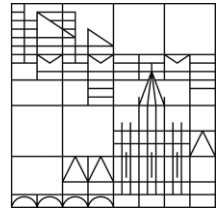


FZAA
Forschungszentrum
Ausländer- & Asylrecht

Universität
Konstanz



Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
18(4)269 G

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europa- und Völkerrecht**

**Direktor des Forschungszentrums
Ausländer- und Asylrecht (FZAA)**

Fach D116, 78457 Konstanz

+49-7531-88-2247

daniel.thym@uni-konstanz.de

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 23. März 2015 über den

Entwurf eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4097 und BT-Drs. 18/2470.

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses. Meine inhaltlichen Anmerkungen betreffen die folgenden Einzelpunkte:

1. Einreise- und Aufenthaltsverbot (zu Art. 1, Nr. 5; § 11 AufenthG)

Im Kern reagiert die Neufassung des § 11 AufenthG auf die geänderte europäische Rechtslage sowie die hieran anknüpfende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Befristung von Amts wegen zu erfolgen hat und nicht erst auf Antrag des Betroffenen (vgl. insb. BVerwGE 143, 277). Explizit weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die neue Rechtslage zugleich „grund- und menschenrechtliche Impulse“ aufgreift (Rn. 37). Diese **höchstrichterliche Rechtsprechung**, die schon bisher von den Gerichten und Behörden anzuwenden war, wird durch die Neufassung der § 11 Abs. 1-5, 8 AufenthG kodifiziert und insoweit ein Beitrag zu mehr Rechtsklarheit geleistet.

Eine Neuregelung findet sich hingegen in § 11 Abs. 6 f. n.F., soweit dort die Möglichkeit („kann“) eines Einreise- und Aufenthaltsverbots für Personen eröffnet wird, die nicht ausgewiesen, abgeschoben bzw. zurückgeschoben wurden und sich mithin unter Umständen weiterhin im Bundesgebiet aufhalten. In der Praxis dürfte es hierbei nicht zuletzt um **abgelehnte Asylbewerber, insbesondere aus sicheren Herkunftsstaaten**, gehen, die zukünftig immer mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt werden können. Ein näherer Blick in die europäische Rechtslage zeigt, dass diese Ausweitung des Einreiseverbots zwingend war und nach meiner Einschätzung nicht weit genug geht.

Wichtig für das Verständnis der Neuregelung ist die Einsicht in einen Systemwechsel, der mit der Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG einhergeht: Die frühere deutsche Rechtslage knüpfte an die Abschiebung bzw. Zurückschiebung an; einzig bei der Ausweisung wurde schon bisher eine innerstaatliche Behördenentscheidung, die ein Aufenthaltsrecht beendet, in der Praxis aber nicht notwendig zur tatsächlichen Ausreise des Betroffenen führt, mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot belegt. Die Rückführungs-Richtlinie verfolgt ein anderes Modell, wenn **Art. 11 Abs. 1 RL 2008/115/EG das Einreiseverbot prinzipiell an die Rückkehrentscheidung** koppelt (unabhängig davon, ob tatsächlich eine freiwillige Ausreise oder zwangsweise Rückführung stattfindet). Des Weiteren unterscheidet Art. 11 Abs. 1 zwischen Situationen, in denen die **Mitgliedstaaten ein Einreiseverbot verhängen müssen (Englisch: „shall“)**, und solchen, in denen die Mitgliedstaaten diesen Schritt ohne eine Verpflichtung im Einzelfall gehen können (Englisch: „can“). Der ersten Variante unterfallen Situationen, in denen keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde, etwa weil der Betroffene auch nach Ablauf der Ausreisefrist sich noch im Inland aufhält. Sowohl der Wortlaut als auch der systematische Abgleich der beiden Varianten zeigt, dass die Mitgliedstaaten im ersten Fall prinzipiell keine Wahlfreiheit haben sollen, ob ein Einreiseverbot verhängt wird. Dies gilt umso mehr, als durch die Pflicht zur Verhängung eines Einreiseverbots die praktische Wirksamkeit (effet utile) des Richtlinienziels gefördert wird, das der EuGH in der Realisierung einer „wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik“ identifiziert (EuGH, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, Rn. 59). Die Rückführung muss für die Mitgliedstaaten eine „Priorität“ haben (EuGH, *G. & R.*, C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, Rn. 43).

Hieraus folgt, dass die Bundesrepublik die Rückführungs-Richtlinie falsch umsetzen würde, wenn sie insb. in Situationen, in denen ein Ausländer einer Rückkehrverpflichtung nicht nachkommt (Art. 11 Abs. 1 Buchst. b RL 2008/115/EG), kein Einreiseverbot verhängte. Dieser drohenden Vertragsverletzung beugt § 11 Abs. 6 f. AufenthG n.F. jedenfalls teilweise vor. Dennoch **geht speziell § 11 Abs. 6 AufenthG n.F. nicht weit genug**, weil aus dem

Vorstehenden folgt, dass bei einer fehlenden Beachtung der Rückkehrverpflichtung die Verhängung eines Einreiseverbots grds. eine europarechtliche Verpflichtung darstellt. Aus diesem Grund **empfehle ich, das Wort „kann“ in § 11 Abs. 6 AufenthG n.F. durch die Formulierung „soll“ zu ersetzen**, damit der europarechtlichen Pflicht zur Etablierung einer wirksamen Rückführungspolitik genüge getan wird. Darüber hinaus könnte im Interesse eines zügigen Verfahrens festgelegt werden, dass das Einreiseverbot speziell bei Anträgen von Personen aus sicheren Herkunftsstaaten (§ 11 Abs. 7 Nr. 1 AufenthG n.F.) mit der Entscheidung über den Asylantrag und der Abschiebungsandrohung nach § 34a AsylVfG zu verbinden ist, aufschiebend bedingt für den Fall, dass der Rückkehrverpflichtung nicht binnen der Ausreisefrist nachgekommen wird.

Europarechtlich bestünden darüber hinaus keine Bedenken, wenn der Bundestag zu dem Ergebnis kommen sollte, speziell **bei abgelehnten Asylanträgen aus sicheren Herkunftsstaaten in der Zukunft keine oder eine kürzere Frist zur freiwilligen Ausreise** zu gewähren, die § 36 Abs. 1 AsylVfG derzeit mit einer Woche festlegt. Gemäß Art. 7 Abs. 4 der Rückführungs-Richtlinie können die Mitgliedstaaten bei Anträgen auf einen Aufenthaltstitel, die als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurden, keine oder eine stark verkürzte Ausreisepflicht vorsehen; in diesem Fall muss nach Art. 11 Abs. 1 Buchst. a RL 2008/115/EG zugleich ein Einreiseverbot verhängt werden. Diese Verkürzung der Ausreisefrist ist freilich nur eine Option, über deren Nutzung rechtspolitisch zu entscheiden ist. Anders als bei der Einführung sowie der vorgeschlagenen Modifizierung des § 11 Abs. 6 AufenthG n.F. besteht keine europarechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden.

Der Vollständigkeit wegen sei angemerkt, dass Art. 24 Abs. 1 f. SIS-II-VO (EG) Nr. 1987/2006 einer **europaweiten Ausschreibung von Einreiseverboten im Schengener Informationssystem** nicht entgegenstehen dürfte. Dies folgt bereits aus dem Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Ordnung in Abs. 1 der genannten Norm, das nach der etablierten EuGH-Rechtsprechung eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung [verlangt], die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (EuGH, *Bouchereau*, 30/77, EU:C:1977:172, Rn. 33/35). Angesichts des dargestellten Richtlinienziels sowie der vertraglichen Verpflichtung auf eine „verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung“ (Art. 79 Abs. 1 AEUV) unterfallen eine Missachtung einer Ausreisepflichtung sowie ein hieran anknüpfendes Einreiseverbot gemäß Art. 11 Abs. 1 Buchst. a RL 2008/115/EG dem Kriterium der öffentlichen Ordnung in der genannten SIS-II-Verordnung. Darüber hinaus stellt die Erwägung Nr. 18 RL 2018/115/EG klar, dass ein europaweiter Informationsaustausch über Einreiseverbote auf Grundlage der SIS-II-Verordnung durchgeführt werden soll, womit der *effet utile* der Rückführungs-Richtlinie gesichert wird.

2. Nachqualifikation (zu Art. 1, Nr. 8; § 17a AufenthG)

Die Neuregelung erscheint als ein sinnvoller Mosaikstein, der die bestehenden Regelungen zur Wirtschaftsmigration aus Drittstaaten ergänzt und insoweit die Reformen konsequent fortschreibt, die der Bundestag anlässlich der Umsetzung der Blue Card-Richtlinie vereinbarte, als durch eine Vielzahl von Einzelregelungen ein durchaus großzügiges System für die Arbeitsmarktzulassung geschaffen wurde, das sich inhaltlich nur graduell von den Regelungen klassischer Einwanderungsländer wie Kanada unterscheidet (hierzu Thym, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung am 23.4.2012, [Ausschuss-Drs. 17\(4\)482C](#)). Aus der wissenschaftlichen Beobachterperspektive fällt auf, dass **der vorliegende Gesetzentwurf einen inhaltlichen Schwerpunkt besitzt, der zugleich auch eine Alternative bzw. Konkurrenz zur Anwerbung qualifizierter und engagierter Nachwuchskräfte aus dem Ausland darstellt**, wenn Personen, die nach der Konzeption des Aufenthaltsgesetzes sowie der Rückführungs-Richtlinie ausreisen müssten, ein Bleiberecht mit Arbeitsmarktzugang erhalten, das großzügiger ausgestaltet ist als die Regelungen zur Wirtschaftsmigration, wenn etwa das Bleiberecht keine vollständige Lebensunterhaltssicherung voraussetzt. Es ist eine Frage der rechtspolitischen Präferenz und Priorität, ob man diesen Weg beschreiten möchte. Man sollte sich freilich bewusst machen, dass eine indirekte Regelung der Wirtschaftsmigration über den Umweg des Bleiberechts immer auch bedeutet, dass man potentiellen Bewerbern aus Drittstaaten die Möglichkeit einer Zuwanderung nach Deutschland abschneidet, weil die Aufnahme-Ressourcen von Wirtschaft und Gesellschaft begrenzt sind. **Wer für mehr Zuwanderung eintritt, muss nicht für das Bleiberecht sein.** Eine Alternative bildet eine konsequente Umsetzung bzw. Erleichterung der Wirtschaftsmigration aus Drittstaaten, indem man etwa mit Unterstützung der Wirtschaft die Anwerbung von Personen für eine Berufsqualifikation fördert. Hiervon profitierten anstelle von geduldeten Personen, die ihrer Ausreisepflicht nicht nachkommen, etwa ukrainische, türkische, tunesische oder syrische Nachwuchskräfte, die im Ausland angeworben würden. Ein Eintreten für das Bleiberecht verringert die Chancen für letztgenannte Personen.

3. Bleiberecht (zu Art. 1, Nr. 12 f.; §§ 25a f. AufenthG)

Rechtlich ist der Gesetzgeber bei der Einführung, Änderung oder Aufhebung von Bleiberechtsregelungen weitgehend frei. Insbesondere werden durch die Änderung bzw. Einführung von §§ 25a f. AufenthG n.F. keine höherrangigen Rechtsnormen verletzt. Es ist stattdessen eine **Frage der politischen Klugheit**, ob man ein alters- und stichtagsunabhängiges Bleiberechtsregelung nach dem Modell der §§ 25a f. AufenthG n.F. als richtige Antwort

auf die ausländerrechtlichen Herausforderungen der Gegenwart erachtet. Aus gesetzessystematischer Perspektive ist eine doppelte Anmerkung angezeigt:

Wenn die Gesetzesbegründung meint, dass §§ 25a f. AufenthG n.F. eine „gesetzliche Lücke im geltenden Aufenthaltsrecht“ (S. 27) schließt, überzeugt dies nicht. **Seit Jahren kennt das deutsche Aufenthaltsrecht alters- und stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelungen**, die jdf. in der Gesetzesbegründung teils offen als solche bezeichnet wurden. So rechtfertigte die Bundesregierung in der Begründung des Zuwanderungsgesetzes in auffälliger Parallelität zum vorgeschlagenen §§ 25a f. n.F. den heutigen § 25 Abs. 5 AufenthG über humanitäre Aufenthaltserlaubnisse nach 18 Monaten im Duldungsstatus damit, dass sichergestellt werden soll, „dass die Praxis der ‚Kettenduldung‘ beendet wird. Ein positiver Ermessensgebrauch wird jdf. für Minderjährige und für seit längerem in Deutschland sich aufhaltende Ausländer geboten sein“ (BT-Drs. 15/420, S. 80 für eine strengere Vorläuferfassung des heutigen § 25 Abs. 5). Ähnliches gilt für die Härtefallkommissionen nach § 23a AufenthG sowie § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG, die gleichfalls eine alters- und stichtagsunabhängige Legalisierung ermöglichen. Tatsächlich wurden aufgrund dieser Normen zahlreiche Altfälle geklärt. Am 31. Dezember 2014 besaßen 6026 Personen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG, 10.869 Personen aufgrund von § 24 Abs. 4 S. 2 AufenthG sowie 49.898 Personen nach § 25 Abs. 5 AufenthG (siehe die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE: Zahlen in der Bundesrepublik Deutschland lebender Flüchtlinge zum Stand 31.12.2014, BT-Drs 18/3987 v. 10.02.2015). Dies zeigt, dass **§§ 25a f. AufenthG n.F. keine Lücke füllen, sondern eine Erweiterung der Legalisierungsoption darstellen**. Es würde mich nicht überraschen, wenn schon bald eine weitere Ausweitung gefordert würde, weil nicht alle Ausländer den großzügigen Voraussetzungen der §§ 25a f. AufenthG n.F. unterfallen werden.

Soweit der Begriff der „Lücke“ in der Gesetzesbegründung (S. 27) über die Schaffung einer Neuregelung hinaus impliziert, dass in Anlehnung an die zivilrechtliche Dogmatik der Regelungsanspruch des Aufenthaltsgesetzes erst dann zur vollen systemgerechten Entfaltung käme, wenn eine stichtags- und altersunabhängige Bleiberechtsregelung nach dem Modell der §§ 25a f. AufenthG n.F. eingeführt würde, so überzeugt dies nicht. Gewiss sprechen sehr gute humanitäre Erwägungen dafür, dass der illegale Aufenthalt nicht ad indefinitum fortgeführt und stattdessen eine Legalisierungsoption eröffnet wird. Dem **Wunsch nach einer humanitär motivierten Einzelfallgerechtigkeit** kann jedoch ebenso gut durch stichtagsbezogene und/oder „versteckte“ Bleiberechtsregelung nach dem Modell der §§ 25 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 AufenthG genüge getan werden. Ihr zentraler Vorteil gegenüber §§ 25a f. AufenthG n.F. besteht darin, dass geringere Nebenwirkungen für die Steuerungsfähigkeit des Migrationsrechts entstehen dürften, die § 1 Abs. 1 AufenthG sowie Art. 79 Abs. 1 AEUV

dem deutschen und europäischen Recht als Zielvorgabe vorgibt (vgl. Thym, Migrationsverwaltungsrecht (Mohr Siebeck, 2010), Kap. 1). Bleiberechtsregelungen können dieses Regelungsziel beeinträchtigen, weil sie **über die intendierte Einzelfallgerechtigkeit hinaus nicht beabsichtigte Rückwirkungen auf die Steuerungs-fähigkeit** entfalten, wenn etwa mehr Personen einen inhaltlich aussichtslosen Asylantrag in der Erwartung stellen, dass der Aufenthalt früher oder später legalisiert werde – auch wenn das genaue Ausmaß derartiger Rückwirkungen sozialwissenschaftlich nicht verlässlich bestimmt werden kann, weil ein jeder Migrationsvorgang von zahlreichen Push- und Pull-Faktoren abhängt, die Bleiberechtsregelungen als einen Faktor unter vielen erscheinen lassen. Es liegt jedoch nahe, dass eine offiziell als solche bezeichneten stichtags- und altersunabhängigen Bleiberechtsregelung schon aufgrund der öffentlichkeitswirksamen Signalwirkung größere Rückwirkungen auf die Steuerungs-fähigkeit entfaltet als die bisherigen Regelungen.

4. Ausweisungsrecht (zu Art. 1, Nr. 29; §§ 53-56 AufenthG)

Die prinzipielle Abstufung zwischen Ist-, Regel- und Ermessensausweisung in der bisherigen Fassung der **§§ 53-56 AufenthG ist seit Jahrzehnten der Gegenstand einer rechts-politischen Kritik**. Diese Kritik machte sich insb. daran fest, dass das Stufensystem über keine hinreichende Flexibilität verfügte und daher auch mit menschenrechtlichen Vorgaben in Konflikt geraten konnte. In den vergangenen Jahren ist diese Kritik aus gutem Grund verstummt. Aufgrund einer Reihe von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts findet die Stufenregelung in den allermeisten Fällen keine Anwendung mehr. Unter Rückgriff auf die Menschenrechte nahm speziell das BVerwG die „erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens ... zum Anlass, [die Ausnahmen] weiter zu fassen: [Die] Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung liegt bereits dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten“ (BVerwGE 129, 367, Rn. 24; näher die damalige BVerwG-Präsidentin Eckertz-Höfer, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, 41–46 & 93–96 sowie Thym, Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung, DVBl. 2008, 1346–1355). Dieser **menschenrechtlich indizierte Umbau des Ausweisungsrechts** wurde im Wege der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung erreicht und bewirkte ganz konkret, dass ein Blick in das Gesetz seit einigen Jahren häufig irreführend ist, weil die Rechtspraxis aufgrund der Vorgaben der Höchstgerichte längst einen anderen Weg beschreiten muss.

Der vorliegende Gesetzentwurf unternimmt eine **Anpassung der formellen Rechtslage an die menschenrechtlichen Vorgaben nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung** und geht in einigen Punkten noch über die Rechtsprechung hinaus, weil diese sich für die Notwendigkeit einer Einzelfallwürdigung nur auf Personen bezog, die seit Jahren im Bundesgebiet leben und insoweit dort „verwurzelt“ sind (BVerwG, ebd., Rn. 25). Der vorliegende Gesetzentwurf erfasst darüber hinausgehend auch Personen, die sich erst seit kurzem im Bundesgebiet aufhalten. Entgegen der bisherigen Rechtslage ist in diesen Fällen das Stufensystem von Ist-, Regel- und Ermessensausweisung nicht mehr anwendbar; es erfolgt eine Einzelfallbetrachtung, die im Ergebnis eine **Besserstellung speziell von Personen mit einem kurzfristigen Aufenthalt** darstellt. Dies gilt umso mehr, als – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – die Ermessens-Entscheidung in eine vollständig gerichtlich überprüfbare Abwägung umgewandelt wird, in deren Folge verbleibende Elemente des Behördenermessens zurückgedrängt werden. In anderen Worten: Spielräume der Verwaltung werden zugunsten der Ausländer eingeschränkt.

Prinzipiell ist die Neuregelung gelungen und steht im Einklang mit der Menschenrechtsjudikatur. Dies wiederum ist kein Zufall, weil die Neuregelung auf einen Vorschlag zurückgeht, an dem Harald Dörig als Mitglied des für das Ausländerrecht zuständigen ersten Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts in Leipzig beteiligt war. In einem Punkt erscheint **§ 53 n.F. im Lichte der EGMR-Rechtsprechung freilich als zu knapp geraten**. § 53 Abs. 2 n.F. spricht ganz allgemein davon, dass die „persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen im Bundesgebiet und im Herkunftsstaat“ zu berücksichtigen seien. Dies ist insoweit zutreffend, als in die Güterabwägung eine geringe Bindung an die Bundesrepublik ebenso zulasten des Ausländers einzustellen ist wie eine enge persönliche Bindung an die Herkunftsgesellschaft. Bei der Beschreibung der maßgeblichen Gesichtspunkte bleibt der **Entwurf mit der Formulierung „persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen“ freilich sehr allgemein**. Die Große Kammer des EGMR formuliert dies in ständiger Rechtsprechung griffiger, wenn sie auf „the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination“ abstellt (so erstmals EGMR, Ur. v. 18. 10. 2006, [Nr. 46410/99](#), *Üner gegen die Niederlande*; Französisch: „la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux“). Ich empfehle daher, **§ 53 Abs. 2 n.F. um einen Zusatz zu ergänzen, der klarstellt, dass auch die „sprachliche und gesellschaftliche Integration“ in die Güterabwägung einfließen kann**.

Eine Neufassung könnte etwa durch die Ergänzung eines § 53 Abs. 2 S. 2 n.F. erfolgen, der lauten könnte: „²Hierbei kann der Grad **der sprachlichen und gesellschaftlichen Integration** berücksichtigt werden.“ Ob derartige Integrationsdefizite bzw. -leistungen zu berück-

sichtigen wären, richtete sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei der Integrationsgrad je nach Sachverhalt zugunsten oder zulasten des Ausländers in die Güterabwägung wirkte. Dass die genannten Kriterien nach der EGMR-Rechtsprechung zu berücksichtigen sind, folgt nicht nur aus der zitierten Formulierung, mit der die Große Kammer abstrakte Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgibt. Es gibt eine Vielfalt von **Einzelentscheidungen, in denen der EGMR die Bedeutung speziell von Sprachkenntnissen wie sonstiger Integrationsfaktoren hervorhebt**,¹ etwa den Bildungserfolg oder die Erwerbstätigkeit (näher Thym, Residence as *de facto* Citizenship?, in: Ruth Rubio-Marin (Hrsg.): Human Rights and Immigration ([OUP, 2014](#)), S. 106, 125 f., 139 f.). Dass diese Faktoren relevant sein können, würde durch die Ergänzung klargestellt.

Für das Gesamtverständnis der Neuregelung ist zentral, dass man den Blick vorrangig auf § 53 Abs. 1 f. AufenthG n.F. richtet und sich bewusst macht, dass die in §§ 54 f. n.F. geregelten (besonders) schwerwiegenden Ausweisungs- bzw. Bleibeinteressen gesetzliche Typisierungen darstellen, die nichts daran ändern, dass **jede Ausweisung in Zukunft auf einer einzelfallbasierten Interessenabwägung nach Maßgabe der §§ 53 Abs. 1 f. AufenthG n.F. beruht**, die im vollen Umfang gerichtlich überprüfbar ist und ggfls. durch eine eigenständige gerichtliche Beurteilung ersetzt werden kann. Hieraus folgt zugleich, dass die typisierte Interessenabstufung in §§ 54 f. n.F. keine abschließende Regelung darstellt. Ob aufgrund der notwendigen „Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ (§ 53 Abs. 1 n.F.) andere Ausweisungs- bzw. Bleibeinteressen als (besonders) schwerwiegend einzustufen sind, richtet sich nach dem Einzelfall; die genannten Kriterien sind in der Sache mit strafrechtlichen Regelbeispielen vergleichbar. Diese **Regelungsstruktur könnte noch besser zum Ausdruck gebracht werden, wenn man jeweils das Wort „insbesondere“ oder „beispielsweise“ in der Eingangsformulierung ergänzte**; dies sollte, über den Vorschlag des Bundesrats hinausgehend (vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 107 f.), freilich alle vier Konstellationen eines (besonders) schwerwiegenden Ausweisungs- bzw. Bleibeinteresses gemäß § 54 Abs. 1, 2 I, § 55 Abs. 1, 2 AufenthG erfassen.

In der Praxis kann die neue Regelungsstruktur insoweit zu einem Missverständnis führen, als das notwendige „Überwiegen“ der Ausreiseinteressen so missverstanden werden könnte, als bei einer Gegenüberstellung schwerer Ausweisungsinteressen nach § 54 Abs. 2

¹ Für Sprachkenntnisse bereits die abstrakte Vorgabe in EGMR, Urt. v. 2.8.2001, Nr. 54273/00, *Boultif v. Schweiz*, Rn. 48 sowie, mit Blick auf den Einzelfall, EGMR, Urt. v. 9.10.2003 (GK), Nr. 48321/99, *Slivenko u.a. gegen Lettland*, Rn. 123; EGMR, Urt. v. 23.06.2008 (GK), Nr. 1638/03, *Maslov gegen Österreich*, Rn. 96 f.; EGMR, Urt. v. 19.02.1998, Nr. 26102/95, *Dalia gegen Frankreich*, Rn. 63; EGMR, Urt. v. 13.10.2011, Nr. 41548/06, *Trabelsi gegen Deutschland*, Rn. 62-64; EGMR, Urt. v. 14.02.2012, Nr. 26940/10, *Antwi u.a. gegen Norwegen*, Rn. 94; EGMR, Urt. v. 15.11.2012, Nr. 38005/07, *Kissiwa Koffi gegen die Schweiz*, Rn. 66; EGMR, Urt. v. 30.07.2013, Nr. 948/12, *Berisha gegen die Schweiz*, Rn. 60.

n.F. sowie schwerer Bleibeinteressen nach § 55 Abs. 2 n.F. gleichsam ein Patt angenommen würde, das einer Ausweisung entgegenstünde. Dies wäre insofern falsch, als die gesetzliche Typisierung nur das relative Gewicht *einzelner* Gesichtspunkte vorgibt, mit dem diese in die einzelfallorientierte Güterabwägung nach § 53 Abs. 1 n.F. einzufließen haben, sodass in der aufgeführten Situation sonstige private bzw. öffentliche Belange herangezogen werden müssen, um zu entscheiden, ob im Einzelfall das Ausreise- oder Bleibeinteresse überwiegt. Dies könnte in der Gesetzesbegründung deutlicher klargestellt werden, um Missverständnissen bei der Rechtsanwendung vorzubeugen.

5. Abschiebehaft (zu Art. 1, Nr. 2, 31-33; § 2 Abs. 17 f., §§ 62 ff. AufenthG)

Im Vergleich zu klassischen Einwanderungsländern ist die deutsche Rechtspraxis zur Abschiebung von einer ausgeprägten Zurückhaltung geprägt. Dies zeigt ein **Vergleich mit dem klassischen Einwanderungsland der Vereinigten Staaten**, wo allein im Jahr 2013 rund 438.000 Abschiebungen durchgeführt wurden (vgl. US Department of Homeland Security, Yearbook of Immigration Statistics: 2013 Enforcement Actions, online unter <http://www.dhs.gov/yearbook-immigration-statistics-2013-enforcement-actions>). Zum Vergleich: in demselben Jahr wurden in der Bundesrepublik weniger als 18.000 Personen abgeschoben, zurückgewiesen, zurückgeschoben oder im Rahmen des Dublin-Systems überstellt (kumulierte Daten nach der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE: Abschiebungen im Jahr 2013, BT-Drs. 18/782 v. 12.03.2014). Die deutsche Praxis ist nicht nur in absoluter Hinsicht überaus zurückhaltend; auch bei einer relativen Betrachtung fällt auf, dass deutlich weniger Personen abgeschoben werden als in den Vereinigten Staaten. **Jenseits des Atlantiks wurden im Jahr 2013 rund 1380 Personen pro 1 Million Einwohner abgeschoben, in Deutschland nur 219 Personen**, was ungefähr einem Sechstel der amerikanischen Praxis entspricht.

a) Definition der Fluchtgefahr (zu Art. 1, Nr. 2; § 2 Abs. 17 AufenthG)

Nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. a der Rückführungs-Richtlinie darf eine Abschiebehaft unter anderem dann angeordnet werden, wenn „Fluchtgefahr“ besteht, wobei die Mitgliedstaaten zugleich verpflichtet werden, die nähere Definition der Fluchtgefahr durch „objektive, gesetzlich festgelegte Kriterien“ zu regeln (Art. 3 Nr. 7 RL 2018/115/EG). Das hierauf aufbauende Urteil des Bundesgerichtshofs zur parallelen Bestimmung in der Dublin-III-Verordnung stellte fest, dass die alte deutsche Rechtslage rechtswidrig war und stattdessen eine gesetzliche Konkretisierung zu erfolgen habe (BGH, Beschl. v. 26.6.2014, V ZB 31/14). Wichtig ist die Einsicht, dass die vom BGH geforderte Konkretisierung sich auf die fehlende gesetzliche

Konkretisierung bezieht – und mithin keine inhaltliche Kritik an den bisherigen Kriterien für die Abschiebehaft darstellt. Anders formuliert: **Die Notwendigkeit einer Neuregelung folgt formal-rechtlichen Gesichtspunkten, keiner inhaltlichen Kritik an den materiellen Voraussetzungen** für die Anordnung einer Abschiebehaft.

Inhaltlich verlangt die zitierte EU-Vorgabe, dass der nationale Gesetzgeber materielle Kriterien festlegt, anhand derer „im Einzelfall“ (Art. 3 Nr. 7 RL 2018/115/EG) zu beurteilen ist, ob eine Fluchtgefahr besteht. Hieraus folgt in Übereinstimmung mit der Begründung des Gesetzentwurfs, dass die in § 2 Abs. 17 f. AufenthG n.F. niedergelegten Kriterien keine Tatbestandsmerkmale darstellen, die für sich genommen die Annahme einer Fluchtgefahr rechtfertigen. **Anstelle eines Automatismus erfolgt eine Einzelfallwürdigung mit den genannten Kriterien als Anhaltspunkten.** Diese notwendige Einzelfallprüfung wird im vorliegenden Gesetzentwurf auch hinreichend klar vorgegeben – und zwar, systematisch korrekt, nicht bei der Begriffsdefinition in § 2 AufenthG, sondern bei § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG n.F., wo es explizit heißt, dass „[i]m Einzelfall Gründe vorliegen [müssen], die auf den in § 2 Abs. 14 festgelegten Anhaltspunkten beruhen...“

Alle im Gesetzentwurf genannten Anhaltspunkte spiegeln die bisherige Rechtsprechung. Dies gilt auch für das teils kritisierte Kriterium einer **erheblichen Geldzahlung an Schleuser für Zwecke der unerlaubten Einreise** (§ 2 Abs. 14 Nr. 4 n.F.). Dasselbe BGH-Urteil, das die Rechtswidrigkeit der bisherigen Rechtslage feststellte, bestätigte ausdrücklich, dass der Rückgriff auf Schleuser als Anhaltspunkt in die Einzelfallbeurteilung einfließen kann, die nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen nie einen Automatismus darstellt, der aus dem Vorliegen eines Kriteriums für sich genommen auf die Existenz einer Fluchtgefahr schließt: „Insoweit begründen zwar bestimmte Umstände (wie bspw. eine Täuschung des Ausländers über seine Identität, *die unerlaubte Einreise mithilfe von Schleusern*, ein früheres Untertauchen) in der Regel den Verdacht der Entziehungsabsicht, während anderen Umständen (der illegale Aufenthalt im Bundesgebiet, die Ablehnung des Asylantrags, das Fehlen eines festen Wohnsitzes, die Mittellosigkeit oder die Erforderlichkeit der Abschiebung) eine solche Bedeutung nicht beigemessen wird... Die Ermittlung und die Würdigung der den Verdacht einer Entziehungsabsicht begründenden Umstände obliegen aber dem Tatrichter“ (BGH, Beschl. v. 26.6.2014, V ZB 31/14, Rn. 26).

Die aufgeführten Anhaltspunkte entsprechen auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Verwendung unbestimmte Rechtsbegriffe (soweit diese in § 2 Abs. 14 AufenthG n.F. überhaupt verwandt werden). Er steht auch **nicht zu befürchten, dass die verwandten Formulierungen in der Praxis zu einer Erleichterung der Abschiebehaft führen.** Der Grund hierfür ist eine prozessuale Besonderheit, wenn Deutschland als einziger Mitgliedstaat der Europäischen Union die Anordnung der Abschiebehaft einem konstitutiven

Richtervorbehalt unterstellt, sodass nur ausgebildete Volljuristen ein Haftanordnung treffen dürfen (andernorts wird die Abschiebehaft von Verwaltungsbeamten angeordnet und ist teils nicht einmal umfassend gerichtlich überprüfbar). Die Erfahrung der vergangenen Jahre lehrt, dass die zuständigen Haftrichter überaus gewissenhaft vorgehen; ein rechtsvergleichendes Forschungsprojekt unter Leitung des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz kam zu dem Ergebnis, dass die **deutsche Praxis im internationalen Vergleich in vielfacher Hinsicht eine best practice darstellt** (siehe im Rahmen der Projekts „CONtrol of DeTENTION“ De Bruycker/Mananashvili, The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU, European Synthesis Report of the Project CONTENTION, December 2014, online unter <http://contention.eu/synthesis-reports/>).

b) Haft in Dublin-Fällen (zu Art. 1, Nr. 2; § 2 Abs. 18 AufenthG)

Seit Anfang 2014 unterfällt das Dublin-Verfahren der VO (EU) Nr. 604/2013, die als Verordnung eine unmittelbare Anwendung besitzt und – anders als Richtlinien – keiner Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber bedarf (Art. 288 AEUV). Hieraus folgt, dass sich die **Zulässigkeit der Abschiebehaft in Dublin-Fällen nach der unmittelbar anwendbaren EU-Verordnung richtet** und nicht länger nach dem deutschen Aufenthaltsgesetz. Eben dies bestätigte der Bundesgerichtshof in dem bereits erwähnten Urteil zur Rechtswidrigkeit der bisherigen deutschen Rechtslage (BGH, Beschl. v. 26.6.2014, V ZB 31/14, Rn. 9-12). Bei der Anwendung der Dublin-III-VO haben die nationalen Behörden und Gerichte zu akzeptieren, dass der **EU-Gesetzgeber die Option einer Haft in Dublin-Fällen vorgibt**. Der Deutsche Bundestag ist nicht der richtige Ort für eine rechtspolitische Kritik an der Haftoption; Änderungswünsche sind an den EU-Gesetzgeber zu richten.

Angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit der Regelung zu Abschiebehaft in Dublin-Fällen in Art. 28 VO (EU) Nr. 604/2013 kann und **darf der Deutsche Bundestag nur diejenigen Regelungen treffen, die die Dublin-III-Verordnung den Mitgliedstaaten zur eigenständigen Regelung überlässt**. Hierzu gehören ausweislich der Legaldefinition des Begriffs „Fluchtgefahr“ in Art. 2 Buchst. n VO (EU) Nr. 604/2013 die Anhaltspunkte, die die Beurteilung einer Fluchtgefahr in Dublin-Fällen anleiten (ebenso wie bei der Abschiebungshaft in sonstigen Fällen nach der Rückführungs-Richtlinie). Insoweit gelten die Ausführungen zu § 2 Abs. 14 AufenthG n.F. entsprechend und es überzeugt, wenn § 2 Abs. 15 S. 1 AufenthG n.F. die oben ausgeführten Kriterien für entsprechend anwendbar erklärt. Wenn darüber hinaus in **§ 2 Abs. 15 S. 2 AufenthG n.F. ein gesonderter Anhaltspunkt für die Fluchtgefahr in Dublin-Fällen niedergelt wird**, ist auch dies möglich, weil die besondere Sachverhaltskonstellation der Dublin-III-VO gesonderte Kriterien prinzipiell rechtfertigen kann. Inhalt-

lich erscheint mir die Regelung des S. 2 zutreffend, weil der fehlende Wunsch, in absehbarer Zeit einen zuständigen Mitgliedstaat aufzusuchen, ein „Anhaltspunkt“ dafür sein kann, dass die betroffene Person sich einer Dublin-Überstellung entziehen will. Wichtig ist auch hier die bereits ausgeführte Einsicht, dass § 2 Abs. 15 S. 2 n.F. ebenso wie alle anderen genannten Kriterien nur Anhaltspunkte darstellen, die von den zuständigen Richtern einer einzelfallbezogenen Beurteilung zuzuführen sind. Hiernach führt die Einschlägigkeit des § 2 Abs. 15 S. 2 n.F. keineswegs dazu, dass im konkreten Einzelfall eine Fluchtgefahr besteht. Ob dies zutrifft, entscheidet der zuständige Richter.

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Voraussetzungen für die Abschiebehaft gemäß Art. 28 der Dublin-III-VO ergibt sich, dass die deutschen Gerichte alle dort genannten Kriterien anzuwenden haben und das bereits mehrfach erwähnte BGH-Urteil zeigt an, dass die Bundesrichter die Einhaltung der Verordnungsvorgaben überwachen werden. Hieraus folgt zugleich, dass der **Bundestag das qualifizierende Kriterium der „besonderen“ Fluchtgefahr nicht zu konkretisieren hat**. Eine nationale Konkretisierung verlangt Art. 2 Buchst. n VO (EU) Nr. 604/2013 nur für den Begriff der „Fluchtgefahr“, während das qualifizierende Kriterium „besonders“ von der Dublin-III-VO den nationalen Gerichten im Wege der unmittelbaren Anwendbarkeit vorgegeben wird. Im Zweifelsfall muss der EuGH im Wege der Vorabentscheidung darüber befinden, wie der europarechtliche Begriff der „besonderen“ Fluchtgefahr auszulegen ist.

Der Vollständigkeit wegen sei angeführt, dass das Vorliegen einer besonderen Fluchtgefahr für sich genommen nicht die Anordnung einer Abschiebehaft in Dublin-Fällen rechtfertigt, weil Art. 28 Abs. 2 VO (EU) Nr. 604/2013 zugleich auch die notwendige Verhältnismäßigkeit der Haft unter Einschluss der Erforderlichkeit vorschreibt. Ob dies der Fall ist, ist zusätzlich zur Existenz einer besonderen Fluchtgefahr zu prüfen.

c) Haftbedingungen (zu Art. 1, Nr. 32; § 62a AufenthG)

Im Interesse einer hinreichenden Rechtsklarheit empfehle ich, in § 62a Abs. 3 AufenthG n.F. den Begriff der „schutzbedürftigen Personen“ durch eine Bezugnahme der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 9 der Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG klarzustellen, um dem Missverständnis vorzubeugen, dass auch andere als die dort genannten Personengruppen als schutzbedürftige Personen im Sinn der Norm einzustufen sind. In der Literatur und Praxis wird teils nämlich ein weiterer Begriff der Schutzbedürftigkeit verwandt, der speziell im Fall des EGMR alle Asylbewerber meint. Vorliegend geht es jedoch um eine Umsetzung von Art. 16 Abs. 3 RL 2008/115/EG mit dem Begriffsverständnis dieser Richtlinie.

d) Ausreisegewahrsam (zu Art. 1, Nr. 33; § 62b AufenthG)

Der Bundesgesetzgeber ist zur Einführung eines Ausreisegewahrsams nicht verpflichtet, kann diesen Schritt jedoch vollziehen. Insbesondere steht die Neuregelung im Einklang mit Art. 15 Abs. 1 der Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG, die eine Abschiebehaft für zulässig erklärt, wenn die betroffenen Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung oder das Verfahren „umgehen oder behindern“ (Art. 15 Abs. 1 Buchst. a). Eben diese Formulierung greift die Neuregelung auf, wenn sie in § 62b Abs. 1 Nr. 2 AufenthG n.F. verlangt, dass „der Ausländer ein Verhalten gezeigt hat, das erwarten lässt, dass er die Abschiebung erschweren oder vereitelt wird...“ Der vom Grundgesetz geforderte Richtervorbehalt ist gewahrt und auch die verfassungsrechtlich vorgegebene Verhältnismäßigkeitsprüfung in jedem Einzelfall ist durch die Inbezugnahme von § 62 Abs. 1 AufenthG sichergestellt.

Konstanz, den 20. März 2015

A handwritten signature in black ink, reading "Daniel Thym". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.