



Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt, Standort Konstanz (im Aufbau)
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 3. Juni 2019 über den**

**a) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung
der Ausreisepflicht (Geordnete-Rückkehr-Gesetz),
[BT-Drs. 19/10047](#) v. 10.5.2019.**

**b) Antrag der Abgeordneten Stephan Thomae u.a. und der Fraktion der
FDP: Für einen konsequenten Ansatz in der Einwanderungspolitik –
Eckpunkte eines umfassenden Einwanderungsgesetzbuches,
[BT-Drs. 19/9924](#) v. 7.5.2019.**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses und äußere mich wie folgt
zu Hintergrund und Einzelfragen des Gesetzentwurfs.

I. Einordnung des Gesetzentwurfs	2
1. Ausreisepflicht als Normalfall	2
2. Duldungen als Indiz für ein Vollzugsdefizit	4
3. Mythos der Masseninhaftierung	7
II. Einzelheiten	8
1. Einreiseverbot	8
2. Ausweisungsvorschriften	9

a.	Ausweisung von Schutzberechtigten nach europäischem Standard	9
b.	Typisierung des Ausweisungsinteresses für alle Ausländer	12
3.	Klarstellung des Staatsbegriffs	13
4.	„Duldung minus“	13
a.	Erteilungsvoraussetzungen	14
b.	Heilung durch Mitwirkung	15
c.	Rechtsfolgen	16
5.	Inhaftnahme	17
a.	Kurzzeitiges Festhalten	17
b.	Sicherungshaft	18
c.	Dublin-Überstellungshaft	20
d.	Mitwirkungsgewahrsam	21
e.	Ausreisegewahrsam	22
f.	Verhältnismäßigkeitsprüfung unberührt	22
g.	Unzutreffende „Ultima Ratio“-Formel	23
h.	Heilung von Begründungsfehlern	24
i.	Aufhebung des Trennungsgebots	25
6.	Strafbarkeit von Amtsträgern	27
7.	Zeitlicher Aufschub der Widerrufsverfahren	28
8.	Sozialleistungen	29
a.	Anderweitig anerkannte Schutzberechtigte	29
b.	Bevorstehende Abschiebung und verletzte Mitwirkungspflichten	31
c.	Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	32
III.	Stellungnahme des Normenkontrollrats	33

I. EINORDNUNG DES GESETZENTWURFS

1. Ausreisepflicht als Normalfall

In der öffentlichen Diskussion wird bisweilen die Relevanz des Gesetzesziels bezweifelt, die Ausreisepflicht besser durchzusetzen. **Juristisch überzeugt die unerschütterliche Kritik an der Aufenthaltsbeendigung nicht**, denn für das deutsche und europäische Asylrecht ist es der Normalfall, dass abgelehnte Asylbewerber ausreisen müssen. Ausdrücklich heißt es in der Verfahrens-Richtlinie, dass Asylbewerber „ausschließlich zum Zweck des Verfahrens“ bleiben dürfen und „kein(en) Anspruch auf einen Aufenthaltstitel“ besitzen.¹ Erst jüngst bekräftigte der EuGH, dass abgelehnte Asylbewerber „illegal aufhältig“ sind und daher ausreisen müssen.² Hierbei gilt nach deutschem Asylrecht, dass zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse durch das BAMF und die Gerichte abschließend im Asylverfahren geprüft werden.

¹ Art. 9 Abs. 1 Verfahrens-Richtlinie 2013/32/EU.

² EuGH, *Gnandi*, C-181/16, [EU:C:2018:465](#), Rn. 56 mit Blick auf die Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG.

Die öffentliche Diskussion irrt, wenn sie bisweilen unterstellt, dass etwa eine unklare Sicherheitslage im Zielstaat einer Abschiebung *rechtlich* entgegenstehen könne. Ob dies der Fall ist, prüfen das BAMF und die Gerichte im Asylverfahren.³ **Bei vollziehbar ausreisepflichtigen Personen wurde rechtlich bereits geprüft, ob die Grundrechte einer Abschiebung entgegenstehen.** Es geht beim vorliegenden Gesetzentwurf um das „Wie“ der Abschiebung, weil das „Ob“ bereits feststeht.

Aus diesem Grund ist es sprachlich missverständlich und juristisch **falsch, ausreisepflichtige Personen als „Flüchtlinge“ oder „Geflüchtete“ zu bezeichnen.** Es ist bedauerlich, dass in der öffentlichen Diskussion die Unterscheidung von Menschen mit und ohne Schutzbedarf im Rechtssinn manchmal verschwimmt. Wer versucht, die Ausreisepflicht durch ein sprachliches „Framing“ zu relativieren, das abgelehnte Asylbewerber als „Flüchtlinge“ bezeichnet, läuft Gefahr, dass auch die Gegenseite nicht mehr differenziert und fälschlich den Bleibanspruch von anerkannten Flüchtlingen relativiert. Eine solche sprachliche Konfrontation untergräbt die Bemühungen um eine ausgleichende Migrationspolitik der gesellschaftlichen Mitte, die bereits durch eine umsichtige Sprache anzeigt, dass man die unterschiedlichen Zielsetzungen der Migrationspolitik anerkennt.⁴

Hieraus folgt für die Gesetzentwürfe, die sich derzeit im parlamentarischen Verfahren befinden, dass es „eine“ uniforme Migrationspolitik nicht gibt, weil für unterschiedliche Personengruppen verschiedene Ziele und abgestufte Regelungen greifen. **Für Fachkräfte braucht es eine „Willkommenskultur“⁵,** bei der die Bundesrepublik mit dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz eine europäische Führungsposition als Einwanderungsland einnimmt.⁶ **Bei anerkannten Flüchtlingen geht es um eine „Integrationskultur“⁷,** bei der Deutschland in der Champions League der integrationsfördernden EU-Mitgliedstaaten spielt.⁷ Hingegen braucht es bei abgelehnten Asylbewerbern eine „**nationale Kraftanstrengung**“⁸ **bei der Abschiebung,** bei der Deutschland keine Spitzenposition im europäischen Vergleich besitzt, weil nur eine Minderheit der ausreisepflichtigen Personen der Ausreisepflicht freiwillig nachkommt oder

³ Bei einer geänderten Sicherheitslage ist jederzeit ein Asylfolgeantrag möglich.

⁴ In diesem Sinn *Daniel Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, [Zeitschrift für Ausländerrecht 2018, 193-200](#).

⁵ Der Begriff entstand ursprl. im Kontext der Erwerbsmigration, um den Wandel der Ausländerbehörden zu Dienstleistungszentren für hochqualifizierte Migranten zu beschreiben; vgl. *Michael Griesbeck*, Erleichterung der Fachkräftezuwanderung durch rechtliche Regelungen und flankierende Maßnahmen – eine Zwischenbilanz, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2014, 181 (184-186).

⁶ Es kommt sodann, ganz im Sinn des ursprl. Gedankens einer Willkommenskultur, darauf an, das Gesetz mit Leben zu füllen, indem man Verwaltungsverfahren vereinfacht und die Wirtschaft neue Programme entwickelt.

⁷ Dies zeigt ein Vergleich mit den geringen Sozialleistungen und Integrationsanstrengungen für anerkannte Flüchtlinge in vielen, vor allem südeuropäischen Mitgliedstaaten.

⁸ So Bundeskanzlerin *Angela Merkel* im Januar 2017, vgl. [FAZ.net v. 9.1.2017](#).

zwangsweise rückgeführt wird. Die EU-Kommission sieht in diesem Bereich einen erheblichen Nachholbedarf aller Mitgliedstaaten.⁹

Nun schließt das Ziel einer effektiven Rückkehrpolitik nicht aus, dass man ergänzend Integrationsaspekte berücksichtigt, wenn die Abschiebung scheitert.¹⁰ Es gibt in Deutschland schon heute verschiedene Wege, die den illegalen **Aufenthalt legalisieren** und durch das parallele Gesetz über Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung noch gestärkt werden. Allerdings ändert der Zielkonflikt zwischen der Migrationskontrolle und der Integrationsförderung nichts daran, dass das AufenthG und das EU-Recht im ersten Zugriff das Ziel verfolgen, „eine wirksame Rückkehr- und Rückübernahmepolitik in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige zu schaffen.“¹¹ Diese Zielsetzung aus den Augen zu verlieren wäre nicht nur rechtlich problematisch. Das Asylsystem drohte in den Augen zahlreicher Bürger an Legitimität zu verlieren, wenn der Staat zu forscht die Integration und Legalisierung von abgelehnten Asylbewerbern förderte. Auch kann eine solche Politik **migrationssoziologisch als negativer Anreiz wirken**, sodass künftig noch weniger Personen ausreisen oder mehr chancenlose Asylbewerber sich auf den Weg machen.¹²

2. Duldungen als Indiz für ein Vollzugsdefizit

Anders als im öffentlichen Diskurs bisweilen unterstellt, steht es den Behörden nicht frei, ob sie abgelehnte Asylbewerber abschieben. § 58 Abs. 1 AufenthG normiert für vollziehbar Ausreisepflichte eine **Rechtspflicht zur Abschiebung**, ohne dass den Behörden ein Ermessen zustünde.¹³ Zulässig ist die Abschiebung freilich erst, wenn abgelehnte Asylbewerber innerhalb einer Frist von regelmäßig 30 Tagen nicht freiwillig ausreisen.¹⁴ Die freiwillige Ausreisepflichte könnte durch staatliche Beratung und finanzielle Anreizmaßnahmen noch erhöht werden,¹⁵ ohne dass diese Maßnahmen gesetzlich verankert werden müssten. Allerdings ist auch die freiwillige Rückkehr kein Allheilmittel, da die bestehenden Rückkehrprogramme nichts daran ändern,¹⁶ dass nur eine Minderheit der abgelehnten Asylbewerber die freiwillige Ausreisepflicht befolgt. Nach dem geltenden Recht ist dies ein verbreiteter Rechtsbruch, der die Behörden zur Abschiebung verpflichtet.

⁹ Zuletzt der Aktionsplan gem. [COM\(2017\) 200](#) v. 2.3.2017.

¹⁰ Zum einhergehenden Zielkonflikt *Daniel Thym*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, 29.5.2019, Abschnitt I.3.

¹¹ EuGH, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, [Slg. 2011 I-3015](#), Rn. 59; zuletzt EuGH (Fn. 2), Rn. 48.

¹² Hierzu die parallele Stellungnahme von *Thym* (Fn. 10), Abschnitt I.2.

¹³ § 58 Abs. 1 AufenthG: „Der Ausländer *ist* abzuschicken...“

¹⁴ Vgl. § 59 Abs. 1 AufenthG, Art. 7 Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG.

¹⁵ Vgl. Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR), *Bewegte Zeiten. Rückblick auf die Integrations- und Migrationspolitik der letzten Jahre*, [Jahresgutachten 2019](#), S. 93-95.

¹⁶ Siehe <https://www.returningfromgermany.de/de>.

In den jüngeren Debatten wird bisweilen argumentiert, dass die hohe Anzahl an geduldeten Personen fälschlich als Beleg herangezogen werde, um ein Vollzugsdefizit bei der Ausreisepflicht zu belegen. Juristisch ist dies falsch, denn die Duldung ist keine Aufenthaltserlaubnis, sondern bestätigt schlicht, dass jemand „aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen“ nicht abgeschoben werden kann.¹⁷ Wenn etwa Pro Asyl schreibt, dass geduldete Personen sich „nicht rechtswidrig“ aufhalten,¹⁸ verkennt dies die einfürend zitierte EuGH-Judikatur ebenso wie die deutsche Rechtslage.¹⁹ Die **hohe Anzahl an Duldungen steht somit der Annahme eines Vollzugsdefizits nicht entgegen, sondern bestätigt dieses umgekehrt**. Eine Duldung darf nur erteilt werden, „solange“ eine Abschiebung unmöglich ist. Geduldete bleiben vollziehbar ausreisepflichtig.²⁰

Dass die Duldung in der öffentlichen Debatte zunehmend als „legitimer“ Aufenthaltsgrund erscheint, liegt nicht nur an einer fehlerhaften Darstellung der Rechtslage durch einzelne Akteure. Im Gespräch mit Medienvertretern und Fachexperten, die keine Juristen sind, erlebte ich wiederholt, dass die **öffentliche Diskussion um die „Ausbildungsduldung“ das Bewusstsein für den rechtswidrigen Aufenthalt von Geduldeten schwinden lässt** – ein falscher Eindruck, den der parallele Gesetzentwurf verstärken könnte. Von daher hätte es durchaus auch diskursive Vorzüge, wenn das Europarecht den Gesetzgeber dazu zwänge, die künftige Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung entweder abzuschaffen oder in eine reguläre Aufenthaltserlaubnis umzuwandeln.²¹

Ergänzend gibt es neben der Ausbildungsduldung weitere Konstellationen, in denen die **Ab-schiebung aus legitimen Gründen ausgesetzt** wird. Hierzu gehören medizinische und familiäre Gesichtspunkte, die nach den (unvollständigen) Statistiken freilich nur für eine Minderheit der Duldungen greifen.²² Diese Gründe werden vielfach großzügig gehandhabt und auch dann als legitim erachtet, wenn die Grundrechte eine Abschiebung zuließen.²³ Es ist dies rechtlich durchaus problematisch, weil Behörden gesetzlich zur Abschiebung verpflichtet sind

¹⁷ § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG.

¹⁸ Pro Asyl, Stellungnahme zum Geordnete-Rückkehr-Gesetz, [15.4.2019](#), S. 18, ähnlich S. 3.

¹⁹ Siehe EuGH (Fn. 2), Rn. 56; und § 4 Abs. 1 AufenthG, der Geduldeten kein Aufenthaltsrecht gibt, weil diese über keinen Aufenthaltstitel verfügen und ausreisepflichtig bleiben, wie § 60 Abs. 3 AufenthG bestätigt.

²⁰ Vgl. auch Nr. 60a.3 Allg. VwV AufenthG; früher war das anders, weil bis zum Zuwanderungsgesetz teilweise Personen, die heute eine Aufenthaltserlaubnis als subsidiär Schutzberechtigte oder als Inhaber eines nationalen Abschiebungsverbots erhalten, eine „gute“ Duldung erhielten.

²¹ Hierzu die parallele Stellungnahme von *Thym* (Fn. 10), Abschnitt II.3.

²² Dies betrifft ca. 15 % der Duldungen der Kategorien 4 f., 8 f. gemäß der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der FDP: Geplante Maßnahmen zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, [BT-Drs. 19/8030](#) v. 27.2.2019, S. 8; hinzu dürften einige Personen der Kategorien 2 und 6 f. kommen.

²³ So dürften zahlreiche Ausländerbehörden für eine Duldung aus medizinischen Gründen großzügigere Standards anlegen als EGMR, Ur. v. 13.12.2016 [GK], [Nr. 41738/10](#), *Paposhvili gegen Belgien*, Rn. 172-193.

und keine individuelle Dispensbefugnis ähnlich einem Begnadigungsrechts besitzen, Abschiebungen aus humanitären Gründen auszusetzen, ohne dass die Grundrechte dies vorschreiben.²⁴ Von daher ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzentwurf jedenfalls Missbrauchsfälle eindämmen möchte, die eine Untersuchung von Bund *und* Ländern für **missbräuchliche medizinische Duldungen** identifizierte.²⁵ Der Gesetzentwurf verpflichtet Ärzte, künftig Erkrankungen und Medikamente nach einer internationalen Klassifizierung aufzuführen (Art. 1 Nr. 18; § 60a Abs. 2c AufenthG-E).

Es wurde bei der ersten Lesung des Gesetzentwurfs zutreffend darauf hingewiesen, dass speziell die AZR-Statistik zu ausreisepflichtigen Personen fehlerhaft ist.²⁶ Dies ist bedauerlich und sollte von Bund und Ländern gemeinsam verbessert werden.²⁷ Allerdings ändert es nichts daran, dass gegenwärtig deutlich mehr als 100 Tausend Personen mit und ohne Duldung vollziehbar ausreisepflichtig sind – und darüber hinaus über 200 Tausend Personen sich noch im Gerichtsverfahren befinden. Unabhängig davon, wie hoch die Zahlen genau sind, zeigen diese selbst dann ein **augenfälliges Vollzugsdefizit**, wenn man Personen mit „legitimen“ Duldungsgründen nicht mitzählte. Darüber hinaus zeigen die Daten trotz ihrer Fehleranfälligkeit inhaltliche Problemlagen, die durch ergänzende qualitative, d.h. nicht vorrangig datengestützte Untersuchungen gestützt werden.²⁸

Hiernach bestehen mindestens **drei strukturelle Gründe für das Vollzugsdefizit**, auf die der Gesetzentwurf teilweise reagiert und die selbstverständlich durch eine bessere außenpolitische Kooperation mit den Herkunfts- und Transitländern ergänzt werden müssen: *Erstens* bestehen gravierende Defizite bei der Identitätsklärung und der **Beschaffung von Passersatzpapieren**; mindestens 40 % der Duldungen lassen sich gegenwärtig auf dieses zentrale Strukturdefizit zurückführen, dem der Entwurf durch die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ begegnen möchte.²⁹ *Zweitens* werden **zahlreiche Personen nicht angetroffen**, weil sie untergetaucht bzw. flüchtig sind oder sich in den maßgeblichen Morgenstunden nicht zu Hause aufhalten;³⁰ hierauf reagiert der Gesetzentwurf, vor allem durch die neu geregelte Abschiebungshaft. *Drittens* bestehen personelle und institutionelle **Kapazitätsdefizite in den**

²⁴ Rechtlich handelt es sich wohl um eine „tatsächliche“ Unmöglichkeit mangels behördlicher Vorkehrungen, die man auch als „bürokratische“, weil selbstverschuldete Unmöglichkeit bezeichnen mag.

²⁵ Vgl. Bericht der Unterarbeitsgruppe Vollzugsdefizite: über die Ergebnisse der Evaluierung des Berichts über die Probleme bei der praktischen Umsetzung von ausländerbehördlichen Ausreisepflichtigen und Vollzugsmaßnahmen vom April 2011, [April 2015](#), S. 15-18.

²⁶ Vgl. *Ulla Jellpke* bei der 101. Sitzung des Deutschen Bundestags, [Plenarprot. 19/101](#) v. 16.5.2019, S. 12190.

²⁷ So SVR, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (Geordnete-Rückkehr-Gesetz), [Mai 2019](#), S. 1, 3 f.

²⁸ Dies gilt insb. für den Bericht der Unterarbeitsgruppe Vollzugsdefizite (Fn. 25).

²⁹ Vgl. Bundesregierung (Fn. 22), S. 8, was auch an der fehlenden Kooperation der Herkunftsländer liegt.

³⁰ Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP: Abschiebungen, Rücküberstellungen und freiwillige Ausreisen seit 2013, [BT-Drs. 18/5818](#) v. 16.11.2018, S. 108.

Ländern und Kommunen, weil der massive Ausbau der Integrationsförderung nicht von einer parallelen Stärkung der Ausländerbehörden begleitet wurde, auch wenn einzelne Bundesländer zuletzt aktiver waren.³¹

Zu den Kontextfaktoren gehört die fehlende Akzeptanz der Rückkehrpolitik, wenn Asylbewerber dezentral verteilt und später zurückgeführt werden sollen. Eine dezentrale Unterbringung ist zwar aus Integrationsgründen wünschenswert, allerdings **kann die dezentrale Unterbringung als selbsterfüllende Prophezeiung den Vollzug der Ausreisepflicht erschweren**.³²

Von daher mag es sinnvoll sein, langfristig eine zentrale Unterbringung mit schnellen und qualitätvollen Asylverfahren unter Bundesaufsicht jedenfalls für Asylbewerber mit schlechter Bleibeperspektive anzustreben, wie es die FDP in demjenigen Antrag vorschlägt, der Gegenstand der Anhörung ist.³³ Kurz- und mittelfristig führt aus rechtlichen und logistischen Gründen allerdings kein Weg an einer besseren Kooperation von Bund und Ländern sowie einem gesteigerten Bewusstsein für die Rückkehrpolitik auch auf lokaler und regionaler Ebene vorbei. Dies sollte im Interesse aller Beteiligten sein, weil das Gefühl eines fortgesetzten Vollzugsdefizits das Vertrauen der Bevölkerung in die Migrationspolitik und die Regierenden insgesamt unterminieren kann.³⁴

3. Mythos der Masseninhaftierung

Es ist gut, dass die deutsche Öffentlichkeit aufgrund der Geschichte sensibel ist, wenn Personen inhaftiert werden sollen, die keine Straftat begingen. Dennoch sollte die öffentliche Debatte mit sachlichen Argumenten geführt werden. Speziell der Vorwurf eines massenhaften Gebrauchs der Abschiebungshaft läuft ins Leere. Dies gilt für die Gegenwart ebenso wie für die Zeit nach der (voraussichtlichen) Annahme des Gesetzentwurfs (hierzu II.5.f.). So zeigt bereits ein Blick auf die Statistik, dass **Deutschland im europäischen Vergleich die Abschiebungshaft überaus selten nutzt**. In Frankreich und Großbritannien wurden im Jahr 2016 jeweils über 20 Tausend ausreisepflichtige Personen in Abschiebungshaft genommen,³⁵ während für Deutschland zwar keine Gesamtzahlen vorliegen, die bestehenden Haftanstalten zwischenzeitlich aber beinahe leer standen.

Dies zeigen Antworten der Bundesregierung auf Anfragen der Fraktion Die Linke, wonach zum Stichpunkt des 30. Juni der Jahre 2015 bis 2018 **auch in großen Bundesländern sich**

³¹ Hierzu der Bericht (Fn. 25), S. 7-11; und die Bundesregierung (Fn. 30), S. 110-113.

³² Vgl. SVR (Fn. 15), S. 96 und die sozialwissenschaftliche Studie von *Antje Ellermann*, States against Migrants. Deportation in Germany and the United States ([CUP, 2009](#)), Kap. 3 f.

³³ Vgl. den Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der FDP, [BT-Drs. 19/9924](#) v. 7.5.2019, S. 4 f.

³⁴ Hierzu auch *Thym* (Fn. 4), S. 197 f.

³⁵ Vgl. EMN, The Effectiveness of Return in EU Member States 2017, [15.2.2018](#), S. 40.

größtenteils nur eine einstellige Personenzahl in Abschiebungshaft, Ausreisegewahrsam oder Dublin-Überstellungshaft befand; zweistellige Zahlen bis hin zu einhundert Personen wurden nur vereinzelt in den letzten beiden Jahren erreicht. Bei einer Gesamtzahl von weit über 100 Tausend ausreisepflichtigen Personen sowie von über 20 Tausend Abschiebungen ist die Haftquote mithin minimal.³⁶ Vor dem Jahr 2015 waren die Quoten noch etwas höher, weil damals noch reguläre Haftanstalten genutzt wurden, bis das Trennungsgebot dazu führte, dass zahlreiche Bundesländer zwischenzeitlich überhaupt keine Abschiebungshafteinrichtung mehr vorhielten.³⁷ **Zur Jahrtausendwende war die Situation noch eine gänzlich andere:** Im März 2000 befanden sich bundesweit beinahe 2000 Personen in Abschiebungshaft.³⁸ Allein in Berlin waren in den Jahren 2000 und 2001 insgesamt 7000 bzw. 5000 Menschen in Abschiebungshaft genommen, durchschnittlich waren immer ungefähr 300 Personen in Haft. In den Jahren 2016 und 2017 waren dies Ende Juni jeweils null Personen; für 2018 liegen keine Daten vor.³⁹

II. EINZELHEITEN

Inhaltliche Schwerpunkte meiner Stellungnahme zu den Einzelheiten des Gesetzentwurfs betreffen die Duldung mit ungeklärter Identität, das AsylbLG und verschiedenen Konstellationen der Inhaftierung, die ich in einem Unterabschnitt gemeinsam behandle. Bei den Ausweisungsvorschriften verweise ich auf ein Missverständnis des Gesetzgebers, das leicht korrigiert werden könnte. Hinzu kommen technische Einzelfragen, die rechtspolitisch nicht bedeutsam, aber für die migrationsrechtliche Praxis wichtig sind.

1. Einreiseverbot (Art. 1 Nr. 4; § 11 AufenthG-E)

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung auf die jüngeren Urteile des BVerwG reagiert und die nationalen Regeln über das **Einreise- und Aufenthaltsverbot an die europarechtlichen Vorgaben anpasst**, so wie sie vom BVerwG ausgelegt werden.⁴⁰ Die Neufassung kann als **gelungenes Beispiel einer transparenten Neuregelung** gelten, die zwar nicht kurz und schlank ist, aber dennoch für Rechtssicherheit sorgt. Unklarheiten bestehen derzeit noch

³⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage der Fraktion Die Linke: Praxis der Abschiebungshaft seit 2015, [BT-Drs. 19/5817](#) v. 16.11.2018, S. 6-12.

³⁷ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion Die Linke: Die Praxis der Abschiebungshaft und Fragen zum Haftvollzug, [BT-Drs. 18/7196](#) v. 6.1.2016, S. 6-16; Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen: Situation in deutschen Abschiebungshaftanstalten, [BT-Drs. 17/10596](#) v. 5.9.2012, S. 3-5 sowie ebd., [BT-Drs. 16/11684](#) v. 17.12.2008, S. 7-17.

³⁸ Vgl. Erster Periodischer Sicherheitsbericht des Bundesinnenministeriums, [Juli 2001](#), S. 412; sechs Jahre später waren es knapp tausend Personen; vgl. ebd., Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, [Oktober 2006](#), S. 608.

³⁹ Vgl. [Tobias Schwarz](#), Abschiebehafte in Berlin, in: Projektstudien (Hrsg.): Einblicke in das Leben von Flüchtlingen in Berlin (FU Berlin, 2003), S. 141 (142 f.); und für 2018 die Bundesregierung (Fn. 36), S. 6.

⁴⁰ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017, [1 VR 3.17](#); und BVerwG, Urt. v. 21.8.2018, [1 C 21.17](#).

für ordnungsrechtlich motivierte Einreiseverbote nach § 11 Abs. 5-5c AufenthG-E, hinsichtlich derer eine Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts beim EuGH anhängig ist, die klären soll, ob für diese die EU-Rückführungsrichtlinie überhaupt gilt.⁴¹ Diese Beurteilung kann der Gesetzgeber getrost den Gerichten überantworten.

2. Ausweisungsvorschriften (Art. 1 Nr. 10-12; §§ 53-55 AufenthG-E)

In der rechtspolitischen Diskussion und in den Medien wird die Bedeutung der Ausweisung häufig überschätzt. Insbesondere folgt aus der Ausweisung nicht zwangsläufig, dass eine Person abgeschoben werden darf. Vielmehr sind im Ausweisungskontext **drei Fragestellungen zu unterscheiden**: *Erstens* bei Flüchtlingen die Frage, ob diesen aufgrund schwerer Straftaten der GFK-Status bzw. der subsidiäre Schutz verweigert werden dürfen. Hiervon zu trennen ist, *zweitens*, die Ausweisung, die dazu führt, dass die betroffene Person unter Einschluss von anerkannten Flüchtlingen einen Aufenthaltstitel verliert, den sie davor besaß. Soweit eine Person kein Aufenthaltsrecht (mehr) besitzt, stellt sich, *drittens*, die Frage, ob diese abgeschoben werden darf oder ein Abschiebungshindernis besteht. Die **verschärften Ausweisungsvorschriften führen also nicht dazu, dass die betroffenen Personen zwingend abgeschoben würden**. Selbst wenn keine Abschiebung erfolgt, hat eine Ausweisung rechtliche Konsequenzen, weil statt einer Aufenthaltserlaubnis eine Duldung erteilt wird, die mit weniger Rechten einhergeht. So ist der Familiennachzug erschwert und es werden weniger Sozialleistungen gezahlt.

a. Ausweisung von *Schutzberechtigten nach europäischem Standard* (Art. 1 Nr. 10, 12; § 53 Abs. 3a, 3b, § 55 Abs. 1 AufenthG-E)

In diesem Gesamtzusammenhang möchte der erste Änderungsvorschlag die Ausweisung von international Schutzberechtigten mit GFK-Status oder subsidiärem Schutz erleichtern. Die gewählte Rechtskonstruktion betrifft nicht die nachträgliche Aufhebung eines Schutzstatus, die in § 60 Abs. 8 AufenthG i.V.m. § 3 Abs. 4 AsylG sowie § 4 Abs. 2 AsylG unverändert geregelt ist. Stattdessen regelt der Gesetzentwurf „nur“, die **Aufenthaltserlaubnis leichter aufzuheben, ohne dass das BAMF zugleich den positiven Asylbescheid widerruft**. Die Gesetzesbegründung (S. 31 f.) und der vorgeschlagene Wortlaut von § 53 Abs. 3a, 3b AufenthG-E orientieren sich an Art. 14 Abs. 4 Buchst. b sowie Art. 19 Abs. 3 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Buchst. b der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU, an deren Schutzniveau die deutsche Rechtslage angenähert werden soll.

⁴¹ Siehe BVerwG, Urt. v. 9.5.2019, 1 C 21.18.

Ich habe **Zweifel, ob sich Wortlaut und Begründung der Gesetzesänderung an der zutreffenden Richtlinienbestimmung orientieren**. Die genannten Artikel betreffen nach Wortlaut und Systematik nämlich die Verweigerung bzw. den Widerruf des internationalen Schutzes. Mithin müsste der Gesetzgeber den Wortlaut von § 60 Abs. 8 AufenthG sowie § 4 Abs. 2 AsylG an das Europarecht anpassen, wenn das gesetzliche Ziel darin bestünde, das nationale Recht an den genannten Richtlinienbestimmungen auszurichten – ganz ähnlich wie dies das Gesetz zum erweiterten Ausschluss der Flüchtlingsanerkennung bei straffälligen Asylbewerbern aus dem Jahr 2016 in Reaktion auf die Ereignisse der Kölner Silvesternacht teilweise unternahm, dessen Begründung ebenfalls auf Art. 14 der Qualifikationsrichtlinie verwiesen hatte.⁴² Wenn das BAMF auf dieser Grundlage den Flüchtlingsschutz bzw. subsidiären Schutz widerruft, kann auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 52 Abs. 1 S. 4 Nr. 4 AufenthG vergleichsweise einfach widerrufen werden.

Soweit das Ziel des Gesetzgebers darin besteht, „nur“ die nachgelagerte Aufenthaltserlaubnis, ist Art. 24 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie der richtige Maßstab.⁴³ Diese Bestimmung verweist auf „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ und verwendet damit einen anderen Maßstab als die gewählte Gesetzesformulierung. Es ist dies nicht nur ein rechtstechnischer Unterschied, weil der **Standard für den Widerruf nur der Aufenthaltserlaubnis großzügiger ist** als derjenige für den Entzug des Schutzstatus, der im Lichte der Genfer Flüchtlingskonvention vorsichtig zu handhaben ist.⁴⁴ Dies zeigt sich insbesondere daran, dass Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU – anders als Art. 14 Abs. 4 f. und Art. 17 Abs. 3 – den großzügigeren Maßstab der „öffentlichen Ordnung“ neben der „nationalen Sicherheit“ verwendet, während der Flüchtlingsschutz nur bei Gefahren für die Sicherheit oder Allgemeinheit widerrufen werden darf.

Im Europarecht dient nämlich – anders als im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht – die öffentliche Ordnung (nicht: Sicherheit) als die großzügigere Generalklausel für staatliche Beschränkungen.⁴⁵ Über Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU als richtigen Maßstab für eine Ausweisung von international Schutzberechtigten könnte man auch die geänderten typisierten Ausweisungsinteressen nach § 54 Abs. 1a, Abs. 2 AufenthG-E besser erfassen als über den

⁴² Vgl. G. v. 11.3.2016 ([BGBl. 2016 I 394](#)); und die Begründung gemäß [BT-Drs. 18/7537](#) v. 16.2.2016, S. 8 f.; sinngemäß BVerwGE 157, 325 = Urt. v. 22.2.2017, [1 C 3.16](#), Rn. 47.

⁴³ So auch BVerwG (Fn. 42), Rn. 46; und Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vorgaben des EU-Rechts zu Voraussetzungen und Grenzen von Aufenthaltsbeendigungen international Schutzberechtigter, [PE 6 - 3000 – 4/16](#) v. 9.2.2016, S. 14-17.

⁴⁴ Näher *Daniel Thym*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 22. Februar 2016 zur erleichterten Ausweisung straffälliger Ausländer, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)512 B](#), S. 6-8.

⁴⁵ Näher *Daniel Thym*, Long Term Residents Directive 2003/109/EC, in: Kay Hailbronner/ders. (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2. Aufl. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016), Art. 6 Rn. 9 f.; siehe auch Wissenschaftliche Dienste (Fn. 43), S. 14-17; und EuGH (Fn. 47), Rn. 75.

strengeren Maßstab der Sicherheits- bzw. Allgemeingefahr. **Soweit das Ziel des Gesetzgebers darin besteht, die Ausweisung an den europarechtlichen Vorgaben auszurichten, sollte § 54 Abs. 3a f. AufenthG-E durch eine Formulierung ersetzt werden, die für den Flüchtlingsschutz und den subsidiären Schutz einheitlich eine Ausweisung gestattet, wenn „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem (nicht) entgegenstehen.“**⁴⁶ Die Begründung könnte durch einen schlanken Verweis auf Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU ersetzt werden. Es wäre dies ein willkommener Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung, weil es der migrationsrechtlichen Praxis leichter fällt, das ohnehin immer kompliziertere Migrationsrecht anzuwenden, wenn auf nationaler und europäischer Ebene die gleichen Begriffe verwandt werden.

Es bietet sich an, auf eine ausführlichere Begründung zu verzichten, weil der Inhalt der europarechtlichen Vorgaben derzeit im Fluss ist. So ergibt sich aus einer EuGH-Entscheidung, dass die genannten Begriffe sich an der großzügigen Unionsbürgerjudikatur ausrichten,⁴⁷ ohne dass hieraus eine schematische Gleichförmigkeit folgte. Eine Gesamtschau aller EuGH-Urteile zeigt eine kontextspezifische Offenheit der öffentlichen Ordnung,⁴⁸ die ggfls. sogar generalpräventive Ausweisungen zulässt, die die Gesetzesbegründung für die Ausweisung von Schutzberechtigten ausschließen möchte (S. 31 f.), obgleich der EuGH und das BVerwG dies für andere Konstellationen zulassen, wobei unklar bleibt, ob dies auf Art. 24 RL 2011/95/EU übertragen werden kann.⁴⁹ Gleiches gilt für die Frage, ob Straftaten, für die ein hinreichender Tatverdacht besteht, die aber zu keiner Verurteilung führten, bei einer Gesamtschau berücksichtigt werden können, was der Gesetzentwurf bei subsidiär Schutzberechtigten zulassen möchte, nicht jedoch beim Flüchtlingsschutz.⁵⁰ Ein **Verweis auf das Unionsrecht und die EuGH-Judikatur in der Gesetzesbegründung würde man die Handhabung des § 53 Abs. 3a AufenthG-E den Gerichten überantworten.**⁵¹ Der Vollständigkeit wegen sei nochmals erwähnt, dass die Ausweisung in dieser Sonderkonstellation nicht notwendig zur Abschiebung führt, wohl aber aufenthalts- und sozialrechtliche Privilegien beseitigt.

⁴⁶ § 53 Abs. 3a könnte lauten: „Ein Ausländer, der als Asylberechtigter anerkannt ist, der im Bundesgebiet die Rechtsstellung eines ausländischen Flüchtlings oder eines subsidiär Schutzberechtigten genießt oder der einen von einer Behörde der Bundesrepublik Deutschland ausgestellten Reiseausweis nach dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl. 1953 II S. 559) besitzt, darf nur ausgewiesen werden, wenn zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem nicht entgegenstehen.“

⁴⁷ So zu Art. 24 Abs. 1 RL 2011/95/EU EuGH, T., C-373/13, [EU:C:2015:413](#), Rn. 76-80.

⁴⁸ Ausführlicher *Daniel Thym*, EuGH-Judikatur zum Migrationsrecht aus der Vogelperspektive, [Zeitschrift für Ausländerrecht 2019, 1 \(5-7\)](#).

⁴⁹ Vgl. EuGH, *Fahimian*, C-544/15, EU:C:2017:255, Rn. 40; *Thym* (Fn. 48), S. 6 f.; BVerwG, Urt. v. 12.7.2018, [1 C 16.17](#); und *Uwe Berlit*, Aktuelle Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht, NVwZ-Extra 4/2019, S. 10-12.

⁵⁰ Hierzu im Kontext der Ausweisung BVerwG, Urt. v. 12.7.2018, [1 C 16.17](#), Rn. 23.

⁵¹ Diese orientieren sich im Zweifel ohnehin am Unionsrecht, vgl. BVerwG (Fn. 42), Rn. 46 f.

b. Typisierung des Ausweisungsinteresses für alle Ausländer (Art. 1 Nr. 11; § 54 Abs. 1a, Abs. 1b, Abs. 2 AufenthG-E)

Seit dem Jahr 2015 gilt ein neues Ausweisungsrecht, das – anders als die frühere Rechtslage – nicht mehr für bestimmte Straftaten automatisch eine Ausweisung vorschreibt, was deutsche und europäische Gerichte für rechtswidrig erklärt hatten. Kern des neuen Systems sind § 53 Abs. 1 f. AufenthG, die verpflichtend vorgeben, dass eine **jede Ausweisung auf einer einzelfallbasierten Interessenabwägung** im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips beruht und im vollen Umfang gerichtlich überprüfbar ist.⁵² Hieraus folgt, dass der neugefasste § 54 Abs. 1a, Abs. 1b, Abs. 2 AufenthG-E *keinem* Automatismus unterliegt, wonach die genannten Straftaten automatisch zur Ausweisung führen. Die Entscheidung fällt weiterhin bei der einzelfallbezogenen Güterabwägung.

Dies bedeutet aber nicht, dass die Änderungen irrelevant wären. Vielmehr besitzt der Gesetzgeber die Möglichkeit, bestimmte **Ausweisungs- und Bleibeinteressen typisierend zu werten**. Diese gesetzliche Typisierung erreicht zwar nicht die quasi-mathematische Genauigkeit des früheren Automatismus, muss aber dennoch von Behörden und Gerichten wegen der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) im Rahmen der Einzelfallwürdigung mit dem „spezifischen“ vom Gesetzgeber festgelegten Gewicht beachtet werden.⁵³ Etwas anderes folgt auch nicht aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil diese als relationaler Maßstab darauf gerichtet bleibt, widerstreitende Interessen abzuwägen, ohne vorzugeben, mit welchem Gewicht einzelne Gesichtspunkte in die Abwägung einfließen.⁵⁴ Eben dieses relative Gewicht der Aufenthalts- und Bleibeinteressen kann der Gesetzgeber beeinflussen, soweit die Grundrechte kein anderes Ergebnis vorgeben.

Insofern wird die stärkere Gewichtung von Straftaten nach § 53 Abs. 1a AufenthG sowie der neu aufgenommene Sozialleistungsbetrug nach Abs. 1b im Rahmen der Gesamtbetrachtung von den Gerichten berücksichtigt werden. Dies gilt auch für die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, bei der zuletzt auch die Rechtsprechung strenger wurde. So betonte das OVG Koblenz die **generalpräventive Wirkung einer Ausweisung von Sexualstraftätern**, „die aus einem nicht der Gleichberechtigung von Mann und Frau verpflichteten Kulturkreis

⁵² Hierzu bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 23. März 2015 zum Entwurf eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, [Ausschuss-Drs. 18\(4\)269 G](#), S. 8 f.

⁵³ So das BVerwG (Fn. 42), Rn. 24; und meine frühere Stellungnahme *Thym* (Fn. 44), S. 3 f.

⁵⁴ Vgl. *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. (C.H. Beck, 2019), Rn. 229 ff.

stammen.⁵⁵ Allerdings sollte der Gesetzgeber die Wirkung der Änderungen wegen der Einzelfallabwägung nicht überschätzen. Es ist legitim und richtig, den Behörden und Gerichten eine normative Vorgabe zu geben, allerdings **sollten die Normen nicht, ähnlich wie Verwaltungsvorschriften, das letzte Detail zu regeln versuchen**, weil das Ergebnis am Ende ohnehin der Güterabwägung unterliegt, bei der künftig die im Gesetzentwurf genannten Rechtsverstöße stärker zu gewichten sind. Von daher bringt es wenig, die §§ 54 f. durch immer weitere Einzelheiten anzureichern.

3. Klarstellung des Staatsbegriffs (Art. 1 Nr. 16; § 59 Abs. 2 AufenthG-E)

Die vereinzelte Kritik, dass der Gesetzentwurf eine **Abschiebung in sichere Teilgebiete von Staaten** zulassen wolle,⁵⁶ so wie dies aktuell auf europäischer Ebene für die Definition sicherer Drittstaaten diskutiert wird,⁵⁷ verweist mit Blick auf die Diskussion in Brüssel auf eine spannende rechtspolitische Frage, **hat jedoch mit dem Inhalt des Gesetzentwurfs inhaltlich nichts zu tun**. Der Wortlaut des § 59 Abs. 2 bestimmt durch den Verweis auf die EU-Visa-Verordnung (EU) 2018/1806 eindeutig, dass auch künftig eine Abschiebungsandrohung nur für souveräne Staaten sowie Gebiete mit einem völkerrechtlichen Sonderstatus möglich ist, wie dies insbesondere bei den palästinensischen Autonomiegebieten der Fall ist. Es handelt sich um eine klarstellende Regelung, weil einige Gerichte diese Frage schon heute im Sinn des Gesetzentwurfs beantworten.⁵⁸

4. „Duldung minus“ (Art. 1 Nr. 19, 33; § 60b, § 105 AufenthG-E)

Es wurde einleitend dargestellt, dass **fehlende Passersatzpapiere ein zentrales Strukturdefizit** sind, das die verbreitete Missachtung und defizitäre Durchsetzung der Ausreisepflicht erklären hilft (siehe I.2.). Es überrascht daher nicht, dass die Bundesregierung dieses Defizit angehen möchte, indem sie *einerseits* außenpolitisch mit den Herkunftsländern über eine leichtere Passerteilung sowie Laissez-passer-Papiere verhandelt⁵⁹ und *andererseits* innenpolitisch darauf dringt, dass Abschiebungen seltener an fehlenden Papieren scheitern. Diesem Zweck dient die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“, deren **Titel missverständlich ist, weil die neue Regelung nur für Personen gilt, die ihre Mitwirkungspflicht verletzen**, und nicht auch für Personen, deren Identitätsklärung aus Gründen scheiterte, die

⁵⁵ OVG Koblenz, Beschl. v. 23.10.2018, 7 A 10866/18, [NJW 2019, 168 \(Leitsatz 1\)](#).

⁵⁶ So Pro Asyl (Fn. 18), S. 7.

⁵⁷ Hierzu *Daniel Thym*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 16. April 2018 zur Reform der europäischen Asylgesetzgebung, [Ausschuss-Drs. 19\(4\)26 F](#), S. 11 ff.

⁵⁸ Etwa das OVG Lüneburg, Urt. v. 14.12.2017, [8 LC 99/17](#); unter dem Aktenzeichen 1 C 2.18 ist eine Revision vor dem BVerwG anhängig, die sich mit dem Gesetzentwurf für die Zukunft erübrigt.

⁵⁹ Hierzu die Bundesregierung (Fn. 30), S. 109 f.

sie nicht zu vertreten haben. Von daher wäre die Bezeichnung „Duldung bei verletzter Mitwirkungspflicht“ treffender – oder wie es der Bundesinnenminister in der ersten Lesung „für Nichtjuristen übersetzt(e)“: „Duldung minus.“⁶⁰

a. Erteilungsvoraussetzungen

Ebenso wie die reguläre Duldung soll eine „Duldung minus“ automatisch erteilt werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Maßgebliches Tatbestandsmerkmal hierfür ist, ob „die Abschiebung aus von ihm selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann“, weil die betroffene Person entweder täuschte, falsche Angaben machte oder eine zumutbare Mitwirkungspflicht nicht erfüllte (§ 60b Abs. 1 S. 1 AufenthG-E). Diese **Erteilungsvoraussetzungen werden ähnlich in anderen Paragraphen verwendet**,⁶¹ **an deren Auslegung sich die Behörden und Gerichte orientieren können**, um zu entscheiden, ob im Einzelfall eine „Duldung minus“ zu erteilen ist.

Dies gilt insbesondere für die Frage, inwieweit die **verweigerten Mitwirkungspflichten mitursächlich für die fehlenden Passpapiere sein müssen**. Die Gesetzesbegründung trifft hierzu keine Aussage.⁶² Eine Rechtsunsicherheit besteht gleichwohl nicht, weil derartige „Mischfälle“ für vergleichbare Normbestände bereits ausjudiziert sind. So befand das BVerwG für die Bleiberechtsregelungen ausdrücklich, dass es nicht darauf ankommt, ob tatsächlich oder hypothetisch andere Ausreisehindernisse eingreifen. Es ist im Lichte der juristischen Kausalitätslehren, die alle Jurastudierenden in den Strafrechtsvorlesungen erlernen, ausreichend, wenn eine Mitwirkung die Abschiebung zumindest erleichtert und insofern *mitursächlich* ist.⁶³ Einzig Mitwirkungshandlungen, die von vornherein aussichtslos sind, bleiben auch künftig mangels Kausalität unberücksichtigt.⁶⁴

Wenn teilweise gefordert wird, **unbegleitete Minderjährige** im Lichte des Kindeswohls generell auszunehmen,⁶⁵ verkennt dies, dass das Kindeswohl – entgegen der missverständlichen informellen deutschen Übersetzung – nach der EGMR-Rechtsprechung keinen hierarchischen Vorrang im Sinn einer „Trumpfkarte“ besitzt, sondern mit anderen Zielen abzuwägen

⁶⁰ Horst Seehofer auf der 101. Sitzung des Deutschen Bundestags, [Plenarprot. 19/101](#) v. 16.5.2019, S. 12184C.

⁶¹ Insb. § 25 Abs. 5 S. 4, § 60a Abs. 6, § 62b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG.

⁶² Anders frühere Referentenentwürfe, die auf jede Kausalität hatten verzichten wollen.

⁶³ Näher BVerwGE 136, 231 = Urt. v. 26.10.2010, [1 C 18.09](#), Rn. 20 f.; BVerwGE 135, 219 = Urt. v. 10.11.2009, [1 C 19.08](#), Rn. 20 f.; und, aktuell, OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.10.2018, [OVG 3 B 4/18](#), Rn. 25.

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 136, 231 = Urt. v. 26.10.2010, [1 C 18.09](#), Rn. 20.

⁶⁵ So Pro Asyl (Fn. 18), S. 7.

ist.⁶⁶ Unabhängig hiervon sichert eine **Übergangsvorschrift** in § 105 Abs. 2 f. AufenthG-E, dass die Neuregelung mit dem Beschäftigungsverbot rückwirkend keine Azubis oder Inhaber einer Ausbildungsduldung negativ beeinflusst.

b. Heilung durch Mitwirkung

Ein Vergleich mit den bestehenden Ausschlussgründen zeigt eine Besonderheit der „Duldung minus“, die für die rechtspolitische Bewertung wichtig sein kann: **Die betroffenen Personen können durch eigenes Zutun jederzeit eine reguläre Duldung erhalten, weil die Mitwirkungspflichten allesamt in ihre Verantwortungssphäre fallen.** § 60b Abs. 4 AufenthG-E stellt klar, dass die Mitwirkungshandlungen jederzeit nachgeholt und damit geheilt werden können. Dies verdeutlicht, dass die Neuregelung im Kern auf eine tatsächliche Erfüllung der Mitwirkungspflicht setzt und nicht deren frühere Missachtung negativ sanktionieren soll. Bei den Bleiberechtsregelungen ist dies bis heute anders. Hier schließt früheres Fehlverhalten nach dem BVerwG eine spätere Heilung aus.⁶⁷

Inhaltlich ist die Norm unzweifelhaft hinreichend bestimmt, was sich allein daran zeigt, dass nunmehr eine eng bedruckte Din A4-Seite aufgewandt wird, um Konstellationen zu beschreiben, die in § 25 Abs. 5 S. 3 f. AufenthG noch in wenigen Wörtern beschrieben worden waren (und sodann von den Behörden und Gerichten konkretisiert wurden). In der Sache betreffen die Mitwirkungspflichten größtenteils Handlungen, die von der Rechtsprechung schon bisher als zumutbar eingestuft wurden, wobei – durchaus großzügig – Abs. 3 S. 1 Nr. 1 f., 4 f. AufenthG-E verschiedene **tatbestandliche Ausnahmen für Härtefälle** niederlegt. Bei der **nachzuholenden Wehrpflicht** nach Nr. 4 ist zu beachten, dass diese nur Personen betrifft, die keinen Schutzstatus erhielten, was bei diktatorischen Regimen wie in Syrien oder Eritrea regelmäßig der Fall sein wird.⁶⁸ In diesen Fällen besteht also auch künftig keine Pflicht, dort einen Wehrdienst durchzuführen.

Für die Praxis überaus bedeutsam sind die Regeln zur Glaubhaftmachung der Mitwirkung, weil viele der in Abs. 3 genannten Handlungen von den deutschen Behörden nicht direkt kontrolliert werden können. Speziell die mögliche **Heilung in Form einer Erklärung an Eides statt könnte sich als praktische Achillesferse der Neuregelung** erweisen (vgl. § 60b Abs. 3 S. 4 AufenthG-E). Zwar sind falsche Versicherungen an Eides statt nach § 156b StGB

⁶⁶ Näher *Daniel Thym*, Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1340 \(1340\)](#); und *ders.*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses am 29.1.2018 zum Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, S. 21 f. ([online erhältlich](#)).

⁶⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, [1 C 3.10](#), Rn. 19 f. für § 25 Abs. 5 AufenthG.

⁶⁸ Zur Abstufung zwischen subsidiärem Schutz und GFK-Status siehe BVerwG, Urt. v. 19.4.2018, [1 C 29.17](#).

strafbar und können theoretisch mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren sanktioniert werden. Allerdings zeigt die Erfahrung mit dem Ausländerstrafrecht, etwa zur illegalen Einreise, dass dieses häufig nicht verfolgt wird, zumal die Staatsanwaltschaft die Falschaussage nachweisen muss. Auch eine präventive Abschreckungswirkung dürfte die Strafdrohung kaum entfalten, weil die betroffenen Personen sich bereits rechtswidrig im Bundesgebiet aufhalten, sie ihr tatsächliches Verhalten bisher also nicht maßgeblich an den Rechtspflichten im Ausreisekontext orientierten. So könnte sich das scharfe Schwert der Strafdrohung in der Praxis als stumpf erweisen. Soweit einzelne Ausländerbehörden entsprechende Versicherungen an Eides statt ohne größere Nachfragen akzeptierten, liefe die „Duldung minus“ praktisch ins Leere.

c. Rechtsfolgen

Auf der Rechtsfolgenseite präsentiert sich die neue Duldung als **Bündel von Maßnahmen, die größtenteils schon heute rechtlich möglich sind**. Dies gilt für alle drei Rechtsfolgen, die in § 60b Abs. 5 AufenthG-E genannt sind: das Verbot der Erwerbstätigkeit (§ 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2, S. 2 AufenthG), eine Wohnsitzauflage (§ 61 Abs. 1d AufenthG) und den Ausschluss von Bleiberechtsregelungen (§ 25 Abs. 5 S. 3 f., § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG), die in der Sache ähnlich wirken wie die Nichtberücksichtigung als Vorduldungszeit. Auch reduzierte Sozialleistungen gibt es nach § 1a Abs. 3 AsylbLG in der alten und neuen Fassung grundsätzlich bereits heute. Auch aus diesem Grund **überrascht die scharfe rechtspolitische Debatte**. Die Rechtsfolgen der „Duldung minus“ werden neu justiert, nicht jedoch neu erfunden. Wirklich neu ist einzig das Bußgeld für missachtete Mitwirkungspflichten nach § 98 Abs. 3 Nr. 5b, Abs. 5 AufenthG, das – ebenso wie die Strafsanktion – in der Praxis erst einmal nachgewiesen und sanktioniert werden muss.

All dies bedeutet nicht, dass die „Duldung minus“ praktisch bedeutungslos wäre. Ihr Vorzug ist neben der Signalwirkung administrativ: Künftig müssen die Ausländerbehörden die Rechtsfolgen nicht mehr im Einzelfall anordnen, was Mehrarbeit verursacht und häufig bewirkt, dass bestehende Sanktionsmöglichkeiten leerlaufen. Stattdessen wird **künftig einmalig eine neue Duldung ausgestellt, die das Rechtsfolgenbündel automatisch zur Folge hat**. Man kann die „Duldung minus“ mithin auch als **Beitrag für eine Verwaltungsvereinfachung** deuten und man hätte sich gewünscht, dass der Normenkontrollrat derartige Überlegungen anstellte, anstatt pauschal das Gesetz für seine Komplexität zu kritisieren (eine Kritik, die überra-

schenderweise beim parallelen Gesetzentwurf über die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung nicht angebracht wird, obgleich auch dieser Gesetzentwurf zwei sehr lange und hochkomplexe Normen neu einführt).⁶⁹

5. Inhaftnahme

Bei den Regelungen über die Freiheitsentziehung sind die **unterschiedlichen Erscheinungsformen** (kurzzeitiges Festhalten, Sicherungshaft, Dublin-Überstellungshaft, Mitwirkungsgewahrsam, Ausreisegewahrsam) von der allgemeinen Frage zu unterscheiden, wie die Gerichte diese Regeln anwenden werden. Speziell die **Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** wurde in der bisherigen Diskussion teilweise falsch dargestellt, um die unzutreffende Behauptung einer anstehenden Masseninhaftierung zu stützen. Rechtlich ist die Verhältnismäßigkeit von der Neuregelung eindeutig nicht betroffen und wird mithin auch in Zukunft dazu führen, dass die deutschen Gerichte an ihrer – überaus restriktiven – Abschiebungshaftpraxis nichts Grundlegendes ändern werden.

a. Kurzzeitiges Festhalten (Art. 1 Nr. 15; § 58 Abs. 4 AufenthG-E)

Das Grundgesetz unterscheidet zwischen kurzzeitigen *Freiheitsbeschränkungen* (Art. 104 Abs. 1) sowie längerfristigen *Freiheitsentziehungen* (Abs. 2), die spätestens mit Ablauf des Folgetages vom Richter angeordnet werden müssen.⁷⁰ Eine bloße Freiheitsbeschränkung bedarf somit zwar keiner richterlichen Anordnung, wohl aber einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, die bisher im Aufenthaltsrecht fehlt, weshalb § 58 Abs. 4 AufenthG-E eine **klarstellende Funktion** besitzt, weil unstreitig sein dürfte, dass eine Abschiebung mit einer kurzzeitigen Freiheitsbeschränkung einhergeht, wenn etwa eine betroffene Person sich im Flughafen nicht frei bewegen oder ein Flugzeug nicht verlassen darf, weil sonst die Abschiebung scheiterte. Wie jede andere polizeiliche Maßnahme unterliegt die Neuregelung der Verhältnismäßigkeit (hierzu II.5.f.). Der zweite Satz könnte daher ersatzlos gestrichen werden; juristisch ist er eine unnötige Wiederholung des Verfassungsrechts. Eine „Haft“ im Sinn der Rückführungsrichtlinie liegt nicht vor, weil diese eine nicht nur kurzzeitige Unterbringung in Hafteinrichtungen meint.⁷¹ Ein kurzzeitiges Festhalten begründet auch keinen Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 EMRK.⁷²

⁶⁹ Zur großen Komplexität meine parallele Stellungnahme von Thym (Fn. 10), Abschn. I.6.

⁷⁰ Zur Abgrenzung BVerfGE 105, 239 (248) = Beschl. v. 15.5.2002, [2 BvR 2292/00](#), Rn. 24.

⁷¹ Dies ergibt eine Gesamtschau von Art. 15, Art. 16 Abs. 1 sowie Erwägung 17 der RL 2008/115/EG.

⁷² EGMR, Urt. v. 25.6.1996, [Nr. 19776/92](#), *Amuur gegen Frankreich*, Rn. 43, 48; und Daniel Thym, „Zurückweisungen“ von Asylbewerbern nach der Dublin III-Verordnung, [Neue Juristische Wochenschrift 2018, 2353 \(2354\)](#).

b. Sicherungshaft (Art. 1 Nr. 21; § 62 AufenthG-E)

Der neugestaltete § 62 AufenthG-E „entrümpelt“ die bisherige Rechtslage durch einen kürzeren und übersichtlichen Grundtatbestand (Abs. 3) und regelt die Fluchtgefahr direkt im Anschluss (anstelle bisher in § 2 Abs. 14 AufenthG), was die Transparenz der Rechtslage erhöht. In der Sache wird sodann der Haftgrund der Fluchtgefahr konkretisiert, wobei die einleitende Formulierung („im Einzelfall Gründe vorliegen, die auf den ... festgelegten Anhaltspunkten beruhen und deshalb der begründete Verdacht besteht, dass ...“) gestrichen wird. Europarechtlich ist dies unproblematisch, weil Art. 3 Nr. 7 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG nur eine Einzelfallentscheidung anhand objektiver, gesetzlich festgelegter Kriterien verlangt. Soweit diese geänderte Formulierung bei juristisch unkundigen Beobachtern dennoch den Eindruck hinterlassen sollte, dass der Gesetzgeber die Einzelfallbetrachtung abschaffen wollte, wäre dies ein Irrtum. Die **Fluchtgefahr muss auch künftig im Einzelfall festgestellt werden**. Gleiches gilt für die tatbestandlichen Voraussetzungen an eine widerlegbare Vermutung nach § 62 Abs. 3a AufenthG-E, die nur eingreift, wenn das zuständige Gericht feststellte, dass eine Person etwa tatsächlich über die Identität täuschte (Nr. 1) oder den Aufenthaltsort ohne Anzeige wechselte (Nr. 2).

i. Richterliche Einzelfallbetrachtung

Ohnehin scheinen manche juristisch geschulten Beobachter begrenzte Kenntnisse im Prozessrecht zu besitzen. Es ist **juristisch falsch, die widerlegbare Vermutung nach § 62 Abs. 3a AufenthG-E als „Beweislastumkehr“ zu bezeichnen**,⁷³ die einen „Entlastungsbeweis seitens der zu inhaftierenden Personen“ verlangt und damit die Abschiebungshaft zum Regelfall erhebt.⁷⁴ Es ist selbstverständlich legitim, den Gesetzentwurf rechtspolitisch zu kritisieren, aber eine solche Kritik sollte nicht auf rechtlichen Märchen beruhen. Eine prozessuale Beweislast nach dem Modell des Zivilprozesses gibt es bei der Abschiebungshaft und vor Verwaltungsgerichten nicht.⁷⁵ Im Abschiebungshaftverfahren gilt, ebenso wie im Verwaltungsprozessrecht, der **Amtsermittlungsgrundsatz, der die Gerichte gesetzlich verpflichtet, von Amts wegen alle entscheidungserheblichen Tatsachen zu ermitteln** und sich im Wege der freien richterlichen Beweiswürdigung eine Meinung zu bilden⁷⁶ – unter Einschluss

⁷³ So aber Pro Asyl (Fn. 18), S. 13.

⁷⁴ So jedoch *Constantin Hruschka*, Ad-Hoc-Reparatur-Betrieb statt kohärenter Rechtsrahmen: das "Geordnete-Rückkehr-Gesetz", [Verfassungsblog am 21.5.2.19](#).

⁷⁵ Es gilt – ganz unabhängig von dem neu eingefügten § 62 Abs. 3a AufenthG – nur eine materielle Darlegungslast, wonach eine unmögliche Sachverhaltsklärung *von Amts wegen* zu Lasten einer Parteien geht.

⁷⁶ Ausdrücklich §§ 26, 37 FamFG im Einklang mit §§ 86 Abs. 1, 108 VwGO.

der Aspekte, die im konkreten Fall gegen eine Haft sprechen. § 63 Abs. 3a AufenthG-E erlaubt keine automatische Inhaftierung.

Sinn und Zweck der widerlegbaren Vermutung ist vielmehr, den Gerichten aufgrund der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) eine **klare Leitlinie an die Hand zu geben, wann Fluchtgefahr besteht**, weil die Gerichte im Einzelfall die tatbestandlichen Voraussetzungen des §§ 62 Abs. 3a Nr. 1-6 AufenthG-E als erfüllt betrachten. Dass dies europarechtlich unproblematisch ist, ergibt sich schon aus dem Verweis in Art. 3 Nr. 7 RL 2008/115/EG auf das nationale Recht, den der EuGH nicht durch eine einheitliche Definition des Fluchtgefahrbegriffs überlagert.⁷⁷ Eventuelle Sonderkonstellationen sind bei der optionalen Widerlegbarkeit im Einzelfall zu berücksichtigen, die von den Gerichten von Amts wegen geprüft werden muss; eine solche Ausnahme kann etwa einschlägig sein, wenn ein Verhalten lange zurückliegt oder ein Asylbewerber gute Gründe besaß, warum er einen Anhörungstermin verpasste, ohne die Behörde zu informieren.⁷⁸ Insgesamt wird künftig also häufiger Fluchtgefahr bestehen, ohne dass dies notwendig zu sehr viel mehr Inhaftierungen führte, weil ergänzend in jedem Einzelfall die Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist (hierzu II.5.f.).

Ergänzend kommt hinzu, dass die **EU-Kommission in einer Empfehlung aus dem Jahr 2017** den Mitgliedstaaten offiziell vorschlug, in bestimmten Konstellationen von einer widerlegbaren Fluchtgefahr auszugehen, um dem Ziel einer wirksamen Rückführungspolitik, das dem europäischen Primär- und Sekundärrecht zugrunde liegt,⁷⁹ effektiver zum praktischen Durchbruch zu verhelfen.⁸⁰ Dementsprechend sieht auch der aktuelle **Vorschlag der EU-Kommission für eine reformierte Rückführungsrichtlinie** ausdrücklich vor, dass künftig eine widerlegbare Vermutung eingeführt werden soll.⁸¹ Tatsächlich praktizieren diese heute bereits mehrere Mitgliedstaaten.⁸² Das Geordnete-Rückkehr-Gesetz folgt mithin dem europäischen Mainstream und ist kein deutscher Sonderweg.

ii. Kriterien für die Fluchtgefahr

Die Anhaltspunkte für eine widerlegbare Vermutung nach Abs. 3a oder für eine Gesamtbeurteilung nach Abs. 3b fanden sich schon bisher in § 2 Abs. 14 AufenthG, der im Kern die

⁷⁷ Dieser fordert stattdessen eine Einzelfallprüfung anhand der nationalen Kriterien; vgl. EuGH, *Mahdi*, C-146/14, [EU:C:2014:1320](#), Rn. 65-74, insb. Rn. 70-72, wo konkret der bloße Umstand fehlender Identitätspapiere nach bulgarischem Recht für den Haftgrund als ausreichend erachtet wurde.

⁷⁸ Hierzu *Sergo Mananashvili*, Return Directive 2008/115/EC, in: Hailbronner/Thym (Fn. 45), Art. 15 Rn. 34, wobei der EuGH (Fn. 77), den Behörden mehr Spielraum zu geben scheint.

⁷⁹ Zur Richtlinie bereits Fn. 11; zum Primärrecht EuGH, *Celaj*, C-290/14, [EU:C:2015:640](#), Rn. 21-23.

⁸⁰ Vgl. Nr. 15 f. der Empfehlung (EU) 2017/432 ([ABl. 2017 L 66/15](#)).

⁸¹ Siehe Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 des Änderungsvorschlags, [COM\(2018\) 634](#) v. 12.9.2018, der nach dem Verhandlungsstand im Rat übernommen werden soll; vgl. [Dok. 15649/18](#) v. 20.12.2018.

⁸² Vgl. EMN (Fn. 35), S. 26-30.

frühere Rechtsprechung kodifiziert hatte und sich im Übrigen kaum von der Praxis anderer Mitgliedstaaten unterscheidet.⁸³ Unter den neuen Kriterien besitzt die **illegale Wiedereinreise von Asylbewerbern**, die aufgrund der Dublin III-Verordnung bereits einmal überstellt worden waren und nun ein zweites Mal illegal nach Deutschland einreisen (Abs. 3a Nr. 4), eine intuitive Plausibilität.⁸⁴ Gleiches gilt nach der ökonomischen Verhaltenstheorie des *rational choice* auch für die Annahme, dass **erhebliche Geldzahlungen an Transportunternehmen** (nicht nur Schmuggler, wie bisher) ein Indiz für eine Fluchtgefahr sein können (Abs. 3b Nr. 2).⁸⁵ Inwiefern die auch **ordnungsrechtlich motivierten Aspekte erheblicher Gefahren bzw. früherer Straftaten** (Abs. 3b Nr. 3 f.) überhaupt von der Rückführungsrichtlinie erfasst werden, wird eine jüngere EuGH-Vorlage des Leipziger BVerwG zu klären helfen.⁸⁶ Die ergänzend aufgeführten Mitwirkungspflichten konkretisieren bereits zuvor bestehende Indizien für die Annahme einer Fluchtgefahr.⁸⁷

Der Vollständigkeit wegen sei angemerkt, dass in naher Zukunft eine weitere Ausweitung der Anhaltspunkte für eine Fluchtgefahr anstehen könnte, weil der aktuelle **Kommissionsvorschlag für eine reformierte EU-Rückführungsrichtlinie weitere Anhaltspunkte einzuführen vorschlägt**, die nach dem aktuellen Verhandlungsstand über die aktuelle deutsche Rechtslage hinaus gehen und etwa eine Fluchtgefahr bei fehlenden Finanzmitteln, einer illegalen Einreise, einer Missachtung der freiwilligen Ausreisepflicht, laufenden Strafermittlungen oder einer bereits erfolgten Verurteilung annehmen.⁸⁸

c. Dublin-Überstellungshaft (Art. 1 Nr. 2; § 2 Abs. 14 AufenthG-E)

Für die Dublin-Überstellungshaft **gilt das eben Gesagte entsprechend**. So war die irreguläre Sekundärmigration schon bisher nach § 2 Abs. 15 S. 2 AufenthG ein Indiz für eine Fluchtgefahr, das nun für Asylanträge in mehr als zwei Staaten verschärft wird, weil hier keine individuelle Betrachtung der Rückkehrbereitschaft mehr verlangt wird (§ 2 Abs. 14 S. 2 Nr. 2 AufenthG-E). Im Übrigen gilt, wie ich schon 2015 ausführte, dass die Vorgabe einer „erheblichen“ Fluchtgefahr nach Art. 28 der Dublin III-Verordnung vom Gesetzgeber nicht dupliziert werden

⁸³ Hierzu bereits Thym (Fn. 52), S. 9-11; EMN, ebd.; und Mananashvili (Fn. 78), Rn. 32 f.

⁸⁴ Siehe auch Nr. 15 Buchst. d, e der Empfehlung (Fn. 80).

⁸⁵ Hierzu bereits Thym (Fn. 52), S. 10.

⁸⁶ Hierzu bereits Fn. 41

⁸⁷ Abs. 3b Nr. 5-7 konkretisieren Art. 2 Abs. 14 Nr. 1, 3 AufenthG bzw. § 62 Abs. 3ba Nr. 1, 3 AufenthG-E.

⁸⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. d, d, h, k, l des Änderungsvorschlags und des Verhandlungsstands im Rat (Fn. 81).

muss, weil eine Verordnung unmittelbar gilt und von den Behörden und Gerichten wie nationales Recht anzuwenden ist.⁸⁹ Dass dies der Fall ist, wird durch § 2 Abs. 14 S. 1 AufenthG-E ausdrücklich in Erinnerung gerufen.

Zugleich folgt aus der komplexen Interaktion von nationalem und europäischem Recht, dass Lücken entstehen können, die der vorliegende Entwurf für eine vorläufige Inhaftnahme im Einklang mit Art. 104 Abs. 3 GG zum Zweck der Dublin-Überstellungshaft in § 2 Abs. 14 S. 3 f. AufenthG-E in Anlehnung an § 62 Abs. 5 AufenthG schließt.

d. Mitwirkungsgewahrsam (Art. 1 Nr. 21 Buchst. e; § 62 Abs. 6 AufenthG-E)

Eine Innovation des Gesetzentwurfs ist der Mitwirkungsgewahrsam, der die Beschaffung von Passersatzpapieren sowie ärztliche Untersuchungen erleichtern möchte. Dies wird von **Art. 15 Abs. 1 S. 1 Buchst. b der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG** ausdrücklich gestattet, weil dort neben der Fluchtgefahr die „**Vorbereitung der Rückkehr**“ als alternativer Haftgrund niedergelegt ist. Bekräftigt wird dies durch den zweiten Satz der Vorschrift, die von „Abschiebungsvorkehrungen“ spricht. Wenn hiergegen ein **Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007** ins Feld geführt wird, verkennt die Kritik, dass es in dem Verfahren darum ging, dass ein Oberlandesgericht von den gesetzlichen Regeln abweichen wollte, was das BVerfG überzeugend als Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt einstufte.⁹⁰ Wenn der Gesetzgeber, wie hier, ausdrücklich eine neue Bestimmung schafft, greift dieser Einwand dogmatisch eindeutig nicht mehr.

Das bedeutet nicht, dass ein Mitwirkungsgewahrsam allein schon deshalb zulässig wäre, weil die Behörden eine Haft als praktisch oder hilfreich einstufen. Vielmehr werden die zuständigen Gerichte einen Mitwirkungsgewahrsam nur anordnen, wenn die (strengen) Vorgaben der **Verhältnismäßigkeit** erfüllt sind (hierzu II.5.f.). Es entspricht § 62 Abs. 3 S. 3 AufenthG sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass eine Haft im Einklang mit Art. 15 Abs. 4 RL 2008/115/EG **ausscheidet, wenn keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung besteht**.⁹¹ Eine rein vorsorgliche Inhaftnahme allein zum Zweck der Mitwirkung ist von Verfassungs wegen ausgeschlossen.

⁸⁹ Vgl. Art. 288 AEUV; und Thym (Fn. 52), S. 11 f.

⁹⁰ Vgl. BVerfGK 11, 208 = Beschl. v. 16.5.2007, [2 BvR 2106/05](#), Rn. 21-23.

⁹¹ Exemplarisch BGH, Beschl. v. 27.10.2011, [V ZB 311/10](#), Rn. 6; BGH, Beschl. v. 10.6.2010, [V ZB 204/09](#), Rn. 21 f. kann man nicht unbesehen übertragen, weil damals die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage noch eine andere war und die Mitwirkung zum Zweck der Abschiebung nicht erfasste.

e. Ausreisegewahrsam (Art. 1 Nr. 23; § 62b AufenthG-E)

Seit der Einführung im Jahr 2015 sind gegen den Ausreisegewahrsam **rechtliche Mythen im Umlauf**, die konkret besagen, dass die Rückführungsrichtlinie eine Haft nur bei Fluchtgefahr zulasse oder dass ein Ausreisegewahrsam keinen konkreten Haftgrund voraussetze.⁹² Beides ist schlicht falsch. Ausdrücklich heißt es in Art. 15 Abs. 1 RL 2008/115/EU, dass eine Haft insbesondere zulässig ist, „wenn a) Fluchtgefahr besteht *oder* [Englisch: „or“; Französisch: „ou“] b) die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern.“ Diesen *alternativen* Haftgrund der Obstruktionsgefahr nutzt der Ausreisegewahrsam, der nach § 62b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG-E also auf einem ausdrücklichen Haftgrund beruht⁹³ – anders als die frühere sogenannte „kleine Sicherungshaft“, die der Bundesgesetzgeber im Sommer 2015 kurz vor der Flüchtlingskrise abschaffte.⁹⁴ Es ist zu hoffen, dass sachverständige Stellungnahmen die andere Struktur des Ausreisegewahrsams künftig nicht mehr ignorieren, für den im Übrigen selbstverständlich auch die Verhältnismäßigkeit gilt.

Bei den **Voraussetzungen für den Ausreisegewahrsam besteht europarechtlich noch Raum für eine Flexibilisierung**, weil bisher nur eine Obstruktion in Form verletzter Mitwirkungspflichten oder einer Identitätstäuschung genannt ist (allerdings nicht mehr, wie zuvor, in Form einer „fortgesetzten“ Obstruktion). Diese konditionale Einschränkung kennt Art. 15 Abs. 1 Abs. 1 Buchst. b RL 2008/115/EG nicht. So könnte man klarstellen, dass verletzte Mitwirkungspflichten nicht nur die Passersatzpapierbeschaffung im Sinn des § 60b Abs. 2 f. AufenthG-E betreffen. Auch sind keine Gründe ersichtlich, warum der Ausreisegewahrsam – anders als die Vorbereitungshaft – nur für zehn Tage angeordnet werden können soll, obwohl das Europarecht eine gleiche Haftdauer vorsieht.

f. Verhältnismäßigkeitsprüfung unberührt

Teilweise wird argumentiert, dass die neugefassten Haftgründe vermeintlich gegen Europa- und Verfassungsrecht verstießen oder jdfls. zu kritisieren seien, weil etwa die widerleglich vermutete Fluchtgefahr unverhältnismäßig sei.⁹⁵ Dies verzerrt die Rechtslage insofern, als

⁹² So jüngst wieder EKD/Kommissariat der Deutschen Bischöfe, Verbändebeteiligung zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 17.2.2019, S. 2.

⁹³ Hierzu bereits Thym (Fn. 52), S. 9.

⁹⁴ Vgl. § 62 Abs. 2 S. 2 AufenthG i.d.F. d. Zuwanderungsgesetzes v. 30.7.2004 ([BGBl. 2004 I 1950](#)) für eine zweiwöchige Inhaftierung für Vorbereitungszwecke, die an keinen speziellen Haftgrund gebunden war und mit G. v. 27.7.2015 ([BGBl. 2015 I 1386](#)) abgeschafft wurde; ungeklärt ist bisher, ob eine solche haftgrundlose Sicherungshaft mit Art. 15 Abs. 1 RL 2008/115/EG vereinbar wäre, der die beiden Haftgründe der Fluchtgefahr und der Obstruktion nur exemplarisch nennt („insbesondere“).

⁹⁵ Siehe Hruschka (Fn. 74); und, deutlich vorsichtiger, Pro Asyl (Fn. 73), S. 12 f.

das zuständige Gericht die verschiedenen Voraussetzungen an eine Abschiebungshaft – ganz im Sinn juristischer Prüfungsschemata – kumulativ prüft. **Die Annahme eines Haftgrunds (Flucht- oder Obstruktionsgefahr) bedeutet also nicht, dass die Inhaftierung automatisch erfolgen dürfe. Vielmehr ist im nächsten Schritt die Verhältnismäßigkeit in jedem Einzelfall zu prüfen.** Der Gesetzentwurf lässt die Verhältnismäßigkeit also schlicht unberührt; diese ist, wie bisher, in jedem Einzelfall weiterhin zu prüfen. Dies ergibt sich eindeutig aus § 62 Abs. 1 AufenthG, Art. 15 Abs. 1, 4 f. RL 2008/115/EG sowie, vor allem, unmittelbar aus dem Verfassungsrecht.⁹⁶ Da die Verhältnismäßigkeit zum absoluten Kern des Rechtsstaats gehört, steht in keinster Weise zu befürchten, dass die Gerichte künftig die Verhältnismäßigkeit ignorieren würden.

Hinzu kommt, dass die Verhältnismäßigkeit in Deutschland traditionell strenger gehandhabt wird als in anderen europäischen Ländern (und auch im Europarecht, wo der EuGH sehr viel häufiger den Mitgliedstaaten und den EU-Organen einen Spielraum gibt⁹⁷). Außerdem unterstellt die Bundesrepublik als einziger EU-Mitgliedstaat die Abschiebungshaft einem konstitutiven Richtervorbehalt, sodass nur ausgebildete Volljuristen eine Haftanordnung treffen dürfen. Aus beiden Gründen ist die **deutsche Praxis im europäischen Vergleich besonders streng**.⁹⁸ Der Vergleich mit anderen europäischen Ländern zeigt zugleich, dass man rechtspolitisch durchaus darüber nachdenken könnte, die Abschiebungshaft partiell vom konstitutiven Richtervorbehalt freizustellen, um den deutschen Sonderweg mittels einer Anpassung von Art. 104 GG zu beenden, zumal auch Art. 5 Abs. 3 EMRK einen Richtervorbehalt nur für die Strafverfolgung anordnet.

g. Unzutreffende „Ultima Ratio“-Formel

In der Diskussion um die Abschiebungshaft wird derzeit immer häufiger auf die Formel des „letzten Mittels“ bzw. der „Ultima Ratio“ verwiesen, die die englische Begrifflichkeit des „last resort“ ins Deutsche überträgt. Eine Ursache hierfür könnte der – bekanntlich unverbindliche – UN-Migrationspakt sein, wenn dieser ausweislich des Ziels Nr. 13 der selbsterklärten Leitlinie folgt, „einen menschenrechtsbasierten Ansatz zu verfolgen, bei dem die Entziehung der Freiheit von Migranten nur als *letztes Mittel* eingesetzt wird.“⁹⁹ Diese **Formulierung des UN-Migrationspakts ist eines der wenigen Beispiele, wo dieser die bestehende Rechtslage**

⁹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2000, [2 BvR 347/00](#), Rn. 27; und Beschl. v. 27.2.2009, [2 BvR 538/07](#), Rn. 19.

⁹⁷ Für das Migrationsrecht Thym (Fn. 48), S. 66 (68-70).

⁹⁸ Vgl. die rechtsvergleichende Studie von Madalina Bianca Moraru/Géraldine Renaudiere, European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive: Pre-Removal Detention, [REDIAL Research Report 2016/05](#), S. 27-32.

⁹⁹ Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, UNGV-Res. 73/195 v. 19.12.2018, Nr. 29 (eigene Hervorhebung); zitiert nach der informellen Übersetzung gemäß UN-Dok. A/CONF.231/3 v. 30.7.2018.

unzutreffend wiedergibt.¹⁰⁰ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die Ultima Ratio-Formel so versteht, dass andere Maßnahmen „wirkungslos“ sein müssen bzw. „keine anderen milderen Mittel zur Verfügung stehen“.¹⁰¹ Eine solche Lesart der Ultima ratio-Formel lässt sich nicht etwa aus der Verhältnismäßigkeit ableiten.

Die **Verhältnismäßigkeit verlangt nämlich keineswegs, dass der Staat sich generell für das mildeste Mittel entscheiden müsse.** Vielmehr haben mildere Mittel – wie alle Jurastudierenden in den Anfängervorlesungen lernen – nur dann generellen Vorrang, wenn sie gleich wirksam sind und mithin eine Haft nicht „erforderlich“ ist. In allen anderen Fällen erfolgt eine Güterabwägung, die von den Richtern verlangt, „das öffentliche Interesse an der Sicherung der Abschiebung und den Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitige Korrektive zu sehen und gegeneinander abzuwägen.“¹⁰²

Dementsprechend verwenden der EU-Gesetzgeber, der Europarat, der EuGH und der EGMR im Einklang mit UNHCR und der Kinderrechtskonvention die Ultima Ratio-Formel ganz bewusst **nur für die Inhaftierung von Asylsuchenden sowie von minderjährigen Kindern** unabhängig vom Aufenthaltsstatus. Für ausreisepflichtige Personen unter Einschluss von abgelehnten Asylbewerbern wird die Formel nicht gebraucht.¹⁰³ Die Ultima Ratio-Formel bezeichnet bei der Abschiebungshaft mithin *keinen* Rechtsbegriff und sollte dementsprechend nicht unbedacht verwandt werden. Ich empfehle stattdessen einen Rückgriff auf die übliche Terminologie der deutschen Gesetzessprache, die exemplarisch eine Untersuchungshaft nur untersagt, „wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe ... außer Verhältnis steht“ (§ 112 Abs. 1 S. 2 StPO).

h. Heilung von Begründungsfehlern (Art. 2; § 417 FamFG-E)

Eine für die Praxis wichtige Änderung enthält der Gesetzentwurf an einer eher versteckten Stelle, wenn § 417 FamFG künftig gestattet, den Haftantrag bis zum Ende der letzten Tatsacheninstanz zu ergänzen. Hierbei handelt es sich wohlgerneht nur um eine **nachträgliche**

¹⁰⁰ Näher *Daniel Thym*, Viel Lärm um Nichts? Das Potenzial des UN-Migrationsrechts zur dynamischen Fortentwicklung der Menschenrechte, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2019, Heft 4 (im Erscheinen).

¹⁰¹ *Hruschka* (Fn. 74); erstes Zitat nach *Pro Asyl* (Fn. 73), S. 12.

¹⁰² BVerfG (Fn. 96), Rn. 27.

¹⁰³ Vgl. Erwägung 20, Art. 11 Abs. 2 der Aufnahme-Richtlinie 2013/33/EU; Art. 17 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG, während Art. 8 Abs. 4 ebd. den zeitlichen Vorrang der freiwilligen Ausreise betrifft; UNHCR Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, [2012](#), Nr. 28 (abgeschwächt) und Nr. 51 (verstärkt für Kinder); Art. 37 UNKRK, Committee of Ministers of the Council of Europe: Twenty Guidelines on Forced Return, [4 May 2005](#), Guideline 6 („necessity“ und alternative Mittel „as effectively“) im Gegensatz zu Guideline 11.1 für Kinder; sowie EuGH, *N*, C-601/15 PPU, [EU:C:2016:84](#), Rn. 63; EuGH, *K*, C-18/16, [EU:C:2017:680](#), Rn. 46, 48; dagegen verwendete EGMR, *Urt. v. 29.1.2008* [GK], [Nr. 13229/03](#), *Saadi gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 70 die Formel, deutet sie aber i.S.d. klassischen Verhältnismäßigkeit, dass mildere Maßnahmen „insufficient“ sein müssen; vorsichtiger EGMR, *Urt. v. 12.12.2016* [GK], [Nr. 16483/12](#), *Khlaifia u.a. gegen Italien*, Rn. 90.

Verbesserung der Begründung, die die Gerichte in keiner Weise davon freistellt, die Haftgründe und die Verhältnismäßigkeit vollumfänglich zu prüfen. Die Neuerung senkt also nicht die Voraussetzungen für die Abschiebungshaft, sondern verhindert, dass speziell kleinere Ausländerbehörden, die mit den – sehr hohen – Anforderungen der BGH-Judikatur nicht vertraut sind, wegen formaler Begründungsfehler mit ihren Haftanträgen scheitern, weil das Abschiebungshaftverfahren bisher – anders als das Verwaltungsprozess nach § 45 Abs. 2 VwGO – keine Heilung von Begründungsfehlern kennt.¹⁰⁴ Diese Sonderstellung wird abgeschafft. Es entspricht dem rechtlichen Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, § 37 Abs. 2 FamFG, dass die betroffenen Ausländer bzw. deren Rechtsanwälte selbstverständlich zu einer geänderten Begründung angehört werden.

Für die Praxis ähnlich wichtig ist eine zweite kleine Änderung, wenn nämlich vor einem Abschiebungshaftantrag **künftig bei kleineren Straftaten nicht mehr alle Staatsanwaltschaften kontaktiert werden müssen**, bei denen ein Ermittlungsverfahren läuft (§ 72 Abs. 4 S. 5 AufenthG-E). Behördenmitarbeiter berichten, dass dieses Verfahrenserfordernis insbesondere bei Mehrfachtätern einen großen Mehraufwand verursachen kann und von einigen Gerichten genutzt wird, um Haftanträge aus formalen Gründen abzuweisen. Die Änderung entschlackt insoweit das Verwaltungsverfahren.

i. Aufhebung des Trennungsgebots (Art. 1 Nr. 22, Art. 6; § 62a Abs. 1 AufenthG-E)

Bis zum Jahr 2014 war es in Deutschland ganz normal, die Abschiebungshaft auch in regulären Justizvollzugsanstalten zu vollziehen. Dies änderte sich erst nach zwei EuGH-Urteilen, die die frühere Praxis für unvereinbar mit Art. 16 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie erklärten.¹⁰⁵ Diese **EuGH-Urteile hatten zur Folge, dass in Deutschland die Abschiebungshaftquote noch weiter zurückging**. In einigen Bundesländern, darunter Berlin, befand sich lange Zeit niemand in Abschiebungshaft (siehe I.3). Dieses Trennungsgebot gilt nach dem BGH auch für getrennte Gebäude eines einheitlichen Komplexes.¹⁰⁶ Der Gesetzentwurf möchte dies vorübergehend ändern und beruft sich hierfür auf die europarechtliche Notstandsklausel des Art. 18 RL 2008/115/EG, über den bislang keine EuGH-Judikatur vorliegt, weil die bisherigen Urteile nur Art. 16 Abs. 1 betrafen.

Ob die Voraussetzungen der Notstandsklausel vorliegen, wird **letztlich nur der EuGH entscheiden können**, den anzurufen der BGH verpflichtet ist, weil die Auslegung des Art. 18 RL

¹⁰⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.10.2016, [V ZB 26/15](#), Rn. 6.

¹⁰⁵ Siehe EuGH, *Bero & Bouzalmate*, C-473/13 & C-514/13, [EU:C:2014:2095](#), Rn. 25 ff.; und EuGH, *Pham*, C-474/13, [EU:C:2014:2096](#), Rn. 17-22.

¹⁰⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 15.7.2014, [V Z.B. 137/14](#), Rn. 1 i.V.m. 10.

2008/115/EG bisher nicht geklärt ist (vgl. Art. 267 UAbs. 3 AEUV). Hierbei spricht der Ausnahmecharakter der Norm für eine enge Auslegung, während die Wertung des Art. 72 AEUV dafür plädiert, den Mitgliedstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum einzuräumen.¹⁰⁷ Für einen nationalen Spielraum spricht auch, dass der Gerichtshof in den früheren Urteilen sekundärrechtsimmanent argumentierte hatte und sein Ergebnis nicht etwa mit den Grundrechten rechtfertigte. Im Ergebnis würde es mich nicht wundern, wenn aufgrund der obligatorischen Vorlage der **EuGH materielle Maßstäbe festlegt, deren Anwendung sodann den deutschen Richtern überlassen bleibt**, um zu beurteilen, wie die faktische Situation in Deutschland im Ergebnis zu bewerten sei. Ein endgültiges Urteil dürfte mithin nicht vor dem Jahr 2021 zu erwarten sein. Bis dahin gilt, dass der Gesetzgeber als Erstinterpret der Grundrechte und des Europarechts das Vorrecht besitzt, seine Sichtweise kundzutun, bevor die Gerichte als Letztinterpreten die Frage klären.

Darüber hinaus könnte sich die Rechtsfrage erübrigen, wenn zwischenzeitlich der **Kommis-sionsvorschlag für eine reformierte EU-Rückführungsrichtlinie** angenommen wird, der das Trennungsgebot abschwächt und damit der Bundesrepublik erlaubte, zur früheren Rechtslage zurückzukehren.¹⁰⁸ Insoweit könnte sich die Rechtsfrage auf europäischer Ebene erledigen, zumal der Bundesgerichtshof jüngst entschied, dass ausreisepflichtige Asylbewerber keinen Schadensersatz verlangen können, wenn sie zwischenzeitlich rechtswidrig in einer regulären Haftanstalt untergebracht wurden.¹⁰⁹

In der Praxis könnte es hierzu eventuell gar nicht kommen, weil **Landesjustizminister aus verschiedenen Parteien angekündigt haben, die einfachgesetzliche Option nicht nutzen zu wollen**, Abschiebungshäftlinge vorübergehend in regulären Haftanstalten unterzubringen, obgleich dies bis vor wenigen Jahren noch eine gängige Praxis in der ganzen Bundesrepublik war. Dies fügt sich in das bereits erwähnte Bild, dass der massive (und richtige) Ausbau der Integrationsförderung nicht mit einer angemessenen Stärkung der Ausländerbehörden verbunden war (hierzu I.2.). Es ist dies auch deshalb bedauerlich, weil die dezentrale Durchführung des Bundesrechts durch die Länder diese nicht von der Pflicht befreit, hierfür ausreichende Ressourcen bereitzustellen.

¹⁰⁷ Siehe *Daniel Thym*, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.): Beck-Onlinekommentar zum Ausländerrecht (21. Edition, 2019), Art. 72 AEUV Rn. 1 f.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 19 Abs. 1 des Änderungsvorschlags und des Verhandlungsstands im Rat (Fn. 81).

¹⁰⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 18.4.2019, [III ZR 67/18](#).

6. Strafbarkeit von Amtsträgern (Art. 1 Nr. 30; § 97a AufenthG-E)

Nach § 353b StGB ist die Verletzung von Dienstgeheimnissen strafbar – eine Androhung, die künftig auch die Modalitäten zum konkreten Verlauf einer Abschiebung erfasst, was ausweislich der Verweise auf § 59 Abs. 1 S. 8 sowie § 82 Abs. 4 AufenthG insbesondere für den Abschiebungstermin bzw. ein Vorsprechen bei den Ausländerbehörden gilt. Erneut sollte die Sprache sorgsam gewählt werden. Wenn die **Menschenrechtskommissarin des Europarats** im Anschluss an deutsche Beobachter davon spricht, dass die Zivilgesellschaft wegen des Verrats von „Staatsgeheimnissen“ (*state secrets*) verfolgt werden könne, **verzerrt dies den Inhalt des Gesetzentwurfs**.¹¹⁰ Es geht nicht in bester James Bond-Manier um einen Landesverrat durch Privatpersonen, weil „Staatsgeheimnisse“ im Sinn des § 93 StGB an eine „fremde Macht“ verraten werden und schwere Nachteile für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik abzuwenden sind. Stattdessen bezweckt § 353b StGB die Verfolgung von Amtsträgern wegen des Verrats von „Dienstgeheimnissen.“ Ausweislich juristischer Datenbanken sind **übliche Tathandlungen die Offenbarung von Haftbefehlen oder von Themen für Abiturprüfungen**, Verstöße eines Ministers gegen den Datenschutz oder die Ankündigung von geheimzuhaltenden Durchsuchungsterminen.¹¹¹ Es macht rechtspolitisch einen Unterschied, ob man eine neue Norm sprachlich mit Spionagethrillern vergleicht oder mit der Offenbarung von Abituraufgaben.

Rechtlich ist eine vierfache Einschränkung zu beachten:

Erstens können die Tat nur „Amtsträger“ begehen, zu denen nicht etwa alle Personen gehören, die in öffentlich finanzierten Projekten arbeiten, weil eine besondere Verpflichtung nach § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. der Legaldefinition nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB voraussetzt, dass die betroffenen Personen förmlich zur Vertraulichkeit verpflichtet wurden, was eine Belehrung über strafrechtliche Folgen voraussetzt.¹¹²

Zweitens sind über § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO alle **Journalisten von der Strafbarkeit freigestellt**, sodass die Meinungsfreiheit geschützt wird.

Drittens können weitere Personen zwar eine Beihilfe oder Anstiftung begehen, die nach allgemeinen Strafrechtslehren jedoch einen doppelten Vorsatz voraussetzt. Zum einen muss der Teilnehmer vorsätzlich handeln; fahrlässige Beihilfe ist nicht strafbar (§ 27 StGB). Zum

¹¹⁰ Vgl. das [Schreiben von Dunja Mijatović vom 16.5.2019](#) an die Vorsitzende des Innenausschusses; sinngemäß die Formulierung von *Hruschka* (Fn. 74).

¹¹¹ Vgl. die Auflistung prominenter BGH-Entscheidungen bei *Michael Heuchemer*, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.): BeckOK StGB (41. Edition, 1.2.2019), § 353b StGB Rn. 9.

¹¹² Vgl. *Jens Puschke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage (C.H. Beck, 2019), § 353b Rn. 15.

anderen ist eine vorsätzliche Haupttat erforderlich, d.h. eine verwaltungsexterne Person muss am Geheimnisverrat durch einen Amtsträger mitwirken. Die **Verbreitung einer zufällig erlangten Information, die nicht in strafbarer Weise an die Öffentlichkeit gelangte, ist mangels vorsätzlicher Haupttat nicht strafbar.**

Viertens kann die Staatsanwaltschaft einen Verstoß nur verfolgen, wenn eine **Ermächtigung durch den Behördenleiter** vorliegt (§ 353b Abs. 4 StGB). Ich wage daher die Prognose, dass die Norm selten angewandt werden wird. Dies ändert naturgemäß nichts am „Chilling effect“ einer Strafbarkeit, die – ebenso wie beim Verrat von Abituraufgaben – verdeutlicht, dass die Rechtsordnung die Abschiebung von abgelehnten Asylbewerbern, die nicht freiwillig ausreisen, als Rechtspflicht vorschreibt (hierzu I.1.)

7. Zeitlicher Aufschub der Widerrufsverfahren (Art. 3 Nr. 3, Art. 2 Nr. 8; § 73 Abs. 7 AsylG-E, § 26 Abs. 3 AufenthG-E)

Der Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, dem ich angehöre, zeigt in seinem aktuellen Jahresgutachten, dass die **Asylgesetzgebung der letzten Jahre durch ein „Auf und Ab“ von Verschärfungen und Liberalisierungen gekennzeichnet** ist, wobei kein eindeutiges Muster zu erkennen ist. Zwar bewirken höhere Zugangszahlen in der Regel eine Restriktion, die aber in den letzten Jahren zugleich bedeutete, dass vermehrte Restriktionen gegenüber Personen ohne Bleibeperspektive mit einer forcierten Integration von anerkannten Flüchtlingen einhergingen.¹¹³ Der aktuelle Wurf fügt sich in diese Tendenz eines Auf und Ab, wenn für die Asylentscheidungen der Jahre 2015 bis 2017 (nicht jedoch für spätere Asylentscheide) die Widerrufsfrist verlängert wird und darüber hinaus die Erteilung einer unbefristeten Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG-E bis zur Mitteilung über den Widerruf hinausgeschoben wird.

Mit dieser Neuregelung **nimmt der Gesetzgeber eine doppelte Privilegierung zurück**, allerdings nur zeitlich befristet für die positiven Asylentscheide der Jahre 2015-2017. Zum einen ist künftig weder eine **positive Mitteilung des Bundesamts über den Widerruf erforderlich**, so wie dies bis zum Herbst 2015 bei allen Widerrufsverfahren der Fall war, bevor mit dem sog. Asylpaket I ein Schweigen des Bundesamts als Verzicht auf einen Widerruf gewertet wurde, was die Aufenthaltsverfestigung deutlich erleichterte.¹¹⁴ Zum anderen bewirkt diese Neufassung, dass eine unbefristete Niederlassungserlaubnis künftig etwas später erteilt wird,

¹¹³ Anschaulich die Übersicht über zahlreiche Gesetzesänderungen bei SVR (Fn. 15), S. 67-69.

¹¹⁴ Vgl. die Neufassung von § 73 Abs. 2a AsylG durch das G. v. 20.10.2015 ([BGBl. 2015 I 1722](#)); und *Daniel Thym*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 12. Oktober 2015 über den Entwurf eines Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes („Asylpaket I“), [Ausschuss-Drs. 18\(4\)404 H](#), S. 3.

womit der deutsche Gesetzgeber die Privilegien von anerkannten Flüchtlingen nach dem nationalen Recht dem europäischen Mindestschutzniveau annähert, weil **nach der Dauer-
aufenthaltsrichtlinie als europäischer Standard ein unbefristetes Aufenthaltsrecht erst
nach fünf Jahren** erworben werden kann.¹¹⁵ Völkerrechtlich ist das unproblematisch möglich, weil die lokale Integration von Flüchtlingen nur eine Option ist (Art. 34 GFK); alternativ empfiehlt UNHCR die Rückkehr in den Heimatstaat.¹¹⁶

Man hätte sich im Übrigen **gewünscht, dass der Normenkontrollrat den europarechtlichen Normenkontext berücksichtigt**, weil die Kommission für die Zukunft eine obligatorische Rücknahmeprüfung vorgeschlagen hat,¹¹⁷ auch wenn es derzeit nicht danach aussieht, dass der europäische Gesetzgeber die künftige Verfahrens-Verordnung schnell annimmt bzw. einer obligatorischen Widerrufsprüfung zustimmt.¹¹⁸

8. Sozialleistungen

Seit der Flüchtlingskrise wurden mehrfach **kleinere Änderungen** am Asylbewerberleistungsgesetz vorgenommen, die vor allem **Randaspekte** betrafen, indem etwa von Geld- auf Sachleistungen umgestellt wurde, verschiedene Einzelposten neu berechnet wurden oder für bestimmte Personengruppen eine dem Umfang nach begrenzte Leistungsreduktion erfolgte. Es blieben dies jedoch punktuelle Korrekturen, die nicht den Grundsatz änderten, dass Asylbewerber in Deutschland grundsätzlich eine reguläre Mindestsicherung erhalten, die – entgegen des missverständlichen Gesetzstitels – auch dann fortgezahlt wird, wenn ein Asylantrag abgelehnt wurde. Gerade die vergleichsweise hohen Leistungen für abgelehnte Asylbewerber sind im europäischen Vergleich eine deutsche Besonderheit. Der vorliegende Entwurf präsentiert einen **konzeptuellen Neuanfang, der vorerst nicht sehr viele Personen betrifft, als Kategoriewechsel aber dennoch bedeutsam ist**. Der neue Regelungsansatz kann später, so die Gerichte ihn akzeptieren, ausgeweitet werden.

a. *Anderweitig anerkannte Schutzberechtigte (Art. 5 Nr. 1; § 1 Abs. 4 AsylbLG-E)*

Zentrale Innovation ist der generelle Leistungsausschluss für anderweitig anerkannte Schutzberechtigte, also für Personen, die **in einem anderen Mitgliedstaat (etwa Italien) bereits erfolgreich ein Asylverfahren durchliefen** und nun mit einem italienischen Aufenthaltstitel

¹¹⁵ Näher *Daniel Thym*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Arbeits- und Sozialausschusses am 20. Juni 2016 zum Entwurf eines Integrationsgesetzes, [Ausschuss-Drs. 18\(11\)680](#), S. 118 (124 f.).

¹¹⁶ Wiederum *Thym* (Fn. 115), S. 125.

¹¹⁷ Vgl. Art. 15 des Kommissionsentwurfs, [COM\(2016\) 466](#) v. 13.7.2016.

¹¹⁸ So sprechen sich der zuständige EP-Ausschuss, [A8-0245/2017](#) v. 28.6.2017, Änderungsvorschlag 106 sowie der Vf-VO: EP und Rat, [Dok. 10475/17](#) v. 17.7.2017 für eine Streichung der Widerrufspflicht aus.

nach Deutschland einreisen. Dagegen sind Dublin-Fälle von der Regelung *nicht* erfasst, wenn Asylbewerber illegal nach Deutschland weiterreisen, *bevor* andernorts ein Asylverfahren abgeschlossen wurde. Rein quantitativ dürfte die Änderung daher nicht sehr viele Personen betreffen, zumal die deutschen Behörden häufig gar nicht wissen, ob ein Asylbewerber woanders bereits einen Schutzstatus erhielt, weil der Verfahrensausgang im EURODAC-System nicht vermerkt wird (anders als die Antragstellung).¹¹⁹ Diese Personengruppe erhält künftig nur noch eine **Überbrückungsleistung für zwei Wochen sowie eine Reisebeihilfe** in den zuständigen Staat, wobei in Härtefällen ausnahmsweise und vorübergehend mehr gezahlt werden kann (§ 1 Abs. 4 AsylbLG-E).

Damit **überträgt der Gesetzentwurf eine Regelung, die der Bundestag im Dezember 2016 für Unionsbürger einführt**, die im Fall eines fehlenden Freizügigkeitsrechts seither gleichfalls nur eine Überbrückungsleistung nebst Reisebeihilfe erhalten und im Übrigen grundsätzlich von der Mindestsicherung bzw. der Sozialhilfe ausgeschlossen sind.¹²⁰ In der Sache macht dies durchaus Sinn. Man kann nicht die Grenzkontrollen im Schengen-Raum dauerhaft abschaffen, ein gemeinsames Asylsystem bauen und zugleich anerkannte Flüchtlinge faktisch den Zielstaat frei wählen lassen. Diese haben nämlich nach der Qualifikationsrichtlinie einen Anspruch auf einen Sozialleistungszugang im Land der Anerkennung nach denselben Standards, die auch für Inländer gelten.¹²¹ Wenn der Bundesgesetzgeber nunmehr **anderweitig anerkannte Schutzberechtigte mit Unionsbürgern gleichstellt**, verdeutlicht er, dass die Reisefreiheit im Schengenraum keine Einbahnstraße ist. Unionsbürger können ebenso wie anerkannte Flüchtlinge jederzeit in den zuständigen Staat zurückkehren, wo sie sodann auch Sozialleistungen einfordern können.

Dass die Regelung aktuell nur für anderweitig anerkannte Schutzberechtigte eingeführt wird, nicht aber für reguläre Dublin-Fälle, die andernorts noch kein Asylverfahren erfolgreich absolvierten, hat einen europarechtlichen Hintergrund: Der **EuGH entschied vor zwei Jahren, dass die Dublin III-Verordnung für anderweitig anerkannte Schutzberechtigte nicht gilt**.¹²² Dies hat zur Folge, dass Deutschland die betroffenen Personen *weder* aufgrund der Dublin III-Verordnung in den zuständigen Mitgliedstaat überstellen kann *noch* das Asylverfahren übernehmen muss, wenn die Überstellung scheitert.¹²³ Stattdessen bekommen anderwei-

¹¹⁹ Vgl. Art. 11 Eurodac-Verordnung (EU) Nr. 603/2013.

¹²⁰ Vgl. § 23 Abs. 3 S. 2, Abs. 3a SGB XII i.d.F. d. v. 21.12.2016 ([BGBl. 2016 I 3155](#)).

¹²¹ Vgl. Art. 29 f. der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU im Einklang mit Art. 23 GFK.

¹²² Siehe EuGH, *Ahmed*, C-36/17, [EU:C:2017:273](#).

¹²³ Während des Dublin-Verfahrens muss Deutschland nach der Aufnahme-Richtlinie 2013/33/EU Sozialleistungen bezahlen; vgl. EuGH, *Cimade & GISTI*, C-179/11, [EU:C:2012:594](#) m. Rn. 61 ff.

tig anerkannte Schutzberechtigte **in Deutschland ein kurzes Asylverfahren, das regelmäßig als unzulässig abzulehnen ist** und sodann einer kurzen Rechtsschutzfrist unterliegt.¹²⁴ Erst wenn hiernach eine vollziehbare Ausreisepflicht vorliegt, soll zukünftig der vorgeschlagene Ausschluss von Asylbewerberleistungen eingreifen.

Damit ist zugleich gesagt, dass das (kurze) Asylverfahren der richtige Ort ist, um zu prüfen, ob **im Einzelfall eine Rückkehr in den zuständigen Mitgliedstaat nicht zugemutet werden kann**, weil dort anerkannte Flüchtlinge faktisch von Sozialleistungen und privaten Hilfsangeboten ausgeschlossen sind oder das soziale Leistungsniveau generell einen zu niedrigen Stand besetzt. Die diesbezüglichen Anforderungen aufgrund der Grundrechte werden seit einiger Zeit von den deutschen Gerichten intensiv diskutiert,¹²⁵ wobei der EuGH in einem Urteil vom März diesen Jahres deutlich machte, dass man einen strengen Standard anlegen muss und ein innereuropäisches Überstellungsverbot wegen der Sozialleistungshöhe im Zielstaat nur in gesondert gelagerten Ausnahmefällen annehmen darf.¹²⁶ Gesetzlicher Regelungsbedarf besteht insoweit nicht, weil die Grundrechte ohnehin den Gesetzen vorgehen und von den Gerichten ausgelegt werden.

Konzeptuell bedeutsam ist die nunmehr vorgeschlagene Änderung auch deshalb, weil damit eine Blaupause niedergelegt wird, die **nach dem Inkrafttreten der Dublin IV-Verordnung auf reguläre Dublin-Fälle übertragen werden könnte**. Schon im Jahr 2016 schlug die Kommission eine reformierte Dublin IV-Verordnung vor, die zweite Asylanträge in der Europäischen Union abschafft und die vollen Sozialleistungen nur noch im zuständigen Staat zahlt.¹²⁷ Es ist dies zum aktuellen Zeitpunkt jedoch Zukunftsmusik, deren Realisierung auch davon abhängt, ob die deutschen Gerichte den Leistungsausschluss für Unionsbürger und anderweitig anerkannte Schutzberechtigte akzeptieren (hierzu II.8.c.).

b. Bevorstehende Abschiebung und verletzte Mitwirkungspflichten (Art. 5 Nr. 2-6; §§ 1a, 5 Abs. 4, 5a Abs. 3, 5b Abs. 2, 11 AsylbLG-E)

Ein zweiter Inhalt des Gesetzentwurfs sind reduzierte Sozialleistungen für **verschiedene Konstellationen, die im Schwerpunkt solche Sachverhalte betreffen, in denen abgelehnte Asylbewerber bestehende Mitwirkungspflichten verletzen oder eine aufent-**

¹²⁴ Vgl. § 29 Nr. 2, § 36 Abs. 1, 3 AsylG.

¹²⁵ Näher *Daniel Thym*, Rücküberstellung von anerkannten Schutzberechtigten innerhalb der EU, [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018](#), 609-614.

¹²⁶ Vgl. EuGH, *Jawo*, C-163/17, [EU:C:2019:218](#), insb. Rn. 90-96; siehe auch, tendenziell etwas großzügiger, die frühere Entscheidung von BVerwG, Beschl. v. 8.8.2018, [1 B 25.18](#), Rn. 11-13.

¹²⁷ Hierzu meine frühere Stellungnahme *Thym* (Fn. 57), S. 3-8.

haltsbeendende Maßnahme durch eigenes Verhalten verhinderten. Dies gilt auch für verweigernte Integrationsleistungen bzw. Integrationskurse sowie die Binnenmigration innerhalb der Bundesrepublik, bei der eine vergleichbare Regelung gelten soll wie für die illegale Sekundärmigration von anderweitig anerkannten Schutzberechtigten innerhalb der Europäischen Union. Während bei verletzten Mitwirkungspflichten ein abgesenktes Leistungsniveau nach § 1a Abs. 1 S. 2 AsylbLG-E gezahlt werden soll, wird im Fall einer irregulären Binnenmigration innerhalb Deutschlands nur eine Reisebeihilfe geleistet. Auch hier stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.

c. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Dass der Bundesgesetzgebung das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Asylbewerberleistungsgesetz aus dem Jahr 2012 ernst nimmt, zeigt bereits ein paralleler Gesetzentwurf, der die regulären Asylbewerberleistungen an die zwischenzeitlich gestiegenen Lebenshaltungskosten anpassen soll.¹²⁸ Hieraus folgt freilich nicht, dass die parallele Absenkung bzw. Streichung von Asylbewerberleistungen in den oben genannten Konstellationen eine Missachtung des Urteils darstellte. **Ich legte in diversen anderen Kontexten bereits dar, dass diese häufig getätigte Behauptung nicht stimmt, denn das BVerfG-Urteil aus dem Jahr 2012 betraf eine andere Personengruppe und befasste sich zudem nicht mit den Besonderheiten der Reisefreiheit im Schengen-Raum.**¹²⁹

Es geht hierbei wohlgemerkt *nicht* darum, das verfassungsrechtliche Existenzminimum „migrationspolitisch zu relativieren,“ weil die Argumente zugunsten einer Verfassungskonformität einen gedanklichen Schritt zuvor ansetzen. Es gibt gute Argumente, wonach für Personen mit einer geringen Bindung an die deutsche Gesellschaft allgemein niedrigere Sätze zulässig sind und man speziell im Schengen-Raum die Sozialleistungen unter Umständen sogar ganz streichen kann. Dies bestätigen die **Urteile verschiedener Landessozialgerichte**, die den Sozialleistungsausschluss von Unionsbürgern als verfassungskonform betrachteten.¹³⁰ Hinzu kommt, dass verletzte Mitwirkungspflichten von ausreisepflichtigen Personen, die künftig mit einer Leistungskürzung sanktioniert werden sollen, ebenso wie die verweigernte Rückreise in den zuständigen Mitgliedstaat **mit den Sanktionen für Hartz IV-Empfänger bei verletzten**

¹²⁸ Vgl. der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes, [BT-Drs. 19/10052](#) v. 10.5.2019.

¹²⁹ Siehe hierzu insb. meine frühere Stellungnahme *Thym* (Fn. 114), S. 15-21; *ders.*, Migrationsfolgenrecht, [Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 76 \(2017\), 169 \(186-195\)](#); und *ders.*, Schnellere und strengere Asylverfahren, [NVwZ 2015, 1625 \(1629-1631\)](#).

¹³⁰ Etwa Bayerisches LSG, Beschl. v. 13.10.2015, [L 16 AS 612/15 ER](#), Rn. 38-47; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.6.2015, [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), Rn. 46; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.9.2015, [L 20 AS 2161/15 B ER](#), Rn. 22; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 16.3.2017, [L 19 AS 190/17 B ER](#), Rn. 40 f.

Mitwirkungspflichten vergleichbar sind.¹³¹ Aus diesem Grund wird das anstehende Urteil des BVerfG zu dieser Sachfrage zugleich wichtige Hinweise tätigen, ob das Geordnete-Rückkehr-Gesetz verfassungskonform ist.

III. STELLUNGNAHME DES NORMENKONTROLLRATS

Aus verfassungsrechtlicher und -theoretischer Perspektive überrascht der Vorschlag des Normenkontrollrats, **politische Verhandlungen aufgrund von Eckpunktepapieren zu führen** und erst in das förmliche Gesetzgebungsverfahren einzusteigen, wenn die Grundsatzdiskussion beendet ist. Einmal abgesehen davon, dass dies vorliegend durchaus der Fall war¹³² und es pragmatische Gründe für ein solches Vorgehen geben mag, bedeutete es zugleich jedoch, dass das **parlamentarische Verfahren entwertet würde, wenn die politischen Debatten in Eckpunktepapieren, Zeitungsartikel und Talkshows ausgelagert würden**. Die Vision des Grundgesetzes war und ist eine andere: Es sieht das Parlament als zentralen Ort der politischen Auseinandersetzung.

Hinzu kommt, dass eine Diskussion aufgrund von Eckpunktepapieren die **Gefahr beinhaltet, dass Schlagwörter und auch Fehlinformationen die Debatte bestimmen**. Dies zeigt auch die Erfahrung mit dem vorliegenden Gesetzentwurf, da dieser partiell missverständliche Begriffe verwendet (etwa die „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“, die sachlich nur bei verletzten Mitwirkungspflichten greift) und der öffentliche Diskurs den Inhalt des Gesetzentwurfs teilweise falsch darstellte (etwa die Fortgeltung der Verhältnismäßigkeit oder der Begriff des Staatsgeheimnisses). Eine öffentliche Diskussion aufgrund von Eckpunktepapieren droht also „entsachlicht“ zu werden. Es ist bedauerlich, dass ein Normenkontrollrat so wenig verfassungstheoretisches Kontextwissen besitzt.

Konstanz, den 29. Mai 2019

¹³¹ Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen „1 BvL 7/16“ anhängig und eine mündliche Verhandlung fand im Januar statt; vgl. die [Pressemitteilung v. 15.1.2019](#).

¹³² Eine Recherche im FAZ-Archiv zeigt für den Begriff „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ zeigt zahlreiche Treffer seit Februar 2019, also vor der förmlichen Verabschiedung; eine erste Verbändeanhörung erfolgte (wenn auch mit sehr kurzer Frist, im Februar 2019, womit zugleich der Inhalt des Gesetzentwurfs bekannt wurde.