 15 Abs. 6 Buchst. a der RL 2008/115/EG, die sogar eine Verlängerung der rückkehrbedingten Haft von 6 Monaten um weitere 12 Monate rechtfertigen (vgl. Schieffer, in: Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 2012, Art. 10, Rdnr. 6).

(6) Insgesamt ist im Hinblick auf die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben hervorzuheben, dass die Regeln über die verschiedenen Formen der Abschiebungshaft nach § 62 AufenthG mit Nachdruck auf die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinwirken. So gilt unverändert nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, dass die Abschiebungshaft unzulässig ist, wenn ihr

Zweck durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. In § 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist weiterhin geregelt, dass die „Inhaftnahme ... auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken [ist].“ Nach § 62 Abs. 4 Satz 2 AufenthG kann die Abschiebungshaft nur um 12 Monate verlängert werden, wenn die Abschiebung „aus von dem Ausländer zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden“ konnte. Auch in zahlreichen vorgenannten Regelungen werden verhältnismäßigkeitsrelevante Aspekte genannt, die dazu führen, dass auch nach der im Gesetzesentwurf vom 10.5.2019 vorgesehenen Konzeption die Abschiebungshaft im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angeordnet und vollzogen wird.

Themenbereich 2: „Ausgestaltung der Abschiebungshaft“

(1) Ein wesentlicher und auch früher schon im Zusammenhang mit der Abschiebungshaft umstrittener Aspekt betrifft ihre **konkrete Ausgestaltung**. Ähnlich wie in der bisherigen Fassung von § 62a AufenthG statuiert auch der neue § 62a Abs. 1 AufenthG, dass „Abschiebegefangene ... getrennt von Strafgefangenen unterzubringen“ sind. Allerdings ist darunter ausweislich der Entwurfsbegründung auch zu verstehen, dass diese getrennte Unterbringung zum Teil in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten erfolgen soll (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 42). Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG ist jedoch im Unionsrecht vorgesehen, dass die Unterbringung von ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen grundsätzlich getrennt in **speziellen Abschiebungshafteinrichtungen** stattfinden muss (engl. „specialised detention facilities“) und nicht in herkömmlichen Straf- oder Justizvollzugsanstalten. Der Hintergrund für die Verpflichtung zur getrennten Unterbringung liegt darin, dass das Bestehen einer aufenthaltsrechtlichen Ausreise- oder Mitwirkungspflicht keine Strafbarkeit begründet und ausreise- oder mitwirkungspflichtige Drittstaatsangehörige daher nicht wie Straftäter behandelt oder zusammen mit ihnen untergebracht werden dürfen (vgl. *Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 16 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 4 „*returnees ... who are neither convicted nor suspected of a criminal offence*“).

Dennoch führt die Regelung des § 62a AufenthG nicht zu einem Verstoß gegen das Europarecht. Denn **Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG** eröffnet bereits außerhalb von extremen Notlagen, wie sie in Art. 18 beschrieben werden, etwa für den Fall der Nichtverfügbarkeit spezieller Abschiebungshafteinrichtungen, vorübergehend die Möglichkeit einer organisatorisch getrennten Unterbringung von Abschiebungshäftlingen in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten. Von den Ausnahmen zu Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG kann vorliegend Gebrauch gemacht werden, da durch den zwischen 2015 und 2017 erfolgten Zustrom von Schutzsuchenden

eine spezifische Situation entstanden ist, die u.a. auch zu einer Überlastung der Abschiebungskapazitäten geführt hat. Daher steht die mit § 62a Abs. 1 AufenthG einhergehende Ausgestaltung der Abschiebungshaft unter den besonderen Bedingungen der Gegenwart im Einklang mit dem Unionsrecht. Dies gilt selbst dann, wenn damit keine Unterbringung in speziellen Abschiebungshafteinrichtungen verbunden ist.

Im Verhältnis von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 und Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG ist jedoch nach der Rspr. des EuGH anerkannt, dass Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG **grundsätzlich eng auszulegen** ist (vgl. EuGH v. 17.7.2014, C-473/13 u. C-514/13, Bero u. Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095 Rdnr. 25; EuGH v. 24.4.2012, C-571/10, Kamberaj, ECLI:EU:C:2012:233 Rdnr. 86). Diesen Vorgaben folgt auch der Bundesgerichtshof (BGH), dessen Entscheidungen im Hinblick auf die Anordnung von Abschiebungshaft in Deutschland maßgeblich sind. So hat der BGH schon mehrfach unter Verweis auf Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG Anordnungen der Sicherungshaft als rechtswidrig eingestuft, weil absehbar war, dass diese in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten vollzogen werden sollen (vgl. BGH v. 21.4.2016, V ZB 73/15, juris, Rdnr. 10; BGH v. 25.9.2014, V ZB 194/13, juris, Rdnr. 1; BGH v. 25.7.2014, V ZB 137/14, InfAuslR 2014, 441). Dies gilt selbst in denjenigen Fällen, in denen die Abschiebungshaft in einem von Untersuchungs- und Strafgefangenen getrennten Bereich vollzogen werden soll (s. BGH v. 18.4.2019, III ZR 67/18, juris, Rdnr. 35). Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass insbesondere die jüngeren Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2016 und 2019 keine Rücksicht auf die Situation genommen haben, wie sie durch die Migrationsereignisse der Jahre 2015 bis 2017 entstanden ist.

Dies dürfte sich – soweit die Entscheidungspraxis von Gerichten überhaupt im Voraus eingeschätzt werden kann – jedoch möglicherweise ändern, wenn die Bundesrepublik eine Notlage nach Art. 18 der RL 2008/115/EG erklärt und die EU-Kommission diesen Umstand anerkennt. Tatsächlich sind die in der Entwurfsbegründung zur Unterstützung einer unvorhergesehenen Überlastung des deutschen Asylsystems enthaltenen Hinweise auf die „Situation im Jahr 2015“ und die prioritär angeordnete Versorgung neuankommender Menschen durchweg glaubhaft und hinreichend substantiiert dargelegt (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 43). Sie werden auch von den vorliegenden statistischen Zahlen untermauert, wonach in den Jahren 2015 bis 2017 insgesamt etwa 1.350.000 Personen in Deutschland um Schutz nachgesucht haben und gegenwärtig eine mindestens sechsstellige Zahl von ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige im Bundesgebiet anwesend sind. Dass von diesen eine substantielle Anzahl auch für eine Unterbringung in Abschiebungshaft in Betracht kommt, geht ebenfalls aus den detaillierten Aufstellungen in der Gesetzesbegründung hervor (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 42).

Nach der Auslegung im Schrifttum findet die Ausnahmeregelung des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG vor allem dann Anwendung, wenn unvorhergesehene Höchstzahlen von Abschiebehäftlingen (unforeseen peaks in the number of detainees) ausgelöst durch nicht vorhersehbare Zuströme von Schutzsuchenden zu versorgen sind (vgl. *Mananashvili*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 16 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 6). Hiervon wird man im Hinblick auf die Migrationssituation seit 2015 ausgehen können.

Ob in der gegenwärtigen Situation sogar eine „Notlage“ im Sinne von Art. 18 der Richtlinie 2008/115/EG erreicht wird, die ausnahmsweise eine gemeinsame Unterbringung von Abschiebehäftlingen und Straftätern in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten erlauben würde, könnte eigentlich dahinstehen (z.B. *Lutz*, in: Hailbronner/Thym, EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl., 2016, Art. 18 Return Directive 2008/115/EG, Rdnr. 1). Denn erstens ist in § 62a Abs. 1 Satz 1 AufenthG lediglich von einer getrennten Unterbringung die Rede, so dass selbst in nicht speziellen Abschiebungs-Hafteinrichtungen *keine gemeinsame Unterbringung* mit Strafgefangenen gesetzlich zulässig ist. Zweitens ist – freilich erst mit Geltung ab dem 1. Juli 2022 – nach Art. 6 des Gesetzentwurfs in § 62a Abs. 1 Satz 1 AufenthG (2022) die grundsätzliche Unterbringung von Abschiebungshäftlingen in speziellen Abschiebungs-Hafteinrichtungen vorgesehen. Dennoch ist der Hinweis auf die Möglichkeit des Art. 18 der RL 2008/115/EG mit der Erklärung einer Unterbringungsnotlage bei Abschiebungs-Häftlingen keineswegs überflüssig. Hierdurch wird nicht nur das Bestehen einer außergewöhnlichen Situation mit umfangreichen Kapazitätsüberlastungen außer Streit gestellt, es wird zudem auch die EU-Kommission in den Umgang mit dieser Krisensituation eingebunden. Vor allem wird aber das Risiko erheblich gemindert, dass deutsche Strafgerichte – allen voran der BGH – die Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 der RL 2008/115/EG als nicht erfüllt ansehen und daher die Anordnung von Abschiebungs-Haft in Justizvollzugsanstalten unverändert als rechtswidrig einstufen. Im Ergebnis ist auf der Grundlage von § 62a AufenthG (2019) von einer zulässigen Vollziehung der Abschiebungshaft unter Anwendung der Ausnahmeregelungen des Art. 18 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Satz 2 RL der 2008/115/EG auszugehen.

(2) Nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist hingegen die in Art. 6 des Gesetzentwurfs für den Zeitraum **ab dem 1. Juli 2022** vorgesehene Vorschrift des § 62a Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Darin ist geregelt, dass für den Fall das von einem ausreisepflichtigen Ausländer „eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit“ ausgeht, die Abschiebungshaft – bei getrennter Unterbringung von Abschiebungshäftlingen und Straftätern – **in herkömmlichen Justizvollzugsanstalten** vollzogen werden kann.

Zwar eröffnet Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der RL 2013/33/EU grundsätzlich die Möglichkeit zur Inhaftnahme aus Gründen der „nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung“. Dies sagt jedoch noch nichts über die Ausgestaltung des Haftvollzugs aus. Beide in der Rückführungsrichtlinie ausdrücklich geregelten Ausnahmenvorschriften – Art. 16 Abs. 1 Satz 2 und Art. 18 der RL 2008/115/EG – sehen ein Abweichen von der Grundregelung des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG lediglich dann vor, wenn die Kapazitäten der speziellen Abschiebungs-Hafteinrichtungen infolge eines überraschenden Zustroms von Schutzsuchenden sowie sprunghaft gestiegener Anzahl von Abschiebungshäftlingen nicht ausreichen. Selbst bei Annahme einer Notlage nach Art. 18 der RL 2008/115/EG kommt es nicht auf die vom Drittstaatsangehörigen möglicherweise ausgehende besondere Gefahr an, sondern lediglich auf die „außergewöhnlich große Zahl von Drittstaatsangehörigen“ und die „unvorhergesehene Überlastung der Kapazitäten der Haftenrichtungen“ eines Mitgliedstaates. Sollten gegen Drittstaatsangehörige, von denen eine Gefahr für Leib und Leben Dritter oder für bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit ausgehen, keine strafrechtliche Untersuchungshaft angeordnet werden können, so könnten diese im Einklang mit dem Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht jedoch innerhalb einer speziellen Abschiebungs-Haftenrichtung ihrerseits gesondert untergebracht werden.

Auch eine Bezugnahme auf die Folgen der Migrationsereignisse seit 2015 dürfte im Jahr 2022 ein Abweichen von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der RL 2008/115/EG nicht mehr rechtfertigen. Schon in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2012 und 2014 hat der EuGH zu verstehen gegeben, dass er die Schaffung ausreichender Abschiebungshaft-Kapazitäten in Deutschland damals bereits als überfällig angesehen hat (EuGH v. 17.7.2014, C-473/13 u. C-514/13, Bero u. Bouzalmate, ECLI:EU:C:2014:2095; EuGH v. 24.4.2012, C-571/10, Kamberaj, ECLI:EU:C:2012:233). Vor diesem Hintergrund ist von Seiten des EuGH und der deutschen Strafgerichte mit dem BGH an ihrer Spitze kaum mit Verständnis oder Nachsicht zu rechnen, wenn im Jahr 2022 noch keine ausreichenden Abschiebungshaft-Kapazitäten geschaffen worden sein sollten.

Im Übrigen kann auch aus Art. 72 AEUV, wonach die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die **Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung** und den **Schutz der inneren Sicherheit** erhalten bleiben, keine andere Beurteilung im Hinblick auf § 62a Abs. 1 Satz 2 AufenthG (2022) abgeleitet werden. Dies liegt in erster Linie daran, dass das im unionsrechtlichen Migrationsrecht niedergelegte System sekundärrechtlicher Konkretisierungen durch einen allgemeinen Grundsatz des Primärrechts nicht ohne Weiteres überspielt werden kann und der EuGH die Vorschrift des Art. 72 AEUV in der Vergangenheit bereits **äußerst restriktiv interpretiert** hat (vgl. EuGH v. 6.9.2017, Verb. Rs. 643/15 u. C-647/15, Slowakei und Ungarn/Rat, ECLI:EU:C:2017:631).

Themenbereich 3: Duldung für „Personen mit ungeklärter Identität“

Neben Fragen der Abschiebungshaft sieht der Gesetzentwurf vom 10.5.2019 als weitere Neuerung in § 60b AufenthG eine besondere Form der Duldung „für Personen mit ungeklärter Identität“ vor, die für diejenigen Fälle eine Schlechterstellung nach sich ziehen soll, in denen die Abschiebung aus von dem Drittstaatsangehörigen selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 35 „Zu Nummer 19“). Fälle des § 60b AufenthG sind beispielsweise solche, in denen der Betreffende über seine Identität oder Staatsangehörigkeit getäuscht, oder – falls Täuschung nicht nachgewiesen werden kann – jedenfalls durch falsche Angaben ein Abschiebungshindernis selbst herbeigeführt hat oder zumutbare Handlungen etwa zur Erfüllung der Passbeschaffungspflicht nicht vornimmt. Schon die herkömmliche Duldung stellt eine eigentümliche Rechtskonstruktion dar, da sie zwar keinen Aufenthaltstitel darstellt, aber in ganz ähnlicher Weise schon seit längerem als „Quasi-Aufenthaltsrecht“ verwendet wird (vgl. *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4. Aufl., 2017, Rdnr. 1225 ff.). Im Grunde handelt es sich bei der Duldung (§ 60a AufenthG) lediglich um eine Bescheinigung, dass ungeachtet der vollziehbaren Ausreisepflicht eine Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist.

Soweit § 60b AufenthG eine Schlechterstellung im Vergleich zur bisher allein verfügbaren Duldung nach § 60a AufenthG ermöglicht, sind mit der Duldung für Personen mit ungeklärter Identität mehrere Sanktionen verbunden. Diese beziehen sich nach § 60b Abs. 5 AufenthG vor allem darauf, dass Zeiten einer Duldung nach § 60b AufenthG nicht als Vorduldungszeiten angerechnet werden, wenn es beispielsweise um den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet geht. Zudem unterliegen Personen, die nach § 60b AufenthG geduldet werden, einer Wohnsitzauflage und dürfen keine Erwerbstätigkeit ausüben, so dass auch keine Aufenthaltsverfestigung oder Integration stattfinden. Außerdem können nach § 1a Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 Asylbewerberleistungsgesetz aber auch Leistungsminderungen vorgenommen werden. Zwar ist für den deutschen Gesetzgeber bei Leistungseinschränkungen im Rahmen des Asylbewerberleistungsgesetz wegen der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Rspr. grundsätzlich Zurückhaltung geboten (vgl. BVerfG v. 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u. 1 BvL 2/11). Soweit in der Entwurfsbegründung jedoch auf die Bestimmungen der RL 2013/33/EU (ABl.EU 2013, L 180/96) verwiesen wird, treten entsprechende Einwände unter dem Gesichtspunkt des deutschen Verfassungsrechts zurück, da dieses unionsrechtlich überlagert wird (vgl. BT-Drs. 19/10047, S. 27). Dies wird insbesondere durch Art. 17 Abs. 5 der RL 2013/33/EU ermöglicht, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, „Antragstellern ... eine weniger günstige Behandlung im Vergleich mit eigenen Staatsangehörigen zuteil werden

[zu] lassen, ... wenn materielle Unterstützung teilweise in Form von Sachleistungen gewährt wird“.

Darüber hinaus sieht Art. 20 der RL 2013/33/EU weitere Möglichkeiten vor, im Rahmen der Aufnahme gewährte materielle Leistungen einzuschränken oder zu entziehen. Dies ist nach Art. 20 Abs. 1 Buchst. a und b der RL 2013/33/EU beispielsweise dann der Fall, wenn der bestimmte Aufenthaltsort ohne Erlaubnis verlassen wird oder der Betreffende seiner „Melde- und Auskunftspflicht“ nicht im erforderlichen Umfang nachkommt. In jedem Fall ist nach Art. 20 Abs. 5 der RL 2013/33/EU jedoch erforderlich, dass Entscheidungen über die Einschränkung oder den Entzug der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen jeweils für den Einzelfall, objektiv und unparteiisch sowie unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen und begründet werden. Dies muss bei Entscheidungen nach § 1a Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes berücksichtigt werden.

Vor diesem unionsrechtlichen Hintergrund und bei Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen bestehen über die Zulässigkeit der mit der Duldung nach § 60b AufenthG eröffneten Möglichkeit zur Leistungsbeschränkung keine durchgreifenden Bedenken. In jedem Fall ist darauf zu achten, dass die Rechtmäßigkeit dieses Sonderstatus‘ vor allem damit zusammenhängt, dass die Nachholung und Heilung von Unterlassungen jederzeit möglich sind. Allein die nachträgliche Einbeziehung in die Vorduldungszeiten ist nicht möglich, so dass sich der Zeitraum mit einer Duldung nach § 60b AufenthG aufenthaltsrechtlich tatsächlich als „verlorene Zeit“ darstellt.

Themenbereich 4: „Antrag nach BT-Drs. 19/9924 (FDP)“

Zunächst richtet sich der Antrag der FDP-Fraktion (BT-Drs. 19/9924) auf die Festlegung eines verbindlichen Leitbildes. Dieses Leitbild soll das eines Einwanderungslandes sein, das sich zunächst selbst darüber klar werden muss, wer unter welchen Bedingungen einwandern soll. Anstelle eines eher spontan auf fremdbestimmte Anforderungen reagierenden Landes, soll Einwanderung planvoll und konzeptionell gesteuert werden. Dieses Steuerungsmodell erscheint sehr gut nachvollziehbar und findet seine Entsprechung in verschiedenen Initiativen der Europäischen Union zur europäischen und globalen Migrationssteuerung. Allerdings klingt im Antrag der BT-Drs. 19/9924 – wie auch in den Konzepten der EU – an, dass dieses Leitbild eines elektiven Einwanderungslandes Zielkonflikten ausgesetzt ist, sofern aufgrund europäischer oder internationaler Verpflichtungen (z.B. Genfer Flüchtlingskonvention oder EMRK) menschenrechtlich begründete Ansprüche auf Schutz bestehen. Denn welche Personen auf unions- oder völkerrechtlicher

Grundlage um Schutz nachsuchen und ggf. einwandern möchten, kann sich die Bundesrepublik typischerweise nicht aussuchen. Der zutreffend formulierte Ordnungsanspruch der Bürgerinnen und Bürger setzt damit eine Steuerungskraft voraus, die sich aufgrund dieser Verpflichtungen nicht vollständig realisieren lässt. Bislang stellt die Vorstellung, dass durch die Eröffnung ökonomischer, sozialer oder kultureller Einwanderungsmöglichkeiten die menschenrechtlich oder humanitär begründete Einwanderung senken oder sogar weitgehend abgelöst würde, eine Hypothese dar, deren Richtigkeit noch nicht bewiesen wurde. Insofern ist positiv anzumerken, dass das Steuerungsmodell des Antrags der BT-Drs. 19/9924 sich ausdrücklich auf den von diesen europäischen oder internationalen Rechtspflichten freibleibenden regulativen Raum richtet.

Ein weiterer Zielkonflikt tritt außerdem zutage, wenn ein schlüssiger Rechtsrahmen gefordert wird, der einerseits eine geordnete Migration gewährleistet, andererseits aber nicht „überkomplex“ oder selbst für „Experten nur [noch] schwer durchschaubar“ ist (vgl. BT-Drs. 19/9924, S. 2). So verständlich die Forderung nach klaren und einfachen Normstrukturen auch sein mag, die bestehenden Rechtsvorschriften im Aufenthalts- und Asylrecht sind nicht nur Ergebnisse ihrer Zeit, sondern auch der sie hervorbringenden Mehrheitskonstellationen in den europäischen Mitgliedstaaten und der EU. Zudem führt die völkerrechtliche, unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Überlagerung des einfachen Rechts ihrerseits dazu, dass die vor allem von europäischen Gerichten – insbesondere von EuGH und EGMR – anhand von Einzelfällen aufgestellten Anforderungen weitgehend ungebremsen Eingang in das Recht der Bundesrepublik gefunden haben. Vollkommen zutreffend weist der Antrag aus der BT-Drs. 19/9924 zudem daraufhin, dass nicht nur die Anwendung des „überkomplizierten“ Rechts fehleranfällig ist. An Einzelfällen entwickelte Verfahrensanforderungen mit einer Vielzahl von Grundregeln, Ausnahmen von diesen Grundregeln sowie neuerlichen Gegenausnahmen summieren sich fast notwendigerweise zu einem schwer durchschaubaren Regelungssystem, das wiederum fast zwangsläufig neue Detailfragen und Zweifelsfälle nach sich zieht. Insofern lässt sich der Antrag der BT-Drs. 19/9924 als Plädoyer verstehen, mit einem einwanderungsrechtlichen Clean Slate einen Neuanfang zu wagen und anstelle des zwischenzeitlich eingetretenen „legislativen Wildwuchses“ eine neue gesetzliche Grundlage zu schaffen. Doch so verlockend die Formulierung eines „Einwanderungsrechts aus einem Guss“ auch sein mag, es bedarf dieser Schritt doch klarer Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat oder eines parteienübergreifenden Konsenses über die Inhalte eines solchen neuen Einwanderungsrechts. Zuletzt bestanden diese Voraussetzungen bei der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes vom 31. Juli 2004. Allerdings gelang auch dessen Zustandekommen nicht auf Anhieb, sondern baute zunächst auf den Vorarbeiten der Unabhängigen Zuwanderungskommission (2000-2001) auf und hatte mit dem Zuwanderungsgesetz des Jahre 2002 eine letztlich gescheiterte Zwischenstation. Der im Antrag der BT-Drs. 19/9924 angeregte Migrationsgipfel

könnte ein Beitrag sein, um diesen neuen Prozess anzuschieben. Allerdings zeigt nicht zuletzt der Hinweis auf das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS), dass die Fragen von Ein- oder Zuwanderung, von Asylgewährung sowie der Rückführung von Gefährdern nicht mehr allein in mitgliedstaatlicher Hand liegen (vgl. BT-Drs. 19/9924, S. 3). Der europäische Rahmen stellt zudem jenseits der bereits auf nationaler Ebene bestehenden Streitfragen ein weiteres Konfliktfeld dar, auf dem sich die europäischen Ursprungsländer von Migration und Flüchtlingslandungen mit den potenziellen europäischen Empfangsstaaten auseinandersetzen müssen. Auch fällt – wie die Ereignisse der letzten Jahre zeigen – die Konsensfindung nicht leicht.

Prof. Dr. Marcel Kau

Konstanz, den 2. Juni 2019