



Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 27. März 2017 über den**

**Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der
Ausreisepflicht (Gesetzentwurf der Bundesregierung),
BRat-Drs. 179/17 v. 23.2.2017**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. Meine Anmerkungen betreffen folgende ausgewählte Einzelpunkte:

I. Erweiterte und verlängerte Abschiebungshaft für sog. „Gefährder“ (Art. 1 Nr. 2, 8; § 2 Abs. 14 Nr. 5a, § 62 Abs. 3 S. 4 AufenthG-E)

In der medialen Berichterstattung über die Reaktionen auf das fürchterliche Attentat auf dem Berliner Weihnachtsmarkt spielten die erweiterten Haftmöglichkeiten für sog. „Gefährder“ eine große Rolle. Tatsächlich unternimmt der Gesetzentwurf hier einige Schritte, die freilich **in der**

rechtlichen Substanz weniger gravierend sind, als es die politische Aufmerksamkeit erscheinen lässt. Dies erklärt zugleich, warum die Neuregelung rechtsstaatlich unbedenklich ist. Es werden keine generellen Haftmöglichkeiten einzig aufgrund von Verdächtigungen geschaffen. Auch in Zukunft bleibt die Abschiebungshaft fest in den Rechtsstaat eingebettet. Gegen die Neuregelung bestehen keine verfassungs- und europarechtlichen Bedenken, gerade weil sie sich in der rechtlichen Substanz elegant zurückhält.

So wird die Grundstruktur des Abschiebungshaftrechts nicht verändert, weil **kein neuer Haftgrund für Gefährder** geschaffen wird. Es bleibt beim Katalog des § 62 Abs. 3 S. 1 AufenthG, sodass auch in der Zukunft – nicht anders als bisher – die Abschiebungshaft in der Praxis vorrangig auf das Tatbestandsmerkmal der „Fluchtgefahr“ (ebd. Nr. 5) gestützt werden wird, das dem EU-Recht entspringt (vgl. Art. 15 Abs. 1 Buchst. a Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG). Der vorliegende Gesetzentwurf ändert dies nicht, will jedoch in § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG-E einen **neuen „Anhaltspunkt“** normieren, wann eine Fluchtgefahr vorliegt. Es ist dies keine strenge Vorgabe, die im Sinn eines Tatbestandsmerkmals gleichsam automatisch zur Annahme einer Fluchtgefahr führen wird. Vielmehr wird auch in Zukunft das zuständige Haftgericht anstelle eines Automatismus individuell zu prüfen haben, ob das Vorbringen der Ausländerbehörde im Haftantrag eine Fluchtgefahr begründet (hierzu bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 23. März 2015, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)269 G](#), S. 9 f.). Anders formuliert: Der neue § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG-E gibt den Behörden und Gerichten eine Orientierung, diese müssen sodann freilich entscheiden, ob im konkreten Einzelfall eine Fluchtgefahr vorliegt.

Damit ist zugleich gesagt, dass der Gesetzentwurf **nicht etwa straf- und aufenthaltsrechtliche Erwägungen vermischt**. Dies mag für die öffentliche Diskussion in den Medien teils zutreffen, nicht jedoch für die vorgeschlagene Gesetzesfassung, weil für eine Abschiebungshaft auch künftig entscheidend ist, dass aufgrund der in § 2 Abs. 14 AufenthG genannten Anhaltspunkte „der begründete Verdacht besteht, dass [ein Ausländer] sich der Abschiebung durch Flucht entziehen will“ (§ 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG). Dass hierbei ein sachlicher Zusammenhang zwischen einer Fluchtgefahr sowie „eine[r] erhebliche[n] Gefährdung für Leib und Leben Dritter oder bedeutende[r] Rechtsgüter der inneren Sicherheit“ im Sinn des vorgeschlagenen § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG-E bestehen kann, liegt auf der Hand. „Gefährder“ werden sich häufig (nicht immer) dem Zugriff der Behörden zu entziehen versuchen, auch weil sie in ihrer subjektiven Wahrnehmung nicht immer zwischen Ausländer- und Sicherheitsbehörden unterscheiden dürften. Auch lehrt der Fall Amri, dass die in der Begründung (S. 20) genannte hohe Mobilität von sog. „Gefährdern“ der Praxis entsprechen kann.

Wenn Einzelfälle gleichwohl anders gelagert sein mögen, steht dies der Änderung nicht entgegen, weil, wie dargelegt, die Einzelfallentscheidung den zuständigen Gerichten obliegt. Diese dürfen auch künftig „**Gefährder**“ **nur in Abschiebungshaft nehmen, wenn eine Fluchtgefahr besteht** oder ein Ausreisegewahrsam möglich ist (hierzu nachfolgend V.). Hierbei richtet sich nicht nur Fluchtgefahr nach dem Einzelfall. Aus der BVerfG-Judikatur folgt ebenso wie aus Art. 15 Abs. 1 RL 2008/115/EG, dass eine individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat, die auch mildere Mittel als die Haft abwägt. All diese rechtsstaatlichen Sicherungen der Abschiebungshaft, die in Deutschland deutlich ausgeprägter sind als in anderen Ländern (zum Modellcharakter der deutschen Rechtslage siehe *Philippe De Bruycker/Sergio Mananashvili, The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU, European Synthesis Report of the Project CONTENTION, [December 2014](#)*), gelten für „Gefährder“ ebenso wie für andere Ausländer. Es ist müßig darüber zu spekulieren, ob eine „Präventivhaft“ verfassungs- und europarechtlich zulässig gewesen wäre, so der Gesetzgeber einen neuen Haftgrund für sog. „Gefährder“ unabhängig von der Existenz einer Fluchtgefahr geschaffen hätte. Diesen Weg geht der Gesetzentwurf nicht. Die Neuregelung ist **fest in die rechtsstaatlichen Sicherungen des Verfassungs- und Völkerrechts eingebettet**.

Aus der Normierung des neuen Anhaltspunkts in § 2 Abs. 14 AufenthG folgt zugleich, dass er eine Orientierungswirkung auch im Dublin-Verfahren entfaltet, weil § 2 Abs. 15 AufenthG für die **Überstellungshaft in Dublin-Fällen** auf den vorhergehenden Absatz verweist. Hierbei ist freilich zu beachten, dass die deutschen Regeln nur einen ausführenden Charakter besitzen, weil die Grundentscheidung für eine Haftoption aus **Art. 28 Dublin-III-Verordnung (EU) Nr. 604/2013** folgt. Nach dem eindeutigen Wortlaut darf hierbei eine Haft nur angeordnet werden, wenn – insoweit strenger als bei der „regulären“ Abschiebungshaft aufgrund § 62 AufenthG, Art. 15 RL 2008/115/EG – eine „erhebliche“ Fluchtgefahr besteht und die Haft zudem im Einzelfall verhältnismäßig ist (Art. 28 Abs. 2 VO (EU) Nr. 604/2013). All diese Vorgaben der unmittelbar anwendbaren Dublin-III-Verordnung müssen die Behörden und Gerichte auch bei der Aktivierung des neuen Anhaltspunkts beachten, sodass der Gesetzentwurf die Überstellungshaft in Dublin-Fällen nicht nachhaltig verändert.

In einem zweiten Schritt will der Gesetzentwurf die Abschiebehaft bei sog. „Gefährdern“ verlängern, wenn § 62 Abs. 3 S. 4 AufenthG-E diese auch dann für zulässig erachtet, wenn jemand nicht in den nächsten drei Monaten zurückgeführt werden kann. Diese **verlängerte Haftdauer** setzt zuerst einmal voraus, dass die Gerichte aufgrund der – strengen – Vorgaben des § 62 Abs. 3 S. 1 AufenthG eine Fluchtgefahr im Einzelfall annehmen. Doch auch dann besteht erneut **kein Automatismus**, weil die Haftdauer einer richterlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt, die überaus streng gehandhabt wird (exemplarisch BGH, Beschl. v. 16.2.2012, [V ZB 320/10](#)).

Statistiken zeigen, dass die Haft in Deutschland **derzeit nur sehr selten für mehrere Monate** angesetzt wird (die aktuellsten mir bekannten Daten zeigen zum Stichtag 31.5.2015 nur zwei (!) Fälle mit einer Haftdauer von länger als drei Monaten, wobei nur zehn Bundesländer Daten bereitstellten, darunter aber alle großen Flächenstaaten; vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion Die Linke: Die Praxis der Abschiebungshaft und Fragen zum Haftvollzug, [BT-Drs. 18/7196](#) v. 6.1.2016, S. 56-58). Dies fügt sich in ein Gesamtbild, wonach in Deutschland die Gerichte die Abschiebungshaft überaus streng handhaben (hierzu *De Bruycker/Mananashvili*, a.a.O.).

Für die **rechtliche Beurteilung der verlängerten Haftdauer** muss unterschieden werden. Tatbestandlich greift sie nur ein, wenn „eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit“ besteht – eine Voraussetzung, die in der Praxis ebenso wie bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (hierzu näher II.) schwer zu überwinden sein wird, sodass zu erwarten steht, dass die neue Bestimmung **in der Praxis selten angewandt** werden wird. Soweit die Regelung einmal greift, bestehen **keine verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Bedenken** gegen eine längere Haftdauer: In der Rückführungs-Richtlinie ist eine regelmäßige Höchsthaftdauer von sechs Monaten niedergelegt, die auf bis zu 18 Monate verlängert werden kann (vgl. Art. 15 Abs. 5 f. RL 2008/115/EG), und der EGMR verlangt bei Abschiebungshaftfällen (anders als bei einer Einreisekontrolle auch im Kontext von Asylverfahren, wo er großzügiger ist), in erster Linie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (exemplarisch EGMR, Urt. v. 31.1.2012, [Nr. 50012/08](#), *M.S. gegen Belgien*). Eben dies sichert das deutsche Recht jedoch, weil die verlängerte Haftdauer, wie dargelegt, nicht automatisch eintritt, sondern im Einzelfall von den Gerichten nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung anzuordnen ist. Hierbei gilt auch künftig eine **Höchstdauer von regelmäßig sechs Monaten**, weil der vorgeschlagene § 62 Abs. 3 S. 4 AufenthG-E keine Ausnahme von den bestehenden Höchstgrenzen nach § 62 Abs. 4 AufenthG anordnet.

Welche **rechtspolitischen Schlussfolgerungen** man daraus zieht, dass die Abschiebungshaft auch künftig einem strengen rechtlichen Korsett unterliegt, wird naturgemäß von der Position des Betrachters abhängen: Einige werden erfreut sein, dass die Abschiebungshaft auch künftig selten angeordnet werden wird, während andere kritisieren dürften, dass die Neuregelung nicht weit genug gehe. Falsch wäre es nach meiner Überzeugung jedoch, im aktuellen Gesetzentwurf einen Niedergang des Rechtsstaats zu sehen. Dies ist definitiv nicht der Fall und auch die menschenrechtlichen Vorgaben werden vom Gesetzentwurf beachtet.

II. Elektronische Aufenthaltsüberwachung (Art. 1 Nr. 5; § 56a AufenthG-E)

In den Medien wird die elektronische Aufenthaltsüberwachung häufig als „elektronische Fußfessel“ bezeichnet, was sprachlich nahelegt, dass einer Person vor geschrieben wird, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten, sie gleichsam dort „gefesselt“ wird. Dies wäre jedoch ein Missverständnis, weil § 56a AufenthG-E nicht etwa einen Hausarrest oder Ähnliches betrifft. Stattdessen soll die Neuregelung den Aufenthaltsort überwachen helfen, sodass die **Behörden jederzeit wissen, wo sich die betroffene Person aufhält**. Die Bestimmung ist für sich genommen mit keiner Beschränkung der Bewegungsfreiheit verbunden, setzt tatbestandlich nach Abs. 1 jedoch voraus, dass eine Residenzpflicht oder ein Kontaktverbot nach § 56 Abs. 2-4 AufenthG besteht, sodass in aller Regel auf anderer Rechtsgrundlage bereits eine räumliche Aufenthaltsbeschränkung besteht. Die neue Norm verfolgt hierbei den doppelten Zweck, die Beachtung einer bestehenden Residenzpflicht zu sichern und schwersten Straftaten vorzubeugen (vgl. zur Datenverwendung § 56a Abs. 4 AufenthG-E).

Diese tatbestandliche **Anknüpfung an bestehende aufenthaltsrechtliche Maßnahmen** ist für sich genommen eine **nachhaltige Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs**, die zusammen mit anderen Vorkehrungen dazu führen dürfte, dass die Bestimmung in der Praxis nur sehr selten angewandt werden dürfte. Konkret setzt eine Aktivierung von § 56a Abs. 1 AufenthG-E nach dem eindeutigen Wortlaut eine Residenzpflicht oder ein Kontaktverbot „nach § 56 [Abs. 2-4]“ voraus und darf damit nur angeordnet werden, wenn im Einzelfall bereits eine Ausweisungsverfügung nach § 54 Abs. 1 Nr. 2-5 AufenthG besteht oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG erlassen wurde. Im Fall Amri wäre bereits diese Voraussetzung nicht erfüllt gewesen, sodass die Norm nicht gegriffen hätte.

Allerdings folgt aus der Anknüpfung an aufenthaltsrechtliche Maßnahmen, dass relativ eindeutig eine **Gesetzgebungskompetenz des Bundes** für die Bestimmung besteht, obwohl derartige Maßnahmen der Gefahrenabwehr grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Länder fallen. Letzteres ist freilich keine freistehende Regel, sondern ergibt sich im negativen Abgleich aus dem Kompetenzkatalog der Art. 70 ff. GG. Soweit dem Bund, wie hier, eine Kompetenz für das Migrationsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 6 GG zukommt, kann er in diesem Zusammenhang auch gefahrenabwehrrechtliche Bestimmungen erlassen, soweit diese, wie vorliegend, einen eindeutigen ausländer- und asylrechtlichen Bezug besitzen.

Hinzu kommt als zweite Anwendungshürde, dass im konkreten Einzelfall eine „**erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit oder für Leib und Leben Dritter**“ im Sinn einer materiellen Tatbestandsvoraussetzung bestehen muss (hierzu die Gesetzesbegründung, S. 15). Es ist dies

eine sehr hohe Einsatzschwelle, die § 58a AufenthG („besondere Gefahr für die Sicherheit ... oder einer terroristischen Gefahr“) ähnelt und im Übrigen im Einklang mit den hergebrachten Grundsätzen des deutschen Polizeirechts auszulegen ist, wonach eine Gefahr ein tatsächliches Geschehen bezeichnet, das **bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden für die bezeichneten Rechtsgüter** führen würde (zu dieser Standarddefinition statt vieler das Lehrbuch von *Jörg Ennuschat/Martin Ibler/Barbara Rennert*, Öffentliches Recht in Baden Württemberg, 2. Aufl. (C.H. Beck, 2017), S. 111). Bloße Verdachtsmomente reichen somit nicht aus.

Die hohe materielle Hürde für eine Aktivierung des § 56a Abs. 1 AufenthG-E ist strukturell vergleichbar mit den Anforderungen, die der Entwurf für einen neuen § 56 Abs. 1 BKA-Gesetz für eine elektronische Aufenthaltsüberwachung anordnet (vgl. [BRat-Drs. 109/17](#) v. 2.2.2017) und wie sie im Übrigen seit Jahren für eine längerfristige Observation nach § 163 f. StPO und den Polizeigesetzen der Länder gelten (exemplarisch [§ 22 PolG BW](#)). Die Neuregelung erweitert somit das Handlungsinstrumentarium des Staates, indem sie die Möglichkeiten des digitalen Zeitalters nutzt, errichtet hierbei jedoch **ähnlich hohe Hürden wie für die bestehenden Überwachungsmöglichkeiten des analogen Zeitalters**, zumal die Neuregelung – anders als die analoge Überwachung von Personen nach Landespolizeirecht – nur vom Richter angeordnet werden kann. Das Parlament muss entscheiden, ob es die Neuregelung für notwendig erachtet, strukturell ist sie jedoch kein revolutionärer Neuanfang. Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass die Regelung einer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten dürfte, gerade weil sie sehr hohen Anforderungen unterliegt.

Für die Zwecke des vorliegenden Gesetzentwurfs bleibt festzuhalten, dass § 56a AufenthG-E **nur in sehr wenigen Fällen angewandt werden dürfte** – ebenso wie die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG, die nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 eingeführt wurde, deren Anwendung aber erstmals am vergangenen Donnerstag vom BVerwG für zulässig erachtet wurde (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.3.2017, [1 VR 1.17 & 1 VR 2.17](#)). Für den Regelfall der Aufenthaltsbeendigung von sog. „Gefährden“ und sonstigen ausreisepflichtigen Personen wird der künftige § 56a AufenthG-E nicht greifen; hier bleibt es beim regulären Instrumentarium. Insoweit kann es eine sinnvolle Schwerpunktsetzung sein, wenn man die **politischen und administrativen Ressourcen auf die „reguläre“ Aufenthaltsbeendigung konzentriert**, anstatt diese für Spezialnormen aufzuwenden. Im Bereich der regulären Aufenthaltsbeendigung liegt sehr viel im Argen, sodass eine politische und administrative Kraftanstrengung zur Durchsetzung des geltenden Rechts viel bewirken kann. Dies zeigte nicht zuletzt der Fall Amri, der bei einem größeren Ressourceneinsatz auf allen Ebenen gewiss schneller abgeschoben hätte wer-

den können, zumal eine Abschiebehaft von mehr als drei Monaten bei einer schuldhaften Identitätstäuschung bereits heute möglich ist (vgl. § 62 Abs. 3 S. 3 AufenthG sowie, tendenziell strenger als früher, BGH, Beschl. v. 19.1.2017, [V ZB 99/16](#)). Es ist sinnvoll, dass der vorliegende Gesetzentwurf diese reguläre Aufenthaltsbeendigung weiter verbessert.

III. Residenzpflicht bei Täuschung (Art. 1 Nr. 7; § 61 Abs. 1c AufenthG-E)

Noch vor drei Jahren galt in Deutschland für abgelehnte Asylbewerber und andere vollziehbar ausreisepflichtige Personen eine weitgehende Residenzpflicht für das Gebiet eines Bundeslandes (so § 61 AufenthG i.d.F. des Zuwanderungsgesetzes v. 30.7.2004 (BGBl. 2004 I 1950)). Erst mit Wirkung **zum 1. Januar 2015 wurde die Residenzpflicht weitgehend abgeschafft**; sie erlischt heute grds. nach drei Monaten (§ 61 Abs. 1c AufenthG i.d.F. G. v. 23.12.2014 (BGBl. 2014 I 2439)). Wenn nun eine längere Beschränkung erneut angeordnet werden können soll, soweit jemand eine Abschiebung dadurch verhindert, dass er oder sie „vorsätzlich falsche Angaben“ tätigte, die Abschiebungshindernisse „durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit“ selbst herbeiführte oder „zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der[en] Beseitigung“ nicht erfüllt, so ist dies eine **maßvolle Ausweitung**, die eine nur partielle Annäherung an den früheren Rechtszustand bewirkt.

Hierbei sollte eine Residenzpflicht nicht mit einer Wohnsitzauflage verwechselt werden: Während letztere „nur“ einen Wohnort vorgibt, schränkt eine Residenzpflicht die Bewegungsfreiheit insgesamt ein. Sie gilt für Asylbewerber während der ersten Monate des Verfahrens (§§ 56, 59a Abs. 1 AsylG) und besteht für anerkannte Flüchtlinge überhaupt nicht. Letztere unterliegen, so sie nicht erwerbstätig sind, einzig einer Wohnsitzauflage (§ 12a AufenthG). Die weitergehende Residenzpflicht der **Neuregelung gilt also nicht für Flüchtlinge**, sondern für abgelehnte Asylbewerber, die ausreisepflichtig sind und durch eigene (Täuschungs-)Handlungen dazu beitragen, dass die Abschiebung nicht durchgeführt werden kann.

Es steht nicht zu erwarten, dass die Option in der Praxis übermäßig genutzt (oder gar missbraucht) wird, denn sie muss von den Behörden im Einzelfall angeordnet und begründet (§ 39 VwVfG) werden und unterliegt der richterlichen Überprüfung. Hierbei sind die Tatbestandsmerkmale so eng gefasst, dass die Behörden nur **bei einem eigenen Verschulden von abgelehnten Asylbewerbern** handeln können: Eindeutig sind „vorsätzliche“ falsche Angaben, eine „eigene“ Täuschung oder unterlassene „zumutbare“ Mitwirkungshandlungen erforderlich (§ 61 Abs. 1c AufenthG-E). Dass der Gesetzgeber ein derartiges Verhalten sanktioniert, ist sehr gut nachvollziehbar und entspricht im Übrigen der Gesamtstruktur des deutschen Migrationsrechts, das solche Täuschungen auch an anderer Stelle mit negativen Rechtsfolgen belegt (z.B. § 25 Abs. 5

S. 3 f., § 60a Abs. 6, § 62b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG, § 30 Abs. 3 Nr. 2, § 30a Abs. 1 Nr. 2 AsylG, § 1a Abs. 5 AsylbLG).

Eine Nebenwirkung der Neuregelung ist, dass das **Gesetzesrecht immer komplizierter** wird. Während § 61 AufenthG zu Zeiten des Zuwanderungsgesetzes mit der generellen Residenzpflicht kurze 65 Wörter umfasste, wird die Norm nunmehr auf 486 Wörter angewachsen sein. Es ist dies eine exponentielle Steigerung von beinahe 750 %, zu der der aktuelle Gesetzentwurf freilich nur 47 Wörter beisteuert. Wer ein **einfaches und verständliches Migrationsrecht** will, muss bereit sein, derartige detaillierte Vorschriften, die allesamt politische Kompromisse abbilden, zu entflechten. Diese mühsame und auch politisch schmerzvolle Kompromissssuche kann auch ein schöner Gesetzestitel wie ein „Einwanderungsgesetz“ nicht ersetzen. Dies ist keine Kritik an der Neuregelung, einzig der Hinweis, dass die verbreitete Forderung nach einem einfacheren Migrationsrecht nicht so leicht umzusetzen sein wird.

Die erweiterte Residenzpflicht ist **mit dem Verfassungsrecht vereinbar**. So gilt die Freizügigkeit nach Art. 11 GG ohnehin nur für Deutsche und auch der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit bewirkt kein anderes Ergebnis (siehe auch [BVerfGE 96, 10 \(21 ff.\)](#)); sowie im Kontext des Asylpakets I näher *Daniel Thym*, Schnellere und strengere Asylverfahren, [NVwZ 2015, 1625 \(1626\)](#)), weil die Residenzpflicht den Vollzug der Ausreisepflicht sichert und in der hier relevanten Konstellation zudem von der betreffenden Person zu vertreten ist. Vom Unionsrecht wird die räumliche Beschränkung ausreisepflichtiger Personen nicht geregelt, weil die Rückführungs-Richtlinie hierzu keine Vorgaben enthält. Allerdings erlaubt das Europarecht räumliche Beschränkungen sogar während des Asylverfahrens ausdrücklich (vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2013/33/EU) und anerkennt damit, dass eine Residenzpflicht nach einer Ablehnung „erst Recht“ ein sinnvoller Mechanismus sein kann. Auch die **EU-Kommission fordert in ihrer aktuellen Empfehlung** die Mitgliedstaaten explizit dazu auf, eine vorsätzliche Behinderung der Rückführung mit Sanktionen zu belegen (siehe Nr. 11 der Empfehlung (EU) 2017/432 vom 7.3.2017 ([ABl. 2017 L 66/15](#))), um damit der europarechtlichen Pflicht nachzukommen, die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Ausreisepflicht zu unterstützen (zu dieser Pflicht EuGH, *El Dridi*, C-61/11 PPU, [EU:C:2011:268](#), Rn. 58).

Die **internationalen Menschenrechte** erfassen die Situation erst gar nicht, weil das Freizügigkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 ZP IV EMRK sowie Art. 12 Abs. 1 IPbPR nach dem eindeutigen Wortlaut einen „**rechtmäßigen**“ **Aufenthalt voraussetzt**, sodass die Bestimmungen für vollziehbar ausreisepflichtige Personen überhaupt nicht gelten, was Amnesty International in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf leider unterschlägt (Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 17.2.2017, S. 4 unter ausdrücklicher Nennung von Art. 12 IPbPR, also des UN-Menschenrechtspakts, der anders als der

wörtlich zitierte Art. 13 AEMR rechtsverbindlich ist). Ausdrücklich heißt es in einer **Entscheidung des EGMR über einen deutschen Fall**: „Article 2 of Protocol No. 4 cannot be interpreted as awarding an alien the right to reside or continue residing in a country of which he or she is not a citizen and it does not concern the conditions under which a person has the right to remain in a country“ (EGMR, Beschl. v. 20.11.2007, [Nr. 44294/04](#), *Omwenyeke gegen Deutschland*). § 61 Abs. 1c AufenthG-E steht mit der EMRK im Einklang.

IV. Ausreisegewahrsam für zehn Tage (Art. 1 Nr. 9; § 62b Abs. 1 S. 1 AufenthG-E)

In den Stellungnahmen zum Referentenentwurf wurde geäußert, dass der Ausreisegewahrsam generell europarechtswidrig sei. So heißt es bei PRO Asyl: „Die Anordnung von Abschiebungshaft darf nur erfolgen, wenn eine konkrete Fluchtgefahr besteht. Dies ergibt sich schon aus Art. 15 Abs. 1 der EU-Rückführungsrichtlinie“ (Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 20.2.2017, S. 4). Dies ist schlicht falsch, wie bereits ein oberflächlicher Blick in den **Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EU** zeigt, wo es heißt, dass eine Haft von ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen nur zulässig ist, „um deren Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen, und zwar insbesondere dann, wenn a) Fluchtgefahr besteht *oder* [Englisch: „or“; Französisch: „ou“] b) die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern.“ Das **Europarecht setzt keine Fluchtgefahr voraus, sondern gestattet eine Haft auch bei Obstruktionsgefahr**. Diese Option nutzt der Bundesgesetzgeber mit dem Ausreisegewahrsam.

Tatbestandlich lehnt sich § 62b Abs. 1 Nr. 2 AufenthG an die EU-Vorgaben an, wenn verlangt wird, dass „der Ausländer ein Verhalten gezeigt hat, das erwarten lässt, dass er die Abschiebung erschweren oder vereitelt wird...“ Es handelt sich also um **keine pauschalierte Haft** aufgrund von behördlichen Opportunitätserwägungen, weil die Norm an individuelles Verhalten anknüpft. Dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch die wirkungsvolle Organisation etwa von Rückführungsflügen in die Beurteilung einfließt, ist europarechtlich unbedenklich, weil Art. 15 RL 2008/115/EG ausdrücklich auf die „Vorbereitung der Rückkehr“ verweist. Auch ist der wirkungsvolle Vollzug der Ausreisepflicht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein legitimes Ziel, dessen Gewicht freilich zum individuellen Verhalten in Bezug zu setzen ist. Die sehr **kurze Haftdauer von max. zehn Tagen sichert insofern die Verhältnismäßigkeit** (und könnte wohl auch noch weiter ausgedehnt werden). Sie bleibt deutlich unterhalb der EU-Höchstgrenze von sechs Monaten (Art. 15 Abs. 5 RL 2008/115/EU).

Die praktische Anwendung der Norm wird die tatbestandlichen Einschränkungen nicht unterlaufen, weil der Ausreisegewahrsam nach § 62b AufenthG, ebenso wie die Abschiebungshaft nach

§ 62 AufenthG, **von einem Richter angeordnet** werden muss, der hierbei die Verhältnismäßigkeit in jedem Einzelfall ausführlich prüfen wird.

V. Auswertung von Datenträgern, insb. Mobiltelefonen (Art. 2 Nr. 3 f.; § 15 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 4 S. 1, § 15a AsylG-E)

Die allermeisten Asylbewerber machen zutreffende Angaben, aber häufig liegt kein Pass vor und bisweilen wird auch über Identität und Staatsangehörigkeit getäuscht. Für diese Fallkonstellationen will der Gesetzentwurf dem BAMF gestatten, Datenträger auszuwerten und damit auch Mobiltelefone von Asylbewerbern auszuwerten. Für die Ausländerbehörden besteht diese Möglichkeit schon heute, soweit es um den Vollzug der Ausreisepflicht geht (vgl. § 48 Abs. 3a, § 48a AufenthG i.d.F. G. v. 27.7.2015 (BGBl. 2015 I 1386)). Nunmehr soll auch das BAMF eine entsprechende Möglichkeit erhalten, was insoweit sinnvoll ist, weil **hierdurch qualitativ hochwertigere Entscheidungen über die Zulässigkeit einer Abschiebung ermöglicht werden**. Rechtlich obliegt die zentrale Weichenstellung über die rechtliche Zulässigkeit einer Abschiebung nämlich dem BAMF, weil der Ausgang des Asylverfahrens immer auch davon abhängt, für welches Land zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse zu prüfen sind (vgl. § 31 AsylG i.V.m. § 60 AufenthG). Zuverlässige Informationen über Identität und Herkunftsstaat sind eine Voraussetzung für inhaltlich zutreffende Asylentscheide.

Nun ist die Auswertung von Datenträgern immer eine problematische Angelegenheit, weil im Informationszeitalter sehr viel mehr Informationen leicht zugänglich sind, als dies im analogen Zeitalter der Fall war. Diese Datenflut fordert den Rechtsstaat heraus, ebenso wie die Gesellschaft insgesamt. Hierbei dürfte es keine realistische Option sein, die digitale Lebenswirklichkeit auf Dauer zu ignorieren. Vielmehr sind Instrumente zu entwickeln, die es dem Staat ermöglichen, seine Aufgaben auch mit digitalen Ressourcen wahrzunehmen, *und* hierbei zugleich **wirksamen Sicherungsmechanismen** unterliegen. Hierbei greift der Gesetzgeber auf etablierte Mechanismen des Datenschutzrechts zurück, wenn die Neuregelung, ebenso wie der bisherige § 48 Abs. 3a, § 48a AufenthG, verschiedene Einschränkungen umfasst, um sicherzustellen, dass der Datenträgerzugriff nicht missbraucht wird.

So ist die Datenträgerauswertung nur gestattet, um die **Identität und Staatsangehörigkeit** festzustellen. Weitere Erkenntnisse, etwa zur Fluchtroute oder zu den Verfolgungsgründen, die für den Ausgang des Asylverfahrens durchaus wichtig sein können, dürfen aufgrund §§ 48 f. AufenthG, § 15a AsylG-E nicht gespeichert werden. In der Praxis dürfte hierbei, im Einklang mit der Gesetzesbegründung, vor allem auf Adressbücher oder Anruflisten zugegriffen werden (vgl. S. 20). Eine besondere Schwierigkeit liegt freilich darin, dass gerade in Mobiltelefonen sehr viele

andere Daten gespeichert sind, die Informationen auch über höchstpersönliche Lebensumstände umfassen können, die zum **Kernbereich der privaten Lebensgestaltung** gehören, die eine Person nach dem BVerfG nicht preiszugeben hat (vgl. [BVerfGE 120, 274 \(335 ff.\)](#)). Dies macht die Datenerhebung freilich nicht unzulässig, weil mit dem BVerfG stattdessen Vorkehrungen gegen unzulässige Eingriffe zu treffen sind. Der Gesetzgeber will dies durch ein **Erhebungs- und Verwertungsverbot mit Löschpflicht** und durch die Vorgabe garantieren, dass nur Personen mit **Befähigung zum Richteramt** entsprechende Datenträger auswerten dürfen (§ 15a S. 2 AsylG-E i.V.m. § 48 Abs. 3a S. 2-6 AufenthG).

Verfassungsrechtlicher Maßstab für diese Vorgabe ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), wobei – wie so häufig – die Entscheidung über die Verfassungskonformität bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung fällt, deren Ergebnis selten eindeutig prognostiziert werden kann, im demokratischen Rechtsstaat institutionell jedoch den Gerichte überantwortet bleibt. Hierbei sprechen **gute Argumente dafür, dass die Regelung verfassungskonform ist**, weil der Eingriff nicht heimlich erfolgt, die betroffenen Personen über die Bereitstellung anderweitiger Informationen einen Einfluss darauf besitzen, ob als letztes Mittel überhaupt auf Datenträger zugegriffen wird, und die gesetzgeberischen Ziele qualitativ hochwertiger Asylentscheidungen sowie eines Vollzugs der Ausreisepflicht auch europarechtlich ein hohes Gewicht besitzen. Hinzu kommt die notwendige Befähigung zum Richteramt, die nicht mit einem Richtervorbehalt verwechselt werden darf, den das Grundgesetz hier, anders als bei einer Wohnungsdurchsuchung, nicht vorschreibt (Art. 13 Abs. 2 GG gilt nach BVerfG, ebd., S. 303, 306 nicht für Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Eine autoritative Entscheidung bleibt jedoch dem BVerfG vorbehalten.

VI. Verlängerter Aufenthalt in zentralen Einrichtungen (Art. 2 Nr. 5; § 47 Abs. 1b AsylG-E)

Auf den ersten Blick ist die Neuregelung sehr weit gefasst, weil sie alle Asylbewerber zu erfassen scheint – ein Eindruck, den die Gesetzesbegründung noch dadurch verstärkt, dass sie pauschal davon spricht, alle Asylbewerber „ohne Bleibeperspektive“ betreffen zu wollen (S. 21). Dies nährte im Vorfeld wiederholte **Spekulationen, dass eine generelle Ermächtigung geschaffen werde**, die Asylbewerber aus zahlreichen Herkunftsstaaten betreffen würde (so etwa die Stellungnahmen zum Referentenentwurf vom Paritätischen Gesamtverband, Stellungnahme vom 15.2.2017, S. 7; Amnesty International, a.a.O., S. 4 f.; und Pro Asyl, a.a.O., S. 7 f.). Hierfür ist gewiss auch die Bundesregierung wegen der unklaren Kommunikationspolitik verantwortlich, doch es handelt sich rechtlich um ein Missverständnis. Durch den Verweis auf die Bestimmung des § 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG, die bereits im Referentenentwurf in Bezug genommen wurde, wird klargestellt, dass die Norm auf Personen zielt, deren **Asylantrag als offensichtlich**

unbegründet oder als unzulässig abgelehnt wird. Es sind dies Sonderfälle; die Norm erfasst „reguläre“ Asylbewerber auch dann nicht, wenn sie in der Sache eine sehr schlechte Bleibeperspektive haben. Wenn diese tatbestandliche Zielrichtung in der nun vorliegenden Fassung des § 47 Abs. 1b S. 1 AufenthG-E klargestellt wird, fördert dies die Rechtssicherheit und beugt weiteren Missverständnissen vor.

Welche Fälle werden konkret von der Neuregelung erfasst? In der Praxis dürften **nur sehr wenige Asylbewerber während eines laufenden Verfahrens** von der Norm betroffen sein, weil das BAMF speziell Situationen einer offensichtlichen Unbegründetheit sowie einer Unzulässigkeit künftig (hoffentlich) zügig entscheiden wird, sodass nur in sehr wenigen Fällen, etwa bei einer komplexen Identitätstäuschung seitens des Antragstellers, die vor einer Entscheidung zur offensichtlichen Unbegründetheit (§ 30 Abs. 3 Nr. 2 AsylG) komplizierte Nachforschungen erfordert, aufgrund der Neufassung ein verlängerter Aufenthalt in der Erstaufnahmeeinrichtung angeordnet werden können wird. Soweit in den allermeisten Fällen das Verfahren in den hier relevanten Konstellationen in weniger als sechs Monaten abgeschlossen sein wird, ist eine zentrale Unterbringung ohnehin bereits nach § 47 Abs. 1 S. 1 AsylG möglich. Gleiches gilt für den gerichtlichen Rechtsschutz, der bei einer Ablehnung als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig beschleunigten Fristen unterliegt (vgl. § 36 AsylG). Diese **kurzen Rechtsschutzfristen für die erfasste Fallkonstellation** stellen sicher, dass die zentrale Unterbringung sich nicht über lange Monate hinzieht, bevor eine Abschiebung möglich wird.

Damit ist zugleich gesagt, dass **abgelehnte Asylbewerber der Hauptanwendungsfall** der Neuregelung sein dürften. Bisher müssen abgelehnte Asylbewerber, die nicht aus sicheren Herkunftsstaaten kommen (zu deren zentraler Unterbringung siehe § 47 Abs. 1a AufenthG), nach spätestens sechs Monaten aus der Erstaufnahme entlassen werden. Gegenüber ausreisepflichtigen Personen können die Behörden eine räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1c AufenthG nur unter engen Voraussetzungen aussprechen oder aber eine Wohnsitzauflage nach § 61 Abs. 1a AufenthG verhängen, nicht jedoch die zentrale Unterbringung anordnen. Es liegt auf der Hand, dass die **geltende Rechtslage die Durchsetzung der Ausreisepflicht von abgelehnten Asylbewerbern nachhaltig erschweren kann**. Die dezentrale Unterbringung droht zu einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung zu werden, wenn die immer bessere Integration dazu führt, dass die Ausreisepflicht nicht beachtet wird. Hierbei geht es nicht nur um die zwangsweise Abschiebung, sondern auch um die freiwillige Ausreise, zu der ein abgelehnter Asylbewerber kraft Gesetzes verpflichtet ist (§ 59 Abs. 1 AufenthG, Art. 7 RL 2008/115/EG; hierzu instruktiv und hochaktuell der Forschungsbereich des Sachverständigenrats, Rückkehrpolitik in Deutschland. Wege zur Stärkung der geförderten Ausreise, Studie, [März 2017](#)). Die zentrale Unterbringung sichert insoweit die Umsetzung der Gesetze.

Nun befindet sich der Gesetzgeber gerade bei ausreisepflichtigen Personen immer in einem **Zielkonflikt zwischen der Rechtsdurchsetzung und der Integrationsförderung**, wenn der Rechtsstaat auf einen Verzug der gesetzlichen Ausreisepflicht drängt, zugleich jedoch der Wunsch nach einer dauerhaften Integrationsförderung eine großzügigere Handhabung anmahnt (hierzu bereits *Daniel Thym*, Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des „Integrationsgesetzes“ des Bundes, [ZAR 2016, 241 \(242 f.\)](#)). Es spricht sehr viel dafür, diesen Zielkonflikt über den Zeitablauf abzumildern: Die gesetzliche Ausreisepflicht sollte möglichst schnell vollzogen werden, was freilich nur dann erfolgreich gelingen kann, wenn die Behörden hierzu politisch bereit sind und die Rahmenbedingungen stimmen. Letzteres will der Gesetzentwurf durch die verlängerte zentrale Unterbringung fördern. Wenn in einem konkreten Fall die Abschiebung unrealistisch erscheint, endet auch die Option des § 47 Abs. 1b i.V.m. § 49 Abs. 1 AufenthG. Dann erfolgt eine dezentrale Unterbringung, die zugleich die Integration fördert. Dies stellt sicher, dass die **zentrale Unterbringung nicht zum Dauerzustand** wird.

Dies gilt auch für **Dublin-Fälle**, deren Asylantrag nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AsylG als unzulässig abzulehnen ist und die rein zahlenmäßig der wichtigste Anwendungsfall sein dürften, weil die anderen hier relevanten Voraussetzungen für unzulässige oder offensichtlich unbegründete Asylanträge nach § 29, § 30 AsylG in der Praxis nicht im größeren Umfang vorkommen. § 49 Abs. 1 AsylG stellt auch bei Dublin-Fällen sicher, dass eine zentrale Unterbringung ausscheidet, wenn eine Überstellung nicht zeitnah möglich ist. Dies gilt auch für die erstmalige Anordnung, die ausscheidet, soweit und solange mit einer hinreichenden Gewissheit feststeht, dass in einem konkreten Fall eine Dublin-Überstellungen in einen Mitgliedstaat derzeit faktisch unmöglich sind (für halbwegs aktuelle Daten, die sich freilich in einem ständigen Fluss befinden, siehe die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE: Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2016, [BT-Drs. 18/11262](#) v. 21.2.2017, S. 47). Eine zentrale Unterbringung nach § 47 Abs. 1b AsylG-E **verlangt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Abschiebung**.

Verfahrensrechtlich muss eine verlängerte zentrale Unterbringung aufgrund § 47 Abs. 1b AsylG-E von den Bundesländern angeordnet werden, weil die Norm – anders als die anfängliche Unterbringung nach § 47 Abs. 1 AsylG – keine bundeseinheitliche Linie vorgibt. Dies ist insoweit konsequent, als im Bundesstaat die Länder die örtlichen Gegebenheiten besser kennen und auf regionale Besonderheiten reagieren können. Zugleich birgt die Abhängigkeit von landesrechtlichen Regelungen freilich die Gefahr erheblicher **Unterschiede zwischen den Bundesländern**, wie zuletzt bei der Wohnsitzauflage für anerkannte Flüchtlinge nach § 12a AufenthG oder bei Abschiebungen nach Afghanistan. In einem Bundesstaat sind derartige Unterschiede bis zu ei-

nem gewissen Grad unausweichlich und auch politisch wünschenswert, allein sie können gerade bei der Aufenthaltsbeendigung zu einem Problem werden, wenn die **Zuteilung an ein Land wie in einer Lotterie** über das Aufenthaltsrecht mitentscheidet (so jüngst der Sachverständigenrat, [Pressemitteilung vom 22.3.2017](#)). Die Länder sollten daher die Umsetzung des § 47 Abs. 1b AsylG auch in dem Bewusstsein koordinieren, dass nachhaltige Divergenzen ein gewichtiges Argument dafür sind, dass der **Bund eine ergänzende Vollzugskompetenz** erhält (hierzu der „15-Punkte-Plan“ der Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder, [9.2.2017](#), Nr. 5).

Selbstverständlich müssen bei einer zentralen Unterbringung die Anforderungen des Unionsrechts erfüllt werden. Hierzu gehört, dass Minderjährigen spätestens nach drei Monaten ein **Zugang zur Bildung** gewährleistet wird, der gegebenenfalls in den Aufnahmeeinrichtungen erfolgen und besondere Unterrichtsformen zur Vorbereitung auf einen späteren Schulbesuch umfassen kann (vgl. Art. 14 Abs. 2 f. RL 2013/33/EU; soweit Landesschulgesetze, wie etwa § 34 Abs. 6 SchulG NRW, eine Schulpflicht während der Erstaufnahme nicht vorsehen, sind mithin alternative Bildungsangebote vor Ort einzurichten). Gleiches gilt für sonstige Schutzmaßnahmen und Aufnahmegarantien, etwa gegen sexuelle Übergriffe sowie für Freizeitmöglichkeiten in Übereinstimmung mit der Aufnahme-Richtlinie 2013/33/EU.

Konstanz, den 23. März 2017

The image shows a handwritten signature in black ink. The signature is written in a cursive style and reads "Daniel Thym". The first name "Daniel" is written in a larger, more prominent script, while "Thym" is written in a slightly smaller, more compact script.