
Rechtsschutz und effektive Umsetzung der Ausreisepflicht

Prof. Dr. Uwe Berlit¹

I. Einleitung

1. Zum Problem/Rechtstatsächliches

Eine Debatte um eine effektivere Umsetzung der Ausreisepflicht suggeriert ein massives, zumindest politisch relevantes Vollzugsdefizit bei der Umsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Als Verwaltungsrichter, der schon als Tatsachenrichter mit Migrationsrecht befasst war, weiß ich darum, dass mitunter mit großem Aufwand jahrelang und immer wieder über die Bleibeberechtigung einer Person gestritten wird, die Verfahren für den Ausländer durchweg negativ ausgehen – und es nicht zur Abschiebung kommt. Gestritten werden kann nur über Ursachen, Struktur und Umfang eines Vollzugsdefizits sowie um die Dringlichkeit, Tauglichkeit und migrationspolitische Vertretbarkeit von gesetzlichen oder nichtgesetzlichen „Gegenmaßnahmen“ – nicht dessen Bestehen als solchem. Ein Streitpunkt ist indes, inwieweit das Vollzugs- auf ein Regelungsdefizit zurückzuführen ist.

Dass mit dem Erreichen des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland de facto in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein Daueraufenthalt unabhängig von jeglichem Rechtsgrund bewirkt werden kann,² ist so eine weit verbreitete These. Dass sie nicht völlig unberechtigt ist, erhellt indirekt der (empirisch berechnete) Hinweis, dass bei Normen, die Rechtsfolgen an eine gute Bleibeperspektive knüpfen, nicht allein auf die (bereinigte) Schutzquote, sondern auf den tatsächlichen Verbleib im Bundesgebiet abzustellen sei.

Quantitativ bleibt die Zahl der Abschiebungen in den letzten Jahren mit ca. 20.000 bis 30.000 Abschiebungen deutlich hinter der Zahl der ausreisepflichtigen Personen zurück, die zu einem gegebenen Zeitpunkt ca. 200.000 bis 230.000 Personen beträgt. Dies gilt auch dann, wenn die heterogene Gruppe der ca. 160.000 Ausreisepflichtigen mit Duldung sowie die Zahl der geförderten freiwilligen Ausreisen berücksichtigt wird, die nach einem Sondereffekt durch Rückkehr in Balkanstaaten inzwischen wieder unter die 30.000er-Schwelle gesunken ist. Bei ca. 10 Millionen AusländerInnen im Bundesgebiet handelt es sich indes um ein Problem, das bei statistisch-quantitativer Betrachtung jedenfalls nicht zentral ist. Selbst eine hochgradig effektive Durchsetzung der Ausreisepflicht kann quantitativ nicht das politische Xenophobieproblem lösen.

Qualitativ sieht dies anders aus. Vollzugsdefizite im Recht der Aufenthaltsbeendigung gelten im politischen Diskurs zunehmend als - weiteres - Zeichen eines Versagens nationaler Migrationspolitik und mangelnder Schutzfähigkeit des Staates. Dies gilt namentlich bei AusländerInnen, die (schwere) Straftaten begehen oder als sog. Intensivtäter gelten; bereits hier schwimmt indes, ob es sich um Asylbewerber im Verfahren bzw. bereits anderweitig ausreisepflichtige Personen handelt oder durch eine

¹ Mit ersten Nachweisen versehene Vorbereitungsnotiz zum Vortrag auf den Hohenheimer Tagen zum Migrationsrecht 2019 „Deutsche und europäische Migrationspolitik – Bewährungsprobe für die Menschenrechte“ am 26. Januar 2019. Der Beitrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden. Die Vortragsform ist beibehalten. Das Manuskript wurde am 24.1.2019 abgeschlossen; spätere Entwicklungen – vor allem Referenten- oder Gesetzentwürfe – sind nicht mehr berücksichtigt.

² Klos, Aufenthaltsrecht vor dem Infarkt. Ein rechtspolitisches Menetekel, in: FS Hailbronner, 2016, 123 (132 ff.).

an die Straftat anknüpfende Ausweisung die Ausreisepflicht erst begründet werden soll. Diskutiert wird über rechtliche Maßnahmen in einem migrationspolitisch hoch kontroversen, „verminten“ Umfeld.

2. (Koalitions-)politische Vorgaben

Im Anschluss an den Koalitionsvertrag³ definiert der Masterplan Migration⁴ als politisches Ziel der Maßnahmen im Handlungsfeld „Rückkehr“, dass

- vollziehbar Ausreisepflichtige das Land zeitnah verlassen sollen,
- der negative Abschluss eines Asylverfahrens gleichzeitig der Beginn des Abschiebungsverfahrens sein soll und
- die Zahlen der freiwilligen Rückkehr und der Rückführung deutlich gesteigert werden müssen.

Hierfür werden verschiedene Maßnahmen, u.a.

- ein Ausbau sanktionsbewehrter Mitwirkungsobliegenheiten,
- ein effektives Vorgehen gegen Gefährder und Straftäter,
- eine weitere Verschärfung des Ausweisungsrechts,
- eine Effizienzsteigerung durch Zentralisierung und Ausbau der Bund-Länder-Zusammenarbeit,
- Schaffung weiterer Sanktionsmöglichkeiten bei Behinderung der Durchsetzung der Ausreisepflicht durch Dritte,
- weitere Maßnahmen zur Beschränkung der Möglichkeit zum Missbrauch von ärztlichen Attesten,
- ein Ausbau der Abschiebehaft zur Verhinderung von Untertauchen, aber auch
- eine Verbesserung der Rücknahmebedingungen in den Herkunftsländern bei Gefährdern und eine (weitere) Stärkung freiwilliger Rückkehr.

³ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018 für die 19. Legislaturperiode: Zeilen 542 ff.: Wir sorgen für schnelle, umfassende und rechtssichere Verfahren: Schaffung von Aufnahme-, Entscheidungs- und Rückführungseinrichtungen für die Beschleunigung von Asylverfahren. Unabhängige und flächendeckende Asylverfahrensberatung. Verbesserung von freiwilliger Rückkehr und konsequente Abschiebung von vollziehbar Ausreisepflichtigen. Unterscheidung bei Ausreisepflichtigen nach unverschuldetem oder zurechenbarem Ausreisehindernis, z.B. bei Bezug von Leistungen.“, s.a. Zeilen 5029: „Vollziehbar Ausreisepflichtige müssen unser Land verlassen. Freiwillige Rückkehr und konsequente Abschiebung sind dabei von wesentlicher Bedeutung. Die freiwillige Rückkehr hat Vorrang. Bestehende Hindernisse (z.B. Identitätsfeststellung, Aufnahmewilligen der Herkunftsländer, Passersatzbeschaffung, Arbeit der Potsdamer Clearingstelle, ZUR) wollen wir weiter verringern. Wir starten eine Qualitätsoffensive für die Arbeit des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge. ... Gerade im Interesse der wirklich Schutzbedürftigen und der Akzeptanz in der Bevölkerung wollen wir Ausreisepflichtige stärker danach unterscheiden, ob sie unverschuldet an der Ausreise gehindert sind oder ihnen die fehlende Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ausreisepflicht zugerechnet werden muss. Diese Unterscheidung hat auch Konsequenzen, beispielsweise hinsichtlich des Bezugs von Leistungen. Entsprechendem Änderungsbedarf werden wir nachkommen. ... Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam, einschließlich des Beschwerdeverfahrens, werden wir praktikabler ausgestalten, die Voraussetzungen absenken und klarer bestimmen. Ziel ist, die Zuführungsquoten zu Rückführungsmaßnahmen deutlich zu erhöhen.

⁴ Masterplan Migration. Maßnahmen zur Ordnung, Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung v. 4.7.2018 (https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/migration/masterplan-migration.pdf;jsessionid=6D0B39F70C5A1724F071AF7487481392.2_cid287?__blob=publicationFile&v=5).

Über jede dieser Maßnahmen kann und muss migrationspolitisch gestritten werden. Bei keiner dieser Maßnahmen kann unabhängig von der konkreten Ausgestaltung festgestellt werden, dass sie „a priori“ ein illegitimes Ziel verfolgten oder mit höherrangigem Recht unvereinbar seien.

II. Migrationspolitik und effektive Umsetzung gerechtfertigter Ausreisepflicht

1. Legitimität der Durchsetzung bestehender Ausreisepflichten

1.1 Die Durchsetzung einer bestehenden, allzumal gerichtlich bestätigten Ausreisepflicht ist kein Akt von Ausländerfeindlichkeit. Geltendes Recht ist im Einzelfall auch durchzusetzen – im Migrationsrecht und auch sonst. Vollzugsdefizite in anderen Rechtsgebieten, z.B. im Steuer-, Arbeitsschutz- oder Strafrecht, sind *normativ* kein Argument, auf deren Minderung oder Beseitigung im Migrationsrecht zu verzichten.

Maßnahmen zur Steigerung der Effektivität des Vollzugs bestehender Ausreisepflichten verfolgen ein legitimes Ziel. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber darf hier auch einen Schwerpunkt seiner migrationspolitischen Aktivitäten setzen, solange er die Grenzen beachtet, die sich aus übergeordnetem Recht ergeben.

Bei nicht freiwilliger Rechtsbefolgung rechtfertigt eine bestehende Ausreisepflicht auch den Einsatz von Zwangsmitteln wie der Abschiebung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist materiellrechtlich vor allem bei Begründung und Fortbestand der Ausreisepflicht selbst zu berücksichtigen, nicht beim Ob ihrer zwangsweisen Durchsetzung. Verstärkte Bedeutung gewinnt er dann wieder bei der Art und Weise der Durchführung einer Abschiebung.

1.2 „Ausreisepflicht“ ist ein verwaltungsrechtliches Gebot, keine strafrechtliche Sanktion. Der „nemo tenetur“-Grundsatz gilt nicht. Ausreisepflichtigen Menschen können – auch weitreichende – Mitwirkungsobliegenheiten bei der Vorbereitung einer Ausreise auferlegt werden, auch dann, wenn diese von ihnen nicht gewollt ist.

Eine wichtige, auch rechtliche Grenze bildet die Zumutbarkeit als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Das Problem ist, dass die Grenzziehung hier schwierig ist. Dazu nur ein Beispiel: Das BSG anerkennt eine Leistungskürzung der Leistungen nach dem AsylbLG in Fällen, in denen ein persönliches Fehlverhalten des Leistungsberechtigten bei der Beschaffung von Passersatzpapieren zur Nichtvollziehbarkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen führt.⁵ Weigert sich ein Leistungsberechtigter, der die Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen will, bei der für ihn zuständigen Botschaft eine Erklärung zu unterschreiben, er wolle freiwillig in sein Heimatland zurückkehren (sog. „Ehrenerklärung“), soll einer Leistungskürzung indes der Menschenwürdegrundsatz entgegenstehen.⁶ Das BVerwG hatte dies für das Aufenthaltsrecht anders gesehen.⁷

Unterfall der Unzumutbarkeit ist die Unmöglichkeit. Rechtsschutz ist strukturell auf den Einzelfall bezogen, Rechtsetzung eher auf überindividuelle Problemregulierung. Am Beispiel – vermeintlich oder tatsächlich – fehlender Identitätspapiere zeigt sich der Unterschied. In einer signifikanten, aber eben nicht sicher abschätzbaren Größenordnung wird die Nichtexistenz von Identitätspapieren, deren Verlust oder Wegnahme, vorgetäuscht, um aufenthaltsbeendenden Maßnahmen vorzubeugen, in vielen Fällen fehlen sie tatsächlich. § 30a Abs. 1 Nr. 3 AsylG etwa knüpft verfahrensrechtliche Rechtsfolgen daran, dass ein Identitäts- oder Reisedokument mutwillig vernichtet oder beseitigt worden ist (oder Umstände offensichtlich diese Annahme rechtfertigen). Selbst wenn – ohne valide Tatsachenba-

⁵ BSG, U. v. 12.5.2017 – B 7 AY 1/16 R.

⁶ BSG, U. v. 30.10.2013 – B 7 AY 7/12 R (s. dazu Berlit jurisPR-SozR 22/2014 Anm. 3).

⁷ BVerwG, U. v. 10.11.2009 – 1 C 19.08 (dazu Fricke jurisPR-BVerwG 7/2010 Anm. 4).

sis - unterstellt wird, dass in der Mehrzahl der Fälle das Fehlen von Identitätspapieren tatsachenwidrig vorgetäuscht wird, rechtfertigte dies – angesichts der Beweisprobleme bei Negativtatsachen - keine generelle Umkehr der Darlegungs- oder materiellen Beweislast; dies wäre eine Reaktion, die bei objektiv nicht zurechenbarem Nichtvorhandensein von Identitätspapieren schlechthin unzumutbar und unverhältnismäßig ist. Unbestritten ist dabei, dass die Klärung der (passrechtlichen) Identität eines Menschen im Migrationsrecht zentrale Bedeutung hat. Konsequenz kann daher nur zielgerichtete Ausgestaltung der Obliegenheiten, an der Identitätsklärung mitzuwirken, auch schon vor einer möglichen Abschiebung sein, bei der die aufenthalts- oder sozialrechtlichen Konsequenzen möglicher Obliegenheitsverletzungen verhältnismäßig sein müssen.

1.3 Eine effektive Durchsetzung bestehender Ausreisepflichten ist ein Gebot auch des Unionsrechts. Die Rückführungsrichtlinie verlangt grundsätzlich den Vollzug vollstreckbarer Rückkehrentscheidungen. Art. 8, 9 RL 2008/115/EG sehen nach Ablauf einzuräumender Fristen für die freiwillige Ausreise Zwangsmaßnahmen zur Durchführung vor, die allerdings verhältnismäßig und grundrechtschonend angewandt werden müssen, und begrenzt die Fallgruppen möglichen Abschiebungsaufschubs.

1.4 Die für den Rechtsschutz beste Umsetzung der Ausreisepflicht ist die freiwillige Ausreise. Rückkehrberatung und Erhöhung der Aufnahmebereitschaft der Rückkehrzielstaaten ist nicht zuletzt als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Zwangsmitteln vorzuziehen, ohne nach Ablauf von Ausreisefristen geboten zu sein. Solange die Rückkehrberatung nicht rechtsschutzverkürzend falsch ist, ist auch eine nicht ergebnisoffene Beratung „im Schatten der Abschiebung“ legitim und legal; damit ist nicht gesagt, dass sie zielführend ist.

2. Differenzierungsnotwendigkeiten Personengruppen und Ziele

Die Gruppe der „vollziehbar Ausreisepflichtigen“ ist nicht homogen und (fast) ebenso vielfältig wie die Gründe, die rechtlich oder faktisch einem „effektiven Vollzug“ entgegenstehen können.

Politisch wirkmächtig wird danach differenziert, ob es sich um (abgelehnte) Asylbewerber handelt oder um sonstige Ausländer, aber auch danach, ob es sich um (Mehrfach-)Straftäter oder „rechts-treue“ AusländerInnen handelt.

Sowohl für die migrationspolitische als auch – partiell - die rechtliche Bewertung relevanter Differenzierungen sind vielfältig. Exemplarisch zu nennen ist, ob es um alleinstehende Personen oder Familien, um voll- oder minderjährige Menschen geht, ob die Identität feststeht oder nicht, nach dem Gesundheitszustand, der Aufenthaltsdauer bis zur Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht, den während dieser Aufenthaltszeit entfalteten Integrationsbemühungen (und hierbei erreichter Integrationserfolge), dem Grad der Mitwirkungsbereitschaft an behördlichen Aufklärungs- oder Abschiebungsvorbereitungsmaßnahmen bis hin zu den Verhältnissen im Abschiebezielstaat im Vorfeld von Abschiebungshindernissen. Eine besondere, im Folgenden auszusparende Personengruppe sind Ausländer, gegenüber denen eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG ergangen ist.⁸

3. Maßnahmenebene

Fast ebenso vielfältig wie die Zusammensetzung der Gruppe der vollziehbar ausreisepflichtigen Menschen sind die möglichen Maßnahmen zur Effektivierung der Ausreisepflicht. Systematisch können sie unterschiedlichen Ebenen bzw. Regulierungsansätzen zugeordnet werden, die sich nicht zuletzt nach Steuerintensität, Regulierungsmodus und Rechtsschutzrelevanz unterscheiden.

⁸ S. dazu Berlit, ZAR 2018, 89.

3.1 Dem Vollzug der Ausreisepflicht systematisch vorgelagert ist deren Begründung, insbesondere durch Erweiterung von Ausweisungsmöglichkeiten, eine Heraufsetzung der Anforderungen an die Erlangung von Aufenthaltstiteln oder eine Beschränkung von Duldungsgründen. Wegen der Gestaltungsbefugnisse des demokratisch legitimierten Gesetzgebers konzentriert sich Rechtsschutz hier auf die fehlerfreie Anwendung im Einzelfall und die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht; allein migrationspolitischer Dissens rechtfertigt nicht die Aussetzung der Abschiebung.

Maßnahmen zur Förderung der Bereitschaft zur freiwilligen Rückkehr (Rückkehrberatung und -unterstützung; Wiedereingliederungsunterstützung in den Abschiebezielstaaten) werfen regelmäßig keine Rechtsschutzprobleme auf. Maßnahmen zur Förderung der freiwilligen Erfüllung einer sofort vollziehbaren Rechtspflicht sind jedenfalls dann nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geschuldet, wenn sie über die bloß tatsächliche Erfüllung der Ausreisepflicht (z.B. durch Übernahme der anderweitig nicht aufzubringenden Transportkosten) hinausgehen. Die grundsätzlichen Bedenken, die gegenüber Formen staatlichen „Nudging“⁹ geltend gemacht werden,¹⁰ greifen nicht, wenn es um die freiwillige Erfüllung mit Zwangsmitteln durchsetzbarer Verhaltenspflichten geht. Rückkehrberatung muss dann realistisch und fair, nicht aber ergebnisoffen sein.

Gerichtliche Kontrolle ist irrelevant auch bei allen Maßnahmen, welche die Rückübernahmebereitschaft der Abschiebezielstaaten und ihrer Mitwirkung an Vorbereitungsmaßnahmen, z.B. bei der Identitätsfeststellung und der Ausstellung von Identitätspapieren, erhöhen sollen. Gerichtlich überprüfbar sind hier allein die Grenzen, die den hier weitreichenden Mitwirkungsobliegenheiten der Ausreisepflichtigen gesetzt sind (§§ 15 ff. AsylG; § 82 AufenthG).

3.2 Rechtsschutz im Vorfeld einer Abschiebung kommt vor allem bei Eingriffsmaßnahmen in Betracht, die auf die Beseitigung faktischer Abschiebungshindernisse zielen, z.B. durch Gewährleistung der Erreichbarkeit für Abschiebungsmaßnahmen durch Wohnsitzauflagen,¹¹ Verpflichtung zur Unterkunftnahme in bestimmten (Ausreise)Einrichtungen,¹² Melde- oder Präsenzpfllichten oder durch Abschiebehaft oder -gewahrsam, dessen materiell-rechtliche Ausgestaltung durch gesetzliche Sofortvollzugsanordnungen flankiert und effektuiert werden kann. Die historisch gewachsene, aktuell schwerlich reversible Verteilung des Rechtsschutzes auf zwei Rechtswege schwächt hier kohärente Konzeptionen.

Raum für gerichtlichen Rechtsschutz ist bei allen Maßnahmen, die mittelbarer den Ausreisedruck durch Verschlechterung der Bleibebedingung erhöhen sollen. Sie sind gerichtlich an den Gewährleistungen zu messen, die u.a. das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes und der Menschenwürdegrundsatzes verheißen; diese Grenzen sind auch dann zu beachten, wenn sie trotz aller Absenkung immer noch bessere Lebensbedingungen garantieren als im Abschiebezielstaat. Der ausgebaute Sozialstaat des Grundgesetzes kann bereits im europäischen Vergleich den „Wettbewerb der Schäßigkeit“ nicht gewinnen – und muss nichtintendierte Nebenfolgen (z.B. Abtauchen in die illegale Ökonomie) im Blick behalten.

3.3 Maßnahmen zur verbesserten ebenenübergreifenden behördlichen Zusammenarbeit unter partieller Neuverteilung der Zuständigkeiten haben die grundgesetzlich vorgegebene Kompetenzordnung zu beachten, sind dann aber bei klarer Zuordnung von Kompetenzen und Verantwortung für den

⁹ Weber/Schäfer, Nudging“. Ein Spross der Verhaltensökonomie, Staat 56 (2017), 561; Bornemann/Smeddinck, Anstößiges Anstoßen? Kritische Beobachtungen zu „Nudging“, ZParl 2016, 437.

¹⁰ Dazu etwa Hufen, Nudging – oder: Wohin und wie weit geht darf der Staat seine Bürger schubsen?, in: FS Schmidt-Preuß 2018, 99.

¹¹ Zu räumlichen Beschränkungen nach § 61 Abs. 1c AufenthG s. etwa VG Cottbus, U. v. 18.5.2018 – 3 K 265/16; zu den Anforderungen an die Sofortvollzugsanordnung s.a. OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 25.4.2018 – 2 M 24/18; SächsOVG, B. v. 14.9.2015 – 3 B 232/15.

¹² Dazu VG Bayreuth, B. v. 7.5.2018 – B 6 S 18.14; VG Schleswig, B. v. 5.6.2018 – 11 B 68/18; B. v. 23.2.2018 – 11 B 22/18; B. v. 22.1.2018 – 11 B 88/17; OVG Schleswig, B. v. 21.12.2017 – 4 MB 93/17 (u.a. zur Sachgerechtigkeit der Anordnung unter Ausschluss schikanöser oder der Sanktionierung dienender Auflagen).

gerichtlichen Rechtsschutz normativ weitgehend irrelevant. Arbeitsteilung, Spezialisierung und Zentralisierung bergen „Effizienzpotentiale“, schwächen aber strukturell die Fähigkeit und Bereitschaft administrativer Einheiten zur umfassenden Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles; faktisch steuern sie auch die Kommunikation zwischen Behörden, Gerichten und regional agierender Anwaltschaft.

Eine föderale Dimension haben auch erweiterte Eingriffsbefugnisse im Asyl- oder Aufenthaltsrecht in Bereichen, die grundsätzlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen, z.B. bei der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen. Bereits die Abschiebung selbst ist eine bundesgesetzliche Vollstreckungsmaßnahme besonderer Art, für die die Regelungskompetenz des Bundesgesetzgebers unbestritten ist. Eingriffsmaßnahmen zu deren Vorbereitung, z.B. das Betreten oder die Durchsuchung von Wohnungen, um einer abzuschiebenden Person habhaft zu werden oder vermeintlich nichtexistente Identitätspapiere aufzufinden,¹³ werden nach Landesrecht beurteilt. Für die bundesgesetzlich vorausgesetzte Abschiebung als Teil des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer (Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG) bzw. der Angelegenheiten der Flüchtlinge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG) kommt jedenfalls für „abschiebungstypische“ Vollstreckungsmaßnahmen zur Vorbereitung oder Durchführung der Abschiebung eine konkurrierende Gesetzgebung des Bundes in Betracht.

3.4 Durch Rechtsetzung schwer zu fassen sind Vorkehrungen, welche auf die Art und Weise der Durchsetzung bestehender Ausreisepflichten einwirken sollen bzw. – als nichtintendierte Nebenfolge – können, sowie Maßnahmen, welche die effektive Inanspruchnahme von Rechtsschutz faktisch erschweren oder verhindern. Einer gezielten Verhinderung der Inanspruchnahme von Rechtsberatung und Rechtsschutz steht Art. 19 Abs. 4 GG entgegen; Rechtsschutz gegen unverhältnismäßige, faktische Erschwerungen ist weitgehend nur indirekt denkbar. Anders ist dies bei Präklusionsregelungen, Veränderungen des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes, Rücknahme der Prüfungsdichte, z.B. durch administrative Ermessens- oder Beurteilungsspielräume, oder Entscheidungsvorgaben (z.B. Gewichtungsvorgaben im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes).

4. Bisherige Maßnahmen?

(Weitere) Maßnahmen zur effektiveren Umsetzung der Ausreisepflicht fangen nicht am „Nullpunkt“ an. Aus den letzten Jahren ist neben der zum 1.1.2016 in Kraft getretenen Neuordnung des Ausweisungsrechts¹⁴ exemplarisch nur zu erinnern an die Maßnahmen im Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht,¹⁵ die – zwischenzeitlich erweiterten - Möglichkeiten zur räumlichen Beschränkung des Aufenthalts in § 61 Abs. 1b bis 1e AufenthG¹⁶ und die Einfügung eines besonders schwer wiegenden Ausweisungsinteresses bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und weitere Straftaten.¹⁷ Anwendungspraxis und Wirkungen dieser teils umstrittenen Regelungen¹⁸ sind indes weitgehend unerforscht und angesichts der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auch symbolischer Gesetzgebung für die Debatte um Notwendigkeit und Gestalt auch weitgehend unerheblich.

¹³ Dazu etwa KG Berlin, B. v. 20.3.2018 – 1 W 51/18; OLG Düsseldorf, B. v. 23.1.2018 – I-3 Wx 239/17.

¹⁴ Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung v. 27.7.2015, BGBl. I, 1386 (dazu Beichel-Benedetti NJW 2015, 2531).

¹⁵ Gesetz v. 20.7.2017, BGBl. I, 2780 (dazu Hörich/Tewocht NVwZ 2017, 1153).

¹⁶ Gesetz v. 23.12.2014, BGBl. I, 2439.

¹⁷ Gesetz v. 4.11.2016, BGBl. I, 2450.

¹⁸ Dazu nur die Stellungnahmen von ProAsyl, Becker und Hörich in der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 27.3.2017; positiver die Stellungnahmen von Thym, Richter und Sommer.

III. Rechtliche Vorgaben

Rechtsschutz bei Vollzug der Ausreisepflicht muss effektiv sein – und ist im Rechtsstaat notwendige Voraussetzung, nicht Gegensatz effektiven behördlichen Vollzugs vollziehbarer Ausreisepflichten. Gerichtlicher Rechtsschutz ist auf die Durchsetzung bestehender Rechte beschränkt; bis zur Grenze der Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht sind die Entscheidungen und Bewertungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers anzuwenden und durchzusetzen.

1. Allgemeines zum Rechtsschutz

1.1 Ausreisepflichtige AusländerInnen sind Menschen und Rechtssubjekte. Ihnen stehen alle grundlegenden Menschenrechte, insbesondere ein Anspruch auf Achtung und Wahrung ihrer Menschenwürde in allen Phasen eines Aufenthaltsbeendigungsprozesses zu. Zu ihrer Durchsetzung und Verteidigung ihrer Rechte müssen ihnen im Rechtsstaat des Grundgesetzes effektive Durchsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dies gilt unabhängig vom Grund der Aufenthaltsbeendigung. Auch wiederholte oder schwere Straftaten führen nicht zur Verwirkung grundlegender Menschenrechte. Die öffentliche Rede von einer „Verwirkung des Gastrechts“ mag als politische Positions- und Zielbestimmung gemeint sein; es ist jedenfalls nicht die Wiedergabe der Rechtslage.

1.2 Das Rechtsschutzsystem der Verwaltungsgerichtsordnung stellt ein System von Verfahren zur Verfügung, der geeignet und grundsätzlich in der Lage ist, eine effektive Durchsetzung bestehender Rechte hinsichtlich des Ob's aufenthaltsbeendender Maßnahmen zu gewährleisten. Fehler auch in gerichtlichen Verfahren oder kritikwürdige Einzelentscheidungen weisen nicht auf „systemische Mängel“ des gesamten Rechtsschutzsystems.

1.3 Faktische Rechtsschutzlücken können sich aus der faktischen Nichterreichbarkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes aufgrund der Zeitstruktur einer Abschiebung ergeben. Soll eine dem Grunde nach mögliche Abschiebung ohne vorherige Ankündigung des Abschiebungstermins (§ 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG) vollzogen werden,¹⁹ ist der Abschiebungsvollzug von der Behörde nicht schon wegen des vom Ausländer geäußerten Wunsches auszusetzen, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu wollen; die mit dem Verzicht auf die Ankündigung des Abschiebungstermins verbundene Rechtsschützerschwerung soll verfassungsrechtlich unbedenklich sein.²⁰

Dem Ausländer muss aber am Abschiebungstage – auch aus der Abschiebungshaft oder dem Abschiebungsgewahrsam heraus – jederzeit diejenige Kommunikation ermöglicht werden, die zur sach- und zeitgerechten Führung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erforderlich ist;²¹ durch Besuchszeiten oder Personalmangel bewirkte Kommunikationsbeschränkungen sind in allen Gewahrsamseinrichtungen weitestgehend auszuschließen.

Für die Verwaltungsgerichte bedeutet dies, dass Erreichbarkeit und Entscheidungsfähigkeit auch für kurzfristige Entscheidungen – und sei es durch verfahrenssichernde Hängebeschlüsse – sicherzustellen ist. Dem Ausländer ist dabei zuzumuten, dass er nach Eintreten der Unanfechtbarkeit einer Abschiebungsandrohung/-ordnung eingetretene Umstände, welche die Abschiebung in einen bestimmten Zielstaat hindern, möglichst frühzeitig der Behörde anzuzeigen hat. Bei entscheidungserheblichen Neuentwicklungen, die von der Abschiebungsbehörde nicht als hinreichend erachtet werden, kommt

¹⁹ Zur Anwendbarkeit des § 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG in Fällen der Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren s. NdsOVG, B. v. 13.3.2018 – 13 PA 39/18.

²⁰ S.a. BayVGh, B. v. 17.7.2018 – 19 CE 18.1210.

²¹ S.a. BayVGh, B. v. 17.7.2018 – 19 CE 18.1210; s.a. BVerfG (Kammer), B. v. 22.5.2018 – 2 BvQ 45/18.

auch vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz²² in Betracht; bei Verzicht auf jede Ankündigung einer dann auch schnell vollzogenen Abschiebung wird Behörden und Gerichten allerdings der Verweis auf den nachträglichen bzw. an den Beginn der Abschiebungsmaßnahmen anknüpfenden Rechtsschutz abgeschnitten.²³ Auch ein untergetauchter ausreisepflichtiger Ausländer hat ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Aussetzung der Abschiebung, den er in Anspruch nehmen kann, sobald er wieder auftaucht und der zuständigen Behörde den tatsächlichen Aufenthalts- und Wohnort mitteilt.²⁴ i

1.4 Vergleichbare Rechtsschutzlücken können sich in Bezug auf die Art und Weise des Vollzugs der Abschiebung ergeben, soweit diese nicht ihrerseits der richterlichen Anordnung bedürfen.²⁵ Rechtsverstöße selbst werden hier oft die Abschiebung selbst nicht hindern (können), so dass allenfalls nachträglicher feststellender Rechtsschutz in Betracht kommt.

1.5 Die Inanspruchnahme von Rechtsschutz in allen Phasen eines Aufenthaltsbeendigungsprozesses ist die Wahrnehmung gesetzlich eingeräumter Rechte, nicht deren Missbrauch. Dies gilt auch dann, wenn die Erfolgsaussichten der Inanspruchnahme von Rechtsschutz gering sind oder der Rechtsweg aus der Sicht der Betroffenen zur Verzögerung des Abschiebungsprozesses beschritten wird. Das Prozessrecht enthält hinreichend Möglichkeiten, (offenkundig) erfolglose Rechtsbehelfe und -mittel schnell und effektiv zu bescheiden. Die derzeitige strukturelle Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht den Rechtsschutzsuchenden zuzurechnen: Der Staat steht in der Pflicht, seine Gerichte so auszustatten, dass über Rechtsschutzbegehren auch schnell und effektiv entschieden werden kann (Art. 19 Abs. 4 GG). Tatsächlich eintretende Verzögerungseffekte infolge unzureichender Ausstattung der Dritten Gewalt bieten allenfalls Anlass, diese funktionsgerecht auszustatten; sie sind kein Grund, Rechtsschutzmöglichkeiten zu beschneiden oder gar abzuschaffen.

1.6 Die Inanspruchnahme von qualifiziertem Rechtsbeistand ist im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes ein selbstverständliches Recht. Asyl- und ausländerrechtliche Verfahren mögen nicht von den Garantien des Art. 6 EMRK umfasst sein. Bereits das primäre und sekundäre Unionsrecht garantiert indes gerade im Asylbereich²⁶ die Inanspruchnahme - grundsätzlich unentgeltlicher - rechtlicher Beratung, die teils aber an die hinreichenden Erfolgsaussichten geknüpft werden kann. Der Vorwurf einer (auch anwaltlichen) „Anti-Abschiebeindustrie“ verkennt diesen auch nationalem Verfassungsrecht (Art. 19 Abs. 4 GG) entsprechenden grundlegenden rechtsstaatlichen Ansatz der Europäischen Union. Dass in Zeiten quantitativ gesteigerter Abschiebungsbemühungen auch und gerade durch standardisierte und effizienzorientierte, arbeitsteilige behördliche - und in diesem Sinne: industrielle - Verfahrensabläufe auch hierauf bezogene Rechtsdienstleistungen partiell einen industrie-/fabrikmäßigen Charakter annehmen mögen, liegt in der Natur der Sache und ist nicht per se kritikwürdig.

2. Völker-, Unions- und Verfassungsrecht als Grenze effektiver Umsetzungsmaßnahmen

2.1 Die allgemeinen Grenzen des Ausweisungsrechts werden bei Schutzsuchenden oder international Schutzberechtigten durch Völker- und Unionsrecht begrenzt. Die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK, Art. 12 Abs. 2, Art. 14 Abs. 3 und 4 RL 2011/95/EU bzw. § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2 AsylG sowie die

²² Dazu noch immer instruktiv Dreier, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, JA 1987, 415.

²³ S. BVerfG, (Kammer), B. v. 8.11.2017 - 2 BvR 809/17; VG Cottbus, B. v. 22.1.2018 - 6 L 726/17.A; s. aber VG München, B. v. 23.3.2018 - M 2 E 18.30913 (noch kein Anordnungsgrund, wenn die Pass- oder Passersatzpapiere für den Ausländer noch nicht vorliegen).

²⁴ BayVGh, B. v. 26.1.2016 - 10 CE 15.2640.

²⁵ Zur richterlichen Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung zwecks Durchführung der Abschiebung eines Ausländers s. OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 19.2.2018 - OVG 6 L 14.18; VG Berlin, B. v. 16.2.2018 - 19 M 62.18 (unter Berufung auf KG Berlin, B. v. 20.3.2018 - 1 W 51.18).

²⁶ S. nur Art. 27 Abs. 5 und 6 VO (EU) 604/2013; Art. 19 ff. RL 2013/32/EU.

Zurückweisungs- oder Titelversagungsgründe (Art. 21 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 RL 2011/95/EU) ziehen der Ausweisung und Abschiebung von straffälligen Asylantragsstellern völkerrechtlich Grenzen. Bei der Einfügung des § 54 Abs. 1a AufenthG sind mit zumindest beachtlichen Gründen Bedenken geäußert worden, ob hierauf gestützte Ausweisungen bei dem besonders geschützten Personenkreis letztlich zu einer Abschiebung in den Herkunftsstaat führen kann. Mit der „inlandsbezogenen Ausweisung“ hat das Bundesverwaltungsgericht²⁷ die Verhinderung einer weiteren Aufenthaltsverfestigung durch Ausweisung ermöglicht, ohne Abschiebungshindernisse bzw. -verbote zu missachten.

Eine weitere Absenkung der Hürden für eine Abschiebung, wie sie in Reaktion auf die wahllosen, strafbaren und -würdigen Attacken betrunkenere jugendlicher Asylbewerber auf Passanten im Amberg gefordert worden sind, kann nach Unions- und Völkerrecht jedenfalls nicht so weit gehen, dass die dortigen Handlungen erfasst wären. Tötungsdelikte, Raub, schwere Sexual- oder Körperverletzungsdelikte (wie z.B. Vergewaltigung) sind bereits *de lege lata* erfasst.

2.2. Selbst bei schweren und schwersten Straftaten zieht Art. 3 EMRK zumindest der Abschiebung absolute Grenzen. Dies gilt auch bei Wiederholungsgefahr oder Intensivtätern. Diese Grenze, die nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des EGMR ausgeformt worden ist, entzieht sich nationaler Gestaltungsmacht - jedenfalls solange, wie die Bundesrepublik Deutschland Signatarstaat der EMRK ist. Dies birgt Akzeptanz- und Folgeprobleme. Sie sind aber innerhalb und durch das nationalstaatliche Rechtssystem zu bewältigen. Bei vergleichbaren Tätern deutscher Staatsangehörigkeit ist der - völker- und unionsrechtlich mögliche - „Problemtransfer“ in die Herkunftsstaaten ausgeschlossen.

2.3 Unionsrechtlich nicht eindeutig geregelt oder vom EuGH gar entschieden ist, inwieweit gesteigerte Meldepflichten im Vorfeld einer Abschiebungsmaßnahme statthaft sind, ohne den Voraussetzungen und Regelungen des Kap. IV RL 2008/115/EG zu unterfallen, oder ob von diesen Bindungen eine zum Abschiebungsgewahrsam modifizierte „Abschiebungshaft ‚light‘“ (§ 62b AufenthG)²⁸ oder Anwesenheits- bzw. Meldepflichten in Gemeinschaftsunterkünften/AnKER-Zentren befreien.

2.4 Jede Erweiterung von Abschiebungshaftmöglichkeiten ist an Art. 15 ff. RL 2008/115/EG zu messen. Sie erlauben Haftmaßnahmen zwar auch dann, wenn die Abzuschiebenden die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern. Auch dann hat aber die Haftdauer so kurz wie möglich zu sein und darf sich nur auf die Dauer der laufenden Abschiebungsvorkehrungen erstrecken. Diese Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lässt für eine *substantielle* Erweiterung von Haftgründen und -dauer keinen Raum. Denkbar bleiben punktuelle Erweiterungen und Klarstellungen sowie Regelungen, welche die Darlegung bestehender Haftgründe durch die zuständigen Behörden erleichtern oder - ohne Rechtsschutzverkürzung - das Verfahren vereinfachen.

Bei den Haftmaßnahmen erlaubt Art. 18 RL 2008/115/EG in Notlagen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, drei Inhaftnahme-Bestimmungen der Richtlinie nicht anzuwenden (die Verpflichtung zur zügigen Erstüberprüfung der Inhaftnahme durch eine Justizbehörde, die Verpflichtung zur Inhaftnahme nur in speziellen Hafteinrichtungen und die Verpflichtung zur gesonderten Unterbringung von Familien, die ein angemessenes Maß an Privatsphäre gewährleistet). Voraussetzung ist, dass eine außergewöhnlich große Zahl von Drittstaatsangehörigen, deren Rückkehr sicherzustellen ist, zu einer unvorhersehbaren Überlastung der Kapazitäten der Hafteinrichtungen eines Mitgliedstaats oder seines Verwaltungs- oder Justizpersonals führt; das Rückkehrhandbuch der Kommission gibt keinen näheren Aufschluss zu den Anforderungen an eine Notlage.

²⁷ BVerwG, U. v. 22.2.2017 – 1 C 3.16 – BVerwGE 157, 325.

²⁸ Zu den gegenüber § 62b AufenthG geäußerten verfassungs- und europarechtlichen Bedenken s. etwa Neundorf/Brings, ZRP 2015, 145 (146); Huber/Beichel-Benedetti, Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl., § 62b Rn. 3; Hörich/Tewocht, NVwZ 2017, 1153 (1154); zum Merkmal der „fortgesetzten“ Verletzung von Mitwirkungspflichten s. BGH, B. v. 20.4.2018 – V ZB 226/17.

Notwendige Voraussetzung ist eine Umsetzung in das nationale Recht. Art. 18 RL 2008/115/EG räumt den Mitgliedstaaten wohl keinen Einschätzungsspielraum für das Bestehen einer Notlage ein. Zweifelhaft ist, ob

- eine veränderte nationale Strategie beim Einsatz von Haftmaßnahmen im Rahmen der Rückführung eine „unvorhersehbare“ Überlastung der entsprechenden Einrichtungen zu begründen geeignet ist,
- welche Anforderungen an die vorausschauende Planung und Errichtung entsprechender Einrichtungen zu stellen sind und
- welche Konsequenzen sich für die Nutzung der Notlagenklausel ergeben, wenn hier Versäumnisse festzustellen sein sollten.

Keine Ausnahme rechtfertigt nach dem Stand des Ausbaues des deutschen Justizsystems die Notlagenklausel aus meiner Sicht jedenfalls von der (wirksamen) Prüfung von Inhaftierungsmaßnahmen durch die Gerichte.

2.5 Von einer materiellen Absenkung der Voraussetzungen für die Verhängung von Abschiebungshaft oder einer Erweiterung des Personenkreises zu trennen ist die Ausgestaltung der Regelungen. Sie werden teilweise als schwer handhabbar und unsystematisch empfunden und sollen daher „praktikabler ausgestaltet und klarer bestimmt werden“.²⁹ Dies ist ein sinnvolles Ziel und ist geeignet, durch klare Regelungen Rechtsschutz zu erleichtern und damit zu beschleunigen.

2.6 Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum³⁰ begrenzt nach nationalem Recht den Einsatz des Sozialrechts zur Förderung der Ausreisebereitschaft. Nicht zu vertiefen ist hier, ob das im Entwurf der Dublin IV-VO vorgesehene Leistungsverbot des unzuständigen Mitgliedstaates die Aussage des Bundesverfassungsgerichts zu „überspielen“ vermag, dass das nationale Sozialrecht nicht zu migrationspolitischen Steuerungszwecken eingesetzt werden darf. Eine „Bedarfsdeckung durch Ausreise“ ist bei Drittstaatsangehörigen noch schwerer zu begründen als bei dem Leistungsausschluss für nicht freizügigkeitsberechtigte EU-Bürger (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II).³¹ Die für das 1. Halbjahr 2019 anstehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Sanktionensystem des SGB II wird zudem Klarheit darüber schaffen, ob nicht bedarfsbezogen begründete Leistungsabsenkungen dem Grunde nach mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum vereinbar sind.

Die – deutlichen – Anspruchseinschränkungen in § 1a AsylbLG erfassen bereits de lege lata zahlreiche der ausreisepflichtigen Personen, ohne durch ein sozialrechtliches „race to the bottom“ die angestrebten Effekte zu erzielen. Die gegen diese Regelungen geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken³² haben zwar bislang in der sonst durchaus „vorlagefreudigen“ Sozialgerichtsbarkeit keinen Widerhall gefunden. Das nationale Verfassungsrecht dürfte aber für eine weitere Niveauabsenkung oder eine Erweiterung des davon betroffenen Personenkreises allenfalls geringe Spielräume lassen. Bislang kaum thematisiert ist die verfassungsrechtlich zulässige Dauer des Bezuges abgesenkter Leistungen.

2.7 Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit kann Abschiebungen aus medizinischen Gründen Grenzen setzen. Auf ein hier bestehendes bzw. angenommenes „Missbrauchspotential“ zielen § 60 Abs. 2b und c AufenthG. Inzwischen ist anerkannt, dass diese Regelungen nach Wort-

²⁹ BT-Drs. 19/5817, 125 (

³⁰ BVerfG, U. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BverfGE 132, 134 (Rn. 94 f.) (Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen).

³¹ Krit. Berlit, NDV 2017, 67.

³² Siefert, Asylbewerberleistungsgesetz, §1a Rn. 4; Pelzer/Pichl, KJ 2016, 207.

laut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck auch die Feststellung zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse (§ 60 Abs. 7 AufenthG) umfassen und ihnen allgemeine Bedeutung für die Frage zukommt, welche Anforderungen an eine qualifizierte ärztliche Bescheinigung zu stellen sind.³³ Der Begriff der „ärztlichen Bescheinigung“ meint nach der Entstehungsgeschichte³⁴ Bescheinigungen approbierter Ärzte; namentlich sollen allein psychologische/psychotherapeutische Stellungnahmen zur Widerlegung der Reisefähigkeitsvermutung nicht ausreichen. Dieses Quasi-„Beweisverbot“ verbietet aber nicht die Berücksichtigung. Es schließt insb. eine zusätzliche Heranziehung von Attesten von Psychotherapeuten oder Psychologen im Rahmen der richterlichen Überzeugungsbildung nicht aus.³⁵ Solche Stellungnahmen können – je nach Aussagekraft – auch „anderweitige tatsächliche Anhaltspunkte“ i.S.d. § 60a Abs. 2d Satz 2 AufenthG bescheinigen, welche der Behörde weitere Aufklärungsmaßnahmen, insb. die Anordnung einer (amts)ärztlichen Untersuchung, gebieten.³⁶

IV. Ausgewählte Einzelfragen

1. AnKER-Zentren und Rechtsschutz

Abschiebungen scheitern immer wieder daran, dass die abzuschiebenden Personen in dem entscheidenden Augenblick nicht greifbar oder gar insgesamt „untergetaucht“ sind. Das Verbot der Ankündigung eines Abschiebungstermins und der Abschiebegewahrsam sollen hieran Hinreichendes nicht geändert haben. Aktuelle Daten sind – soweit erkennbar – nicht veröffentlicht. Eine Konsequenz kann sein, die Ausreisepflichtigen im Vorfeld der Abschiebehaft zur Wohnsitznahme in entsprechenden Ausreiseeinrichtungen zu verpflichten, dies mit (nächtlichen) Präsenz- und engmaschigen Meldepflichten zu verbinden und auch den räumlichen Bewegungsbereich stark einzuschränken. Dies kann so ausgestaltet werden, dass solche Einrichtungen (noch) nicht (notwendig) als Abschiebehaftereinrichtungen zu werten sind und daher dem Trennungsgebot von Strafvollzug und Vollzug der Abschiebehaft unterfallen.

Diese Einrichtungen müssen dann nach ihrer Lage und den Mobilitäts- und Kommunikationsmöglichkeiten so ausgestaltet sein, dass anwaltlicher Rechtsbeistand und gerichtlicher Rechtsschutz auch tatsächlich effektiv erreichbar sind. Im Ergebnis sind die Mindestanforderungen, die das Bundesverfassungsgericht³⁷ an die Rechtsschutzgewähr im Flughafenverfahren aufgestellt hat, auch in den AnKER-Zentren sicherzustellen.³⁸ Die u.a. aus Sicherheitsgründen legitimen Zugangskontrollen und das Hausrecht rechtfertigen – vorbehaltlich begründeter Bedenken im Einzelfall – nicht, Hilfsorganisationen und zivilgesellschaftliche Unterstützungspersonen, welche die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu vermitteln geeignet sind, den Zutritt zu solchen Einrichtungen zu verweigern. Das Schweizer Modell der systematischen, unabhängigen Rechtsberatung weist auf Alternativen.

2. Elektronische Fußfesseln

§ 56a AufenthG³⁹ ermöglicht seit Mitte 2017 als milderes Mittel zur Haft und als Alternative zur extrem aufwändigen durchgehenden Observation bei ausreisepflichtigen „Gefährdern“ eine elektroni-

³³ OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 28.9.2017 – 2 L 85/17; NdsOVG, B. v. 7.9.2018 – 10 LA 343/18; s.a. OVG Bremen, B. v. 13.6.2018 – 2 LA 50/17; SächsOVG, B. v. 9.5.2018 – 3 B 319/17; OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 2.10.2018 – 6 A 11552/17; BayVGH, B. v. 26.4.2018 – 9 ZB 18.30178; VG Augsburg, U. v. 17.5.2018 – Au K 17.31062; VG Regensburg, B. v. 5.9.2018 – RN 7 K 16.32563.

³⁴ BT-Drs. 18/7538, 19 (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren).

³⁵ NdsOVG, B. v. 7.9.2018 – 10 LA 343/18.

³⁶ S.a. SächsOVG, B. v. 9.5.2018 – 3 B 319/17.

³⁷ BVerfG, B. v. 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93.

³⁸ S.a. BRAK, Sicherstellung der Inanspruchnahme unabhängiger rechtlicher Beratung und Vertretung in AnKER-Zentren, Stellungnahme Nr. 33/Okttober 2018.

³⁹ Eingefügt durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7.2017, BGBl. I, 2780.

sche Überwachung des Aufenthaltsortes. Ungeachtet der Kritik, die gegen diese Regelung im Gesetzgebungsverfahren vorgetragen worden ist, dürfte diese Regelung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung einen (noch) verhältnismäßigen Eingriff in die auch AusländerInnen zustehenden Rechte u.a. auf informationelle Selbstbestimmung bedeuten und den Anforderungen entsprechen, welche das Bundesverfassungsgericht⁴⁰ zu vergleichbaren Instrumenten aufgestellt hat.⁴¹ Es mag auch Raum für eine moderate Erweiterung der Voraussetzungen, gewisse Vereinfachung im Verfahren oder Veränderungen in Anordnungs- und Durchführungsbefugnis bestehen.

Eine flächendeckende Anwendung elektronischer Fußfesseln zur Aufenthaltsfeststellung in Fällen drohender Untertauchensgefahr oder bei bestimmten Personengruppen (z.B. bei Personen ohne geklärte Identität oder bei unzureichender Mitwirkung bei der Identitätsfeststellung oder Abschiebungsvorbereitung)⁴² scheidet allerdings – unabhängig von dem erheblichen technischen Aufwand – aus. Sie bewirkt jedenfalls einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte auch Ausreisepflichtiger. So wenig es ein „Recht zum Untertauchen“ gibt, so wenig gibt es eine staatliche Befugnis zur Totalkontrolle. Eine elektronische Fußfessel ist auch kein im Vergleich zur Abschiebehaft milderes Austauschmittel, sondern ein aliud hierzu.

3. Personen ohne geklärte Identität und/oder unzureichende Mitwirkungsbereitschaft

Nach nicht bestätigten Presseberichten⁴³ sollen Ausländer, die ihre Identität verschleiern oder bei der Beschaffung von Ersatzpapieren nicht mitwirken, direkt „ausreisepflichtig“ und nicht mehr geduldet werden. Der Sache nach – so scheint es – sollen die Ausschlussgründe bei dem humanitären Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 4 Satz 3 und 4 AufenthG auch auf die Duldung (§ 60a AufenthG) übertragen werden.

Unions- oder Verfassungsrecht gebieten grundsätzlich nicht, bei fortbestehender Ausreisepflicht deren Aussetzung förmlich zu bescheinigen. Auch Art. 6 Abs. 4 RL 2008/115/EG setzt eine Entscheidung für einen „sonstigen Aufenthaltstitel“, als der aus unionsrechtlicher Perspektive eine Duldung erscheinen mag,⁴⁴ voraus, verschafft den Ausreisepflichtigen aber keinen Duldungsanspruch. Auch wenn es insoweit nach langjährigem Aufenthalt Grenzen für einen „Nichtstatus“ im illegalen Aufenthalt geben wird, ist dem nationalen Gesetzgeber ein breites Gestaltungsermessen einzuräumen. Der Wegfall der Duldung ändert aber zunächst nichts an der fehlenden Abschiebungsmöglichkeit. Er kann aber als „Schlüssel“ für „Folgemassnahmen“ dienen, etwa verstärkten Präsenzpflichten, räumliche Beschränkungen, der Unterbringung in (geschlossenen?) Einrichtungen oder – deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit unterstellt – abgesenkten Sozialleistungen.

Vor allem kann er den vollständigen und dauerhaften Ausschluss vom Arbeitsmarkt, von Integrationsangeboten und sonstigen Maßnahmen „organisieren“, die rechtlich oder tatsächlich zu einer Aufenthaltsverfestigung führen (könnten). Dies liegt in der Logik auch des Entwurfes eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung,⁴⁵ das einen sog. „Spurwechsel“ aus dem Asylverfahren in das Aufenthaltsrecht begrenzen will und künftig für die Beschäftigungs- und Ausbildungsduldung u.a. verlangt, dass der Ausländer die erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen für die Identitätsklärung ergriffen hat. Dieser „Trennungsgrundsatz“ unter Ausschluss jeglicher Aufenthaltsverfestigung soll Anreize für Einreise oder weiteren Verbleib senken, ist aber konzeptionell nur dann überzeugend, wenn bei diesem Personenkreis tatsächlich eine signifikante Steigerung von Rückführungen

⁴⁰ BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966, 1140/09 – BVerfGE 140, 220

⁴¹ S.a. Dollinger in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl., München 2018, § 56a AufenthG Rn. 5 ff.

⁴² In diese Richtung Bild-Zeitung v. 17.1.2019 („Fußfesseln! Vorbereitungshaff! Geheimplan: verschärfte Abschiebung“).

⁴³ Bild-Zeitung v. 17.1.2019 (Fn. 42).

⁴⁴ Bauer/Dollinger in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl., München 2018, § 60a AufenthG Rn. 3.

⁴⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung: BR-Drs. 8/19 v. 4.1.2019.

erreicht werden kann. Ansonsten drohen eine Abwanderung in die „illegale“ Ökonomie (einschließlich der Kriminalität) mit mittel- bis langfristigen schwer prognostizierbaren Folgeproblemen.

4. Erweiterung der Haftgründe

Die Gründe für eine Abschiebehaft wegen Fluchtgefahr oder Behinderung der Vorbereitung der Rückkehr oder der Durchführung des Abschiebungsverfahrens sind im Anschluss an Art. 15 Abs. 1 RL 2008/115/EG und den Empfehlungen der Kommission für ein Rückkehr-Handbuch⁴⁶ in § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, § 2 Abs. 14 AufenthG eingehend geregelt. Die in Art. 6 Entwurf Neufassung RückführRL⁴⁷ vorgesehene eingehende Regelung der Kriterien, die objektiv auf eine Fluchtgefahr weisen, und die Erweiterung der Haftgründe auf die Sicherheitsaspekte (Art. 18 Abs. 1 Buchst. c) Entwurf Neufassung RückführRL) erweitern künftig diesen Rahmen, können aber ungeachtet der Reichweite der Erweiterung aktueller Rechtsetzung nicht zu Grunde gelegt werden. Für Sicherheitsaspekte ist allerdings nicht eindeutig, inwieweit diese außerhalb der Richtlinie und ohne durch diese begrenzt zu sein, geregelt werden können.⁴⁸

Vor diesem Hintergrund sehe ich de lege lata für eine allgemeine Absenkung der Haftvoraussetzungen/-gründe nur geringen Spielraum; es bleiben Möglichkeiten und Anlässe punktueller Erweiterungen und Erleichterungen, deren Beurteilung indes ohne Kenntnis der Regelungsvorschläge spekulativ bleiben muss.

- Der Verzicht auf die Erwartung einer zeitnahen Abschiebung bei ausreisepflichtigen Ausländern, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben Dritter ausgeht (§ 62a Abs. 3 Satz 4 AufenthG), ist mit Blick auf das auch konventionsrechtliche Gebot⁴⁹ grenzwertig, dass (reine) Abschiebehaft eine bereits konkretisierte Abschiebung voraussetzt, mag damit auch keine reine Gefährderhaftung jenseits anerkannter Abschiebehaftgründe eingeführt worden sein.⁵⁰
- Die Höchstfristen des Art. 15 Abs. 5, 6 RL 2008/115/EG schöpft § 62 Abs. 4 AufenthG bereits aus.
- Unionsrecht lässt es zu, die Verlängerungsmöglichkeit in Fällen, in denen sich die Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten verzögert, auf alle Haftkonstellationen zu erweitern und nicht auf Gefährder nach § 58a AufenthG zu beschränken.
- Mit Blick auf Art. 104 Abs. 2 GG dürfte es sich bei der in der Presse⁵¹ erwähnten Vorbereitungshaft für Terrorverdächtige und Identitätstäuscher, bei der ein Richter nicht zustimmen müsse, um eine Falschmeldung handeln.

V. Schlussbemerkung

Politisch hat sich die Große Koalition in der Koalitionsvereinbarung und im Masterplan Migration auf einen grundsätzlich „härteren Kurs“ bei den Zwangsmitteln der Abschiebung verständigt, ohne die

⁴⁶ Empfehlung (EU) 2017/2338 v. 16.11.2017, Nr. 14.1 (139 ff.).

⁴⁷ Vorschlag der Kommission COM(2018) 634 final = DR-Drs. 473/18 v. 19.9.2018.

⁴⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH (U. v. 30.11.2009 – C-357/09 [Kadzoev]) ist es nicht Ziel des Art. 15 RL 2008/155/EG, die Gesellschaft vor Personen zu schützen, die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährden; dies habe durch Regelungen des Strafrechts, des Verwaltungsrechts und der Rechtsvorschriften über die Beendigung des legalen Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu erfolgen.

⁴⁹ EGMR, U. v. 19.2.2009 – Nr. 3455/05 – NJW 2010, 3359 (Ls.).

⁵⁰ So zu Recht Thym, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 27.3.2017, 3 f.

⁵¹ Bild-Zeitung v. 17.1.2019 (Fn. 42).

Möglichkeiten freiwilliger (geförderter) Rückkehr und deren Förderung aus dem Blick zu verlieren. Dies mag sich migrationspolitisch ebenso als der falsche Weg erweisen wie der Versuch, die Fluchtzuwanderung systematisch strikt von der aus anderen Zuwanderungsgründen zu trennen. Es ist aber nicht Aufgabe des grundgesetzlich gewährleisteten effektiven Rechtsschutzes, vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffene Entscheidungen zu korrigieren – wenn und soweit sie mit höherem Recht im Einklang stehen.

Dieser Text ist ausschließlich zum privaten Gebrauch bestimmt. Jede weitere Vervielfältigung und Verbreitung bedarf der ausdrücklichen, schriftlichen Genehmigung der Urheberin/des Urhebers bzw. der Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart. Alle Rechte bleiben bei der Autorin/dem Autor. Eine Stellungnahme der Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart ist durch die Veröffentlichung dieser Präsentation nicht ausgesprochen. Für die Richtigkeit des Textinhaltes oder Fehler redaktioneller oder technischer Art kann keine Haftung übernommen werden. Weiterhin kann keinerlei Gewähr für den Inhalt, insbesondere für Vollständigkeit und Richtigkeit von Informationen übernommen werden, die über weiterführende Links von dieser Seite aus zugänglich sind. Die Verantwortlichkeit für derartige fremde Internet-Auftritte liegt ausschließlich beim jeweiligen Anbieter, der sie bereitstellt. Wir haben keinerlei Einfluss auf deren Gestaltung. Soweit diese aus Rechtsgründen bedenklich erscheinen, bitten wir um entsprechende Mitteilung.

Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart
Im Schellenkönig 61
70184 Stuttgart
Telefon: +49 711 1640-600
E-Mail: info@akademie-rs.de