

Vorabversion:  
Beitrag aus der Beilage zum Asylmagazin 8–9/2018, S. 55–59

Heiko Habbe

## Der (un-?)geschützte Wohnraum

Betretens- und Durchsuchungsrechte der Behörden in Flüchtlingsunterkünften

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., September 2019. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

### Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

[www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/](http://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/)

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.

## Der (un-?)geschützte Wohnraum

### Betretens- und Durchsuchungsrechte der Behörden in Flüchtlingsunterkünften

#### Inhalt

- I. Betreten der Flüchtlingsunterkünfte: Ein wiederentdecktes Rechtsproblem
  1. Versuch der Schaffung einer bundesgesetzlichen Grundlage
  2. Untauglichkeit der Rechtsgrundlage für ein »Betreten«
  3. Fehlende Rechtssicherheit für Betroffene und Verwaltung
- II. Fragwürdige Regelung zur Durchsuchung
- III. »Kurzzeitiges« Festhalten im Zuge der Abschiebung
- IV. Nötige Konsequenz: Teilweiser Verzicht auf Anwendung der Norm bis Neufassung

#### I. Betreten der Flüchtlingsunterkünfte: Ein wiederentdecktes Rechtsproblem

Seit langem ist Usus, dass Mitarbeitende von Ausländerbehörden und Polizei zum Zweck der Abschiebung Flüchtlingsheime betreten, als verfügten sie über das dortige Hausrecht. Teils werden dazu auch Schlüssel zu Wohnräumen von BewohnerInnen seitens der betreuenden Sozialdienste oder der Sicherheitsdienste herausgegeben. Diese Praxis ist rechtlich erst in jüngerer Zeit vertieft problematisiert worden.<sup>1</sup> Dabei sind Gerichte zum Ergebnis gekommen, dass es an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage im Aufenthaltsgesetz<sup>2</sup> und teils auch im jeweiligen Landesrecht fehlt.<sup>3</sup> Mit dem »Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht«<sup>4</sup>,

im Folgenden »Hau-Ab-Gesetz II«<sup>5</sup>, wurde nun versucht, eine solche Rechtsgrundlage zu schaffen. Der vorliegende Beitrag untersucht deren Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben.

#### 1. Versuch der Schaffung einer bundesgesetzlichen Grundlage

Mit einem unmittelbar nach der Sachverständigenanhörung zum »Hau-Ab-Gesetz II« öffentlich gewordenen, weder dort noch in der Ressortabstimmung oder der Verbändeanhörung diskutierten Änderungsantrag haben die Fraktionen der Großen Koalition eine Ergänzung zum Gesetzentwurf eingebracht, die u. a. eine weitreichende Modifikation der Regelungen zur Abschiebung in § 58 AufenthG vorsieht.<sup>6</sup> Neu eingefügt wird insbesondere eine bundesrechtliche Grundlage für das Betreten und Durchsuchen von Wohnraum im Zuge von Abschiebungen.

Das Betreten soll dabei ohne richterliche Anordnung möglich sein (Abs. 5). Das Gesetz räumt der die Abschiebung durchführenden Behörde ein Betretensrecht, »[s]oweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert«, bereits dann ein, »wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer [in der Wohnung] befindet«.

Vom reinen Betreten mit dem Zweck der Ergreifung wird im folgenden Abs. 6 die Durchsuchung abgegrenzt. Auch diese dient dem Zweck der »Ergreifung« und darf nur angeordnet werden, »[s]oweit der Zweck der Durchführung der Abschiebung es erfordert«. Die Durchsuchung der Wohnung der abzuschiebenden Person selbst soll der durchführenden Behörde nur erlaubt werden, sofern sie richterlich angeordnet wird oder Gefahr im Verzug besteht (Abs. 6 S. 1 i. V. m. Abs. 8 S. 1). Durchsuchungen des Wohnraums anderer Personen dürfen unter der weiteren Voraussetzung stattfinden, dass »Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Ausländer sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet« (Abs. 6 S. 2 i. V. m. Abs. 8 S. 1). Um einen fließenden Übergang

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Rechtsberater bei fluchtpunkt, Kirchliche Hilfsstelle für Flüchtlinge, in Hamburg.

<sup>1</sup> Früh die Erforderlichkeit einer richterlichen Entscheidung anerkennend: OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 7.8.2002 – 12 E 11195/02.OVG –. Zu der Erforderlichkeit einer richterlichen Anordnung, der Abgrenzung der Durchsuchung gegen die Anwendung unmittelbaren Zwangs und zu im Rahmen einer Durchsuchungsanordnung anzustellende Erwägungen siehe auch Klaus Herrmann, Vollstreckung oder Durchsuchung – vollzugsrechtliche Abgrenzungsfragen am Beispiel der Flüchtlingsabschiebung, ZAR 5–6/2017, S. 201 ff.

<sup>2</sup> OLG Oldenburg, Beschluss vom 16.12.2017 – 12 W 200/16 (UK) – juris.

<sup>3</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.2.2018 – OVG 6 L 14.18 – asyl.net: M26051; VG Berlin, Beschluss vom 16.2.2018 – 19 M 62.18 –.

<sup>4</sup> BGBl. I Nr. 31 vom 20.8.2019, S. 1294 ff., am 21.8.2019 in Kraft getreten.

<sup>5</sup> Unter Bezug auf das erste Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (BGBl. I Nr. 52 vom 28.7.2017), welches aufgrund der vielfachen Verschärfungen als »Hau-Ab-Gesetz« bezeichnet wird. Auf die beschönigende Bezeichnung als »Geordnete-Rückkehr-Gesetz« wird bewusst verzichtet.

<sup>6</sup> Die im Folgenden genannten Normen sind Absätze des § 58 AufenthG.

von einem nicht richterlich anzuordnenden Betreten zu einer Durchsuchung ohne richterlichen Beschluss zu verhindern, ist zusätzlich geregelt, dass dann, wenn die Wohnung nach Abs. 5 betreten wurde, die Annahme von Gefahr im Verzug nicht darauf gestützt werden kann, dass die betreffende Person nicht angetroffen wurde (Abs. 8 S. 2).

Sowohl ein Betreten als auch eine Durchsuchung sollen zur Nachtzeit nur stattfinden dürfen, »wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die Ergreifung des Ausländers zum Zweck seiner Abschiebung andernfalls vereitelt wird« (Abs. 7 S. 1). Etwas kryptisch formuliert der Entwurf dann noch: »Die Organisation der Abschiebung ist keine Tatsache im Sinne von Satz 1« (Abs. 7 S. 2). Da die Gesetzesbegründung hierzu schweigt, wird dies wohl so gedeutet werden müssen, dass allein die Planung und Vorbereitung einer Abschiebung noch nicht die nächtliche Abholung rechtfertigen. Dies würde die seit 2015 wieder um sich greifende Praxis der Abschiebungen zur Nachtzeit eindämmen. Andererseits ist nicht konkretisiert, wann die vollziehende Behörde von einer möglichen Vereitelung der Abschiebung ausgehen darf. Jedenfalls, wenn die Behörde in ihrem Antrag bei Gericht keine konkreten Angaben zu einer Vereitelungsgefahr macht, wird ein Antrag auf eine Durchsuchung abzulehnen sein.<sup>7</sup>

In Abs. 9 werden zum Verfahren Vorschriften geregelt, die weitgehend den §§ 106, 107 der Strafprozessordnung entsprechen: Die/der WohnungsinhaberIn darf der Durchsuchung beiwohnen, bei Abwesenheit ist möglichst einE VertreterIn oder NachbarIn hinzuzuziehen. Der Zweck der Durchsuchung ist vor deren Beginn mitzuteilen. Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift anzufertigen, die u. a. den Grund der Durchsuchung und, wenn keine richterliche Anordnung erfolgte, die Tatsachen enthalten soll, auf die die Annahme von Gefahr im Verzug gestützt wird. Würde andernfalls der Zweck der Durchsuchung gefährdet, kann die Niederschrift durch eine schriftliche Bestätigung der Durchsuchung unter Angabe von Zeit, Ort und verantwortlicher Dienststelle ersetzt werden.

## 2. Untauglichkeit der Rechtsgrundlage für ein »Betreten«

Die Vorschrift des § 58 Abs. 5 AufenthG begegnet gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Zu begrüßen ist zwar, dass gesetzlich klar zum Ausdruck gebracht wird, dass auch Flüchtlingsunterkünfte ungeachtet des Charakters als öffentlich-rechtliche Unterbringung als Wohnraum anzusehen sind. Dies war in der Vergangenheit wiederholt in Frage gestellt worden.<sup>8</sup>

Wohnraum i. S. d. Art. 13 GG ist jeder Raum, der nach dem Willen der/des an ihm rechtlich sowie tatsächlich Berechtigten äußerlich erkennbar der eigenen räumlichen Lebenssphäre gewidmet und daher dem Zutritt der Allgemeinheit entzogen ist;<sup>9</sup> entscheidend ist, dass die Person in den ihr zugewiesenen Privaträumen individuelle und eigene Privatheit entfaltet.<sup>10</sup> Der Gesetzentwurf nimmt die Klarstellung nun auch beiläufig in der Begründung vor, mit dem Hinweis auf »das Problem, dass keine eindeutige Rechtsgrundlage für das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen zum Zwecke des Auffindens des Abzuschiebenden« bestehe.<sup>11</sup>

Die Neuregelung bleibt aber in ihrer näheren Ausgestaltung zum einen weit hinter den rechtlichen Standards zurück, die in den Polizeigesetzen einiger Länder gesetzt sind, um ein – ausnahmsweises! – Betreten einer Wohnung durch BeamteInnen mit dem grundgesetzlichen Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) in Einklang zu bringen. Landesrechtlich wird hier eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, teils sogar gemeine Gefahr oder Lebensgefahr gefordert (z. B. § 31 PolG-Baden-Württemberg).

Dies bildet die besonderen Voraussetzungen ab, unter denen das Grundgesetz ausnahmsweise Eingriffe in die und Beschränkungen der Unverletzlichkeit der Wohnung zulässt. Art. 13 Abs. 7 GG erlaubt solche Eingriffe allgemein nur zur Abwehr einer »gemeinen Gefahr« – also bei drohendem erheblichen Schaden für Leib, Leben oder Eigentum von (anderen) Personen, etwa bei Brandgefahr – oder im Fall einer Lebensgefahr für einzelne Personen. Unter der weiteren Voraussetzung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage sind Eingriffe ferner zulässig »auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher«.

Dabei kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 7 Alt. 2 GG kein einfacher ist, also zur allgemeinen Einschränkung durch ein rein formales Gesetz berechtigt. Vielmehr handelt es sich um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, so dass die gesetzliche Einschränkung nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf und nach dem Wesentlichkeitsprinzip die gesetzliche Eingriffsgrundlage die Eingriffsvoraussetzungen konkretisieren muss.

Demgegenüber verlangt § 58 Abs. 5 AufenthG jedoch keinerlei Gefährdung wichtiger Rechtsgüter, sondern lediglich die Vermutung, dass die abzuschiebende Person sich auch tatsächlich in ihrer Unterkunft aufhält. Die Eingriffsschwelle wird damit frappant abgesenkt.

<sup>7</sup> So bereits VG Koblenz, Beschluss vom 29.8.2019 – 3 N 930/19.KO – asyl.net: M27613, in einer ersten Entscheidung zur neuen Rechtslage.

<sup>8</sup> Vgl. zur Diskussion etwa Ekkehard Hollmann, Der Schutz der Wohnung in Asylbewerberunterkünften, Asylmagazin 1–2/2003, S. 6f.; Anne-Marlen Engler, Hausverbote in Flüchtlingsunterkünften, Asylmagazin 5/2018, S. 158.

<sup>9</sup> Horn, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 149, Rn. 87.

<sup>10</sup> Vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 13, Rn. 15.

<sup>11</sup> Änderungsantrag des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drucks. 19/10706, S. 13.

Zum anderen lässt die gesetzliche Neuregelung auch die bereits existierende, insbesondere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ab welcher Schwelle von einer Durchsuchung auszugehen ist, außer Acht. So hat etwa das Verwaltungsgericht Hamburg in einem aktuellen Urteil unter Rückgriff auf das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Betreten privater Wohnräume, um der darin wohnenden Person(en) habhaft zu werden, funktional eine Durchsuchung ist und daher der richterlichen Anordnung bedarf:

»Für den Begriff der Durchsuchung kennzeichnend ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen [...] (BVerfG, B. v. 3.4.1979, 1 BvR 994/76, [...] Rn. 26; B. v. 5.5.1987, 1 BvR 1113/85, [...] Rn. 26; B. v. 19.11.1999, 1 BvR 2017/97, Rn. 11). Die Durchsuchung erschöpft sich nicht in einem Betreten der Wohnung, sondern umfasst als zweites Element die Vornahme von Handlungen in den Räumen (BVerfG, B. v. 16.6.1987, 1 BvR 1202/84, [...] Rn. 26). Die gesetzlich zulässigen Durchsuchungen dienen als Mittel zum Auffinden und Ergreifen einer Person [...]. Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist somit die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung. [...] (BVerfG, U. v. 6.9.1974, I C 17.73, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 25.8.2004, 6 C 26/03, Rn. 24 [...]).«

Gemessen an diesen Vorgaben handelt es sich um eine Durchsuchung, wenn Vollstreckungspersonen eine Wohnung öffnen und betreten, um darin bestimmte Personen aufzufinden und zu ergreifen (s. auch OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 19.2.2018, OVG 6 L 14.18, juris Rn. 2 [asyl.net: M26051] [...]).<sup>12</sup>

Das nun in § 58 Abs. 5 AufenthG konstruierte »Betreten zum Zweck der Ergreifung« steht also nicht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Sobald im Anschluss an das Betreten in der Wohnung Handlungen vorgenommen werden sollen (wozu selbstverständlich auch das Ergreifen einer gesuchten Person zählt), ist die Schwelle zur Durchsuchung überschritten. Der Übergang ist fließend (wie in der zitierten Rechtsprechung auch erkannt), die begriffliche Abgrenzung des Betretens gegenüber dem Durchsuchen im Kontext der Abschiebung mithin dysfunktional.

### 3. Fehlende Rechtssicherheit für Betroffene und Verwaltung

Infolge der untauglichen Rechtsgrundlage herrscht weiter Rechtsunsicherheit sowohl für Betroffene als auch für die Verwaltungs- und Vollzugsbehörden. Diese erstreckt sich

zunehmend auch auf Bundesländer, die bislang glaubten, in eigenen Rechtsvorschriften wie etwa den Polizeigesetzen eine ausreichende Rechtsgrundlage zu besitzen. Denn ein Betreten, das wegen des Vorrangs von Bundes- vor Landesrecht<sup>13</sup> nunmehr auf den neugeschaffenen § 58 Abs. 5 AufenthG zu stützen sein wird, wird sich schon angesichts der Schärfe des Grundrechtseingriffs nicht nachträglich auf eine landesrechtliche Rechtsgrundlage umdeuten lassen. Das Betreten aufgrund dieser bundesgesetzlichen Norm ist allerdings ohne richterliche Anordnung nach der zitierten Rechtsprechung verfassungsrechtlich unzulässig. Und die Anordnung eines Betretens nach § 58 Abs. 5 AufenthG durch die/den RichterIn scheidet aus, da die Vorschrift hierzu keine Rechtsgrundlage bietet. Ein Betreten von Flüchtlingsunterkünften in verfassungskonformer Weise ist daher auf Grundlage der Neuregelung in Abs. 5 nicht möglich. Will die Behörde Rechtssicherheit anstreben, so wird sie ihre Maßnahme als Durchsuchung nach Abs. 6 einstufen müssen.

## II. Fragwürdige Regelung zur Durchsuchung

Auch die Formulierung der Vorschrift zur Durchsuchung (§ 58 Abs. 6 i. V. m. Abs. 8 AufenthG) begegnet indessen teilweise Bedenken. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit, eine Durchsuchung bei Gefahr im Verzug ohne vorherigen richterlichen Beschluss durchzuführen. Gefahr im Verzug liegt nur dann vor, wenn die durch die Anrufung der/des RichterIn bedingte Verzögerung den Zweck der Durchsuchung vereiteln könnte.<sup>14</sup> Da Abschiebungen regelmäßig eines gewissen organisatorischen Vorlaufs bedürfen und dieser auch die Zeit verschafft, einen Durchsuchungsbefehl für den Tag der Maßnahme zu beantragen, ist kaum ersichtlich, dass der Fall der Gefahr im Verzug je eintreten könnte. Ein Antrag auf die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist soweit wie möglich rechtzeitig zu stellen.<sup>15</sup> Für die Annahme von Gefahr im Verzug ist demnach praktisch nie Raum. Es müsste sich denn um den Fall einer spontanen Sofortabschiebung ohne jeden organisatorischen Vorlauf handeln, die gleichzeitig, etwa wegen besonderer Gefährlichkeit

<sup>13</sup> Art. 31 GG; die Gesetzesbegründung verweist zwar auf § 58 Abs. 10 AufenthG, wonach »weitergehende Regelungen« der Länder unberührt bleiben. Dies soll ausdrücklich »weitergehende Befugnisse«, nicht einen weitergehenden Grundrechtsschutz betreffen (BT-Drucks. 19/10706, S. 13). Dies setzt allerdings voraus, dass die landesrechtlichen Regelungen einen konkret von der neuen Regelung im Bundesgesetz abweichenden Regelungsgehalt aufweisen (VG Koblenz, a. a. O., Fn. 7, S. 3), d. h. die Voraussetzungen für einen weitergehenden Grundrechtseingriff müssten detailliert gesetzlich niedergelegt werden.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss vom 3.4.1979 – 1 BvR 994/76 –, BVerfGE 51, 97, 111; BVerwG, Urteil vom 12.12. 1967 – I C 112.64 –, BVerwGE 28, 285, 291; Hollmann, a. a. O. (Fn. 8), S. 8.

<sup>15</sup> BVerfG, Urteil vom 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00 –, BVerfGE 103, 142, 155.

<sup>12</sup> VG Hamburg, Urteil vom 15.2.2019 – 9 K 1669/18 – (nicht rechtskräftig), asyl.net: M27052, Asylmagazin 8–9/2019, S. 325 ff., Rn. 37 f.

der Person, keinen Aufschub duldet. Insofern suggeriert die Norm den Behörden hier eine im Vergleich zur verfassungsrechtlich geforderten richterlichen Anordnung »bequemere« Möglichkeit, die aber rechtlich kaum je gegeben sein dürfte.

### III. »Kurzzeitiges« Festhalten im Zuge der Abschiebung

Mit dem im Gesetzgebungsverfahren erst spät eingebrachten Änderungsantrag<sup>16</sup> zum »Hau-Ab-Gesetz II« wurde auch eine Ermächtigungsgrundlage ins Gesetz eingefügt, die das kurzfristige Festhalten von Personen im Zuge der Verbringung zu einem Flughafen oder Grenzübergang während der Durchführung einer Abschiebung erlaubt. Nach dem neuen § 58 Abs. 4 AufenthG soll das »kurzzeitige« Festhalten von Personen im Zuge der Abschiebung zulässig sein, solange es auf das »zur Durchführung der Abschiebung unvermeidliche Maß« beschränkt bleibt.

In der Vergangenheit hatten sich rechtliche Streitigkeiten zu bestimmten behördlichen Vorgehensweisen ergeben. So hatten BehördenmitarbeiterInnen eine abzuschiebende Person, während am Flughafen auf den Abschiebungsflug gewartet wurde, in einen Raum verbracht und dessen Tür verschlossen. Auch wurden abzuschiebende Personen längere Zeit in Fahrzeugen transportiert, ohne diese – auch in Fahrtpausen – verlassen zu dürfen. Umstritten war, ob dies als Freiheitsentziehung zu werten sei, die nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG einen richterlichen Beschluss voraussetzt, als reine Verwaltungsmaßnahme also rechtswidrig wäre. Während das Bundesverwaltungsgericht in den 1980er Jahren argumentierte, dass Einschränkungen der Bewegungsfreiheit im Verlauf des Abschiebungsvorgangs auch bei mehrstündiger Dauer als bloßer »unmittelbarer Zwang« zu werten seien,<sup>17</sup> grenzte das Bundesverfassungsgericht später eine der richterlichen Anordnung unterliegende Freiheitsentziehung zum einen nach der Intensität, zum anderen auch nach der Dauer der Maßnahme gegen eine nicht den gleichen strengen Anforderungen unterliegende Freiheitsbeschränkung ab. Als Freiheitsentziehung sei jede Maßnahme zu werten, die die Fortbewegungsfreiheit in jede Richtung aufhebe (also insbesondere die Verwahrung in einem Haftraum). Eine bloße Freiheitsbeschränkung dagegen sei eine Maßnahme, die die betroffene Person lediglich daran hindere, einen bestimmten Ort aufzusuchen, der ihr normalerweise zugänglich ist.<sup>18</sup>

Hiervon ausgehend urteilte z. B. das Landgericht Aurich, dass das vorübergehende Festhalten in einem

Haftraum am Flughafen durch die Bundespolizei eine Freiheitsentziehung ist. Dabei sei ohne Belang, ob Zweck der Maßnahme die Durchführung einer Abschiebung und ob das Festhalten dafür unumgänglich gewesen sei. Auch auf die Dauer der Maßnahme komme es nicht an. Durch das kurzfristige Festhalten werde vielmehr der gesamte, einheitlich zu betrachtende Vorgang<sup>19</sup> des Verbringens zum Flughafen zu einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung.<sup>20</sup> Der BGH stufte es als Freiheitsberaubung ein, wenn das Opfer einer Straftat gegen seinen Willen in einem PKW an einen anderen Ort verbracht werde.<sup>21</sup>

Die Neuregelung schafft nun auch hier gerade nicht die angestrebte rechtliche Sicherheit. Sie steht vielmehr in direktem Widerspruch zu der vorstehend zitierten Rechtsprechung und deren verfassungsrechtlichen Grundlagen. Der Verzicht auf das Erfordernis einer gerichtlichen Anordnung soll die Arbeit der Behörden zwar erleichtern, kann aber die Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht ersetzen. Indem der Gesetzgeber das »Festhalten« im Zuge einer Abschiebung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt, will er ersichtlich die Grundlage für eine Freiheitsentziehung ohne richterlichen Beschluss schaffen. Denn eine reine Freiheitsbeschränkung bedürfte der gesetzlichen Ermächtigung in dieser Form nicht. Eine Freiheitsentziehung ohne richterlichen Beschluss bleibt aber rechtswidrig, auch wenn sie in »Festhalten« umgetauft wird. Statt sich an den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts zu orientieren und im Zweifel die Einholung einer richterlichen Entscheidung verbindlich vorzugeben, enthält die Neuregelung zur Abgrenzung eines noch zulässigen gegen ein nicht mehr zulässiges Festhalten gleich zwei auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe: »kurzzeitig« und »erforderliches Maß«. Sie bleibt damit unspezifisch. Damit aber ist dem Bestimmtheitsgrundsatz im Zusammenhang möglicher Grundrechtseingriffe nicht genügt. Der Übergang von einer – zulässigen – Anwendung unmittelbaren Zwangs zur – mangels richterlicher Anordnung rechtswidrigen – Freiheitsentziehung bleibt also auch mit der Ergänzung in Abs. 4 fließend.

### IV. Nötige Konsequenz: Teilweiser Verzicht auf Anwendung der Norm bis Neufassung

Soll an der – angesichts der oben beschriebenen Ausgangslage eigentlich unsinnigen – Differenzierung von »Betreten« und »Durchsuchung« festgehalten werden, müsste auch das Betreten von Flüchtlingsunterkünften gemäß § 58 Abs. 5 AufenthG unter den Vorbehalt der richterlichen Anordnung gestellt werden. Dies wäre in § 58 Abs. 8 AufenthG zu regeln. Alternativ wäre Abs. 5 zu

<sup>16</sup> Siehe oben Abschnitt I.; Änderungsantrag, a. a. O. (Fn. 11).

<sup>17</sup> BVerwG, Urteil vom 17.8.1982 – 1 C 85/80 – Rn. 14, juris.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.5.2002 – 2 BvR 2292/00 – asyl.net: M2222, Rn. 23, juris; im konkreten Fall war der Betroffene etwa 15 Stunden in einem Haftraum eingeschlossen, ohne dass eine richterliche Anordnung zuvor eingeholt worden wäre.

<sup>19</sup> So auch BVerwG, Urteil vom 23.6.1981 – 1 C 93.76 – juris.

<sup>20</sup> LG Aurich, Beschluss vom 17.10.2005 – 1 T 323/05 – asyl.net: M7792.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 20.9.2005 – 1 StR 86/05 – Rn.17.

streichen, da neben Abs. 6 kein eigenständiger Regelungsgehalt verbliebe. Unterbleibt eine kurzfristige Anpassung, ist für die Verwaltung der Länder und Kommunen die einzig rechtskonforme Konsequenz aus der neuen bundesgesetzlich geschaffenen Lage, dass – aus Achtung vor dem Grundrecht und zur Abwendung eines Unterliegens vor Gericht – die Anwendung von § 58 Abs. 5 AufenthG ausgesetzt wird, bis eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage geschaffen ist. Möglich und zulässig ist allein, Maßnahmen als Durchsuchung auf § 58 Abs. 6 AufenthG zu stützen – mit entsprechender richterlicher Anordnung.

Auch eine verfassungskonforme Auslegung von § 58 Abs. 5 AufenthG dürfte nicht möglich sein. Die einzige tatbestandliche Voraussetzung der Norm – »wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich der Ausländer dort befindet« – müsste hierzu so konkretisiert werden, dass die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG erfüllt sind. Dies würde allerdings eine weitgehende Umdeutung des Regelungsinhalts mit sich bringen und damit bereits dem aus dem Demokratieprinzip folgenden Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderlaufen. Einzige denkbare Tatbestandsalternative für eine solche Umdeutung wäre zudem die »Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung«;<sup>22</sup> dem Merkmal der Dringlichkeit wird hier sowohl eine qualitative als auch eine zeitliche Komponente entnommen. Es müsste somit ein erheblicher und unmittelbar bevorstehender Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung drohen.<sup>23</sup> Da der vollziehenden Behörde immer auch die Möglichkeit zu Gebote steht, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu beantragen, wird die alternativ zu überschreitende Schwelle der Dringlichkeit kaum je zu erreichen sein. Allenfalls theoretisch sind Fälle denkbar, in denen die Behörde konkrete Kenntnis von einem in kürzester Zeit bevorstehenden Untertauchen der betroffenen Person erlangt.

Noch keine Durchsuchung ist das reine Anklopfen an der Tür der Unterkunft. Erteilt die Person, die die Wohnung innehat, den Mitarbeitenden der Behörde die Erlaubnis, die Wohnung zu betreten, so liegt keine Durchsuchung vor, deren rechtliches Merkmal ist, dass sie gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt.<sup>24</sup> Jedoch bedarf es des ausdrücklichen Einverständnisses; ein widerspruchsloses Dulden der Durchsuchung genügt nicht. Ob bei mehreren WohnungsinhaberInnen (insbesondere in einer Gemeinschaftsunterkunft) das Einverständnis aller Berechtigten erforderlich ist, ist umstritten; da regelmäßig auch deren Grundrecht auf Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung tangiert ist, wird man ihr Einverständnis aber fordern müssen.<sup>25</sup>

Für die Beratungspraxis wirft die Formulierung der Neuregelung erhebliche Probleme auf. Denn einerseits

haben Betroffene ein Recht darauf, über die fehlende Verfassungskonformität der Neuregelung informiert zu werden. Wie auch schon nach bisheriger Rechtslage, gegen die in der Praxis häufig verstoßen wurde, können Betroffene also auch künftig grundsätzlich verlangen, dass ihnen ein richterlicher Beschluss vorgelegt wird, bevor sie Zutritt zu den eigenen Wohnräumen gewähren. Andererseits steht kaum zu erwarten, dass die Ausländerbehörden bundesweit die gebotenen Schlüsse ziehen, stets von einer Durchsuchung ausgehen und entsprechende richterliche Beschlüsse einholen. So hat etwa die Zentrale Ausländerbehörde Hamburg explizit über die Medien und gegenüber der städtischen Unterbringungsgesellschaft angekündigt, sich an das oben genannte Urteil des dortigen Verwaltungsgerichts nicht vor Abschluss des Instanzenzugs halten zu wollen. In dieser Situation riskieren Betroffene einen Konflikt mit dem Vollzugspersonal und u. U. eine Anzeige wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Gegebenenfalls wird rückwirkend die Rechtswidrigkeit von Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung gerichtlich festzustellen sein. Ist die Maßnahme rechtswidrig, so ist Gegenwehr nicht strafbar als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.<sup>26</sup>

Schwierigkeiten ergeben sich aus der Diskrepanz von Rechtslage und -praxis auch für die Beschäftigten in der sozialen Arbeit. Einerseits werden sie von den örtlich zuständigen Behörden, teils auch seitens der/des eigenen ArbeitgeberIn, gedrängt, bei der Durchführung von Abschiebungen zu kooperieren, Zutritt zu Wohnräumen zu gewähren, teils Schlüssel für diese Räume herauszugeben.<sup>27</sup> Andererseits besteht bei Mitwirkung an einer den gesetzlichen Anforderungen nicht genügenden Durchsuchung das Risiko, dass Betroffene gegen sie Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs stellen.<sup>28</sup> Rechtssicherheit können auch Mitarbeitende der Sozialdienste am ehesten erlangen, wenn sie um Vorlage eines Durchsuchungsbeschlusses bitten und ggf. in Gesprächen mit der örtlichen Ausländerbehörde darauf dringen, dass ein solcher regelmäßig eingeholt wird.

Mit Blick auf die Neuregelung des »kurzzeitigen Festhaltens« in § 58 Abs. 4 AufenthG werden sich absehbar auch in Zukunft Abgrenzungsprobleme ergeben. Rechtssicherheit wäre hier dadurch zu erlangen, dass jedenfalls bei absehbar längeren Abläufen vorab ein richterlicher Beschluss beantragt und die Zulässigkeit einer Freiheitsentziehung darin geprüft wird.

<sup>22</sup> Art. 13 Abs. 7 Hs. 2 GG.

<sup>23</sup> Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 13, Rn. 67.

<sup>24</sup> Hollmann, a. a. O. (Fn. 8), S. 8.

<sup>25</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 13 Rn. 7.

<sup>26</sup> OLG Zweibrücken, Urteil vom 14. Dezember 2001 – 1 Ss 227/01 – asyl.net: C1707.

<sup>27</sup> Zum Spannungsverhältnis zur Fürsorgepflicht für BewohnerInnen vgl. Barbara Weiser, Müssen Beschäftigte in Flüchtlingsunterkünften an Abschiebungen mitwirken? Straf- und arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen im Kontext von Aufenthaltsbeendigungen, Asylmagazin 12/2017, S. 428 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Hollmann, a. a. O. (Fn. 8), S. 10; s. a. Weiser, a. a. O. (Fn. 27).