

# Rechtsschutz und effektive Umsetzung der Ausreisepflicht<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

### 1.1 Zum Problem/Rechtstatsächliches

Eine Debatte um eine effektivere Umsetzung der Ausreisepflicht suggeriert ein massives, zumindest politisch relevantes Vollzugsdefizit bei der Umsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Als Verwaltungsrichter, der schon als Tatsachenrichter mit Migrationsrecht befasst war, weiß ich darum, dass mitunter mit großem Aufwand jahrelang und immer wieder über die Bleibeberechtigung einer Person gestritten wird, die

---

1 Mit ersten Nachweisen versehene Vorbereitungsnotiz zum Vortrag auf den Hohenheimer Tagen zum Migrationsrecht 2019 „Deutsche und europäische Migrationspolitik – Bewährungsprobe für die Menschenrechte“ am 26. Januar 2019. Der Beitrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden. Die Vortragsform ist beibehalten. Das Manuskript wurde am 24.01.2019 abgeschlossen. Spätere Entwicklungen – vor allem der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drs. 19/10047 v. 10.5.2019 (s. a. Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung, BT-Drs. 19/10506 v. 29.05.2019) und die Anhörung des Ausschuss’ für Inneres und Heimat am 03.06.2019 – sind im Text nicht mehr berücksichtigt.

Verfahren für die/den AusländerIn durchweg negativ ausgehen – und es nicht zur Abschiebung kommt. Gestritten werden kann nur über Ursachen, Struktur und Umfang eines Vollzugsdefizits sowie um die Dringlichkeit, Tauglichkeit und migrationspolitische Vertretbarkeit von gesetzlichen oder nichtgesetzlichen „Gegenmaßnahmen“ – nicht dessen Bestehen als solchem. Ein Streitpunkt ist indes, inwieweit das Vollzugs- auf ein Regelungsdefizit zurückzuführen ist.

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

Quantitativ bleibt die Zahl der Abschiebungen in den letzten Jahren mit ca. 20.000 bis 30.000 Abschiebungen deutlich hinter der Zahl der ausreisepflichtigen Personen zurück, die zu einem gegebenen Zeitpunkt ca. 200.000 bis 230.000 Personen beträgt. Dies gilt auch dann, wenn die heterogene Gruppe der ca. 180.000 Ausreisepflichtigen mit Duldung sowie die Zahl der geförderten freiwilligen Ausreisen berücksichtigt wird, die nach einem Sondereffekt durch Rückkehr in Balkanstaaten inzwischen wieder unter die 30.000er-Schwelle gesunken ist. Bei ca. 10 Millionen Ausländer\*innen im Bundesgebiet handelt es sich indes um ein Problem, das bei statistisch-quantitativer Betrachtung jedenfalls nicht zentral ist. Selbst eine hochgradig effektive Durchsetzung der Ausreisepflicht kann quantitativ nicht das politische Xenophobieproblem lösen.

---

2 *Christian Klos*, Aufenthaltsrecht vor dem Infarkt. Ein rechtspolitisches Mene- tekel, in: *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing frontiers*. Festschrift für Kay Hailbronner, Heidelberg u. a. 2013, 123–136, hier 132 ff.

Qualitativ sieht dies anders aus. Vollzugsdefizite im Recht der Aufenthaltbeendigung gelten im politischen Diskurs zunehmend als – weiteres – Zeichen eines Versagens nationaler Migrationspolitik und mangelnder Schutzfähigkeit des Staates. Dies gilt namentlich bei Ausländer\*innen, die (schwere) Straftaten begehen oder als sog. Intensivtäter\*innen gelten; bereits hier verschimmt indes, ob es sich um Asylbewerber im Verfahren bzw. bereits anderweitig ausreisepflichtige Personen handelt oder durch eine an die Straftat anknüpfende Ausweisung die Ausreisepflicht erst begründet werden soll. Diskutiert wird über rechtliche Maßnahmen in einem migrationspolitisch hoch kontroversen, „verminten“ Umfeld.

## *1.2 (Koalitions-)politische Vorgaben*

Im Anschluss an den Koalitionsvertrag<sup>3</sup> definiert der „Masterplan Migration“<sup>4</sup> als politisches Ziel der Maßnahmen im Handlungsfeld „Rückkehr“, dass

---

3 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.03.2018 für die 19. Legislaturperiode: Zeilen 542 ff.: „Wir sorgen für schnelle, umfassende und rechtssichere Verfahren: Schaffung von Aufnahme-, Entscheidungs- und Rückführungseinrichtungen für die Beschleunigung von Asylverfahren. Unabhängige und flächendeckende Asylverfahrensberatung. Verbesserung von freiwilliger Rückkehr und konsequente Abschiebung von vollziehbar Ausreisepflichtigen. Unterscheidung bei Ausreisepflichtigen nach unverschuldetem oder zurechenbarem Ausreisehindernis, z. B. bei Bezug von Leistungen.“, s. a. Zeilen 5029 ff.: „Vollziehbar Ausreisepflichtige müssen unser Land verlassen. Freiwillige Rückkehr und konsequente Abschiebung sind dabei von wesentlicher Bedeutung. Die freiwillige Rückkehr hat Vorrang. Bestehende Hindernisse (z. B. Identitätsfeststellung, Aufnahmewillen der Herkunftsländer, Passersatzbeschaffung, Arbeit der Potsdamer Clearingstelle, ZUR) wollen wir weiter verringern. Wir starten eine Qualitätsoffensive für die Arbeit des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge. [...] Gerade im Interesse der wirklich Schutzbedürftigen und der Akzeptanz in der Bevölkerung wollen wir Ausreisepflichtige stärker danach unterscheiden, ob sie unverschuldet an der Ausreise gehin-

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

Hierfür werden verschiedene Maßnahmen, u. a.

- ein Ausbau sanktionsbewehrter Mitwirkungsobliegenheiten,
- ein effektives Vorgehen gegen Gefährder\*innen und Straftäter\*innen,
- eine weitere Verschärfung des Ausweisungsrechts,
- eine Effizienzsteigerung durch Zentralisierung und Ausbau der Bund-Länder-Zusammenarbeit,
- Schaffung weiterer Sanktionsmöglichkeiten bei Behinderung der Durchsetzung der Ausreisepflicht durch Dritte,
- weitere Maßnahmen zur Beschränkung der Möglichkeit zum Missbrauch von ärztlichen Attesten,
- ein Ausbau der Abschiebehaft zur Verhinderung von „Unter-tauchen“, aber auch

---

dert sind oder ihnen die fehlende Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ausreisepflicht zugerechnet werden muss. Diese Unterscheidung hat auch Konsequenzen, beispielsweise hinsichtlich des Bezugs von Leistungen. Entsprechendem Änderungsbedarf werden wir nachkommen. [...] Abschiebehaft und Ausreisegewahrsam, einschließlich des Beschwerdeverfahrens, werden wir praktikabler ausgestalten, die Voraussetzungen absenken und klarer bestimmen. Ziel ist, die Zuführungsquoten zu Rückführungsmaßnahmen deutlich zu erhöhen.“

- 4 Masterplan Migration. Maßnahmen zur Ordnung, Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung v. 04.07.2018 (<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/migration/masterplan-migration.pdf> Zugriff 24.01.2019)

## *Rechtsschutz und effektive Umsetzung der Ausreisepflicht*

- eine Verbesserung der Rücknahmebedingungen in den Herkunftsländern bei Gefährder\*innen und eine (weitere) Stärkung freiwilliger Rückkehr.

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

## 2. Migrationspolitik und effektive Umsetzung gerechtfertigter Ausreisepflicht

### 2.1 *Legitimität der Durchsetzung bestehender Ausreisepflichten*

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

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

Bei nicht freiwilliger Rechtsbefolgung rechtfertigt eine bestehende Ausreisepflicht auch den Einsatz von Zwangsmitteln wie der Abschiebung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist materiellrechtlich vor allem bei Begründung und Fortbestand der Ausreisepflicht selbst zu berücksichtigen, nicht beim Ob ihrer zwangsweisen Durchsetzung. Ver-

stärkte Bedeutung gewinnt er dann wieder bei der Art und Weise der Durchführung einer Abschiebung.

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

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

Unterfall der Unzumutbarkeit ist die Unmöglichkeit. Rechtsschutz ist strukturell auf den Einzelfall bezogen, Rechtsetzung eher auf überindividuelle Problemregulierung. Am Beispiel – vermeintlich oder tatsächlich – fehlender Identitätspapiere zeigt sich der Unterschied. In einer signifikanten, aber eben nicht sicher abschätzbaren Größenordnung wird die Nichtexistenz von Identitätspapieren, deren Verlust oder Wegnahme, vorgetäuscht, um aufenthaltsbeendenden Maßnahmen vorzubeugen, in

---

5 BSG, U. v. 12.05.2017 – B 7 AY 1/16 R.

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

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

### *Rechtsschutz und effektive Umsetzung der Ausreisepflicht*

vielen Fällen fehlen sie tatsächlich. § 30a Abs. 1 Nr. 3 AsylG etwa knüpft verfahrensrechtliche Rechtsfolgen daran, dass ein Identitäts- oder Reisedokument mutwillig vernichtet oder beseitigt worden ist (oder Umstände offensichtlich diese Annahme rechtfertigen). Selbst wenn – ohne valide Tatsachenbasis – unterstellt wird, dass in der Mehrzahl der Fälle das Fehlen von Identitätspapieren tatsachenwidrig vorgetäuscht wird, rechtfertigte dies – angesichts der Beweisprobleme bei Negativtatsachen – keine generelle Umkehr der Darlegungs- oder materiellen Beweislast; dies wäre eine Reaktion, die bei objektiv nicht zurechenbarem Nichtvorhandensein von Identitätspapieren schlechthin unzumutbar und unverhältnismäßig ist. Unbestritten ist dabei, dass die Klärung der (passrechtlichen) Identität eines Menschen im Migrationsrecht zentrale Bedeutung hat. Konsequenz kann daher nur zielgerichtete Ausgestaltung der Obliegenheiten, an der Identitätsklärung mitzuwirken, auch schon vor einer möglichen Abschiebung sein, bei der die aufenthalts- oder sozialrechtlichen Konsequenzen möglicher Obliegenheitsverletzungen verhältnismäßig sein müssen.

2.1.3. Eine effektive Durchsetzung bestehender Ausreisepflichten ist ein Gebot auch des Unionsrechts. Die Rückführungsrichtlinie verlangt – bei jederzeitiger Legalisierungsmöglichkeit illegaler Aufenthalte (Art. 6 Abs. 4 RL 2008/115/EG) – grundsätzlich den Vollzug vollstreckbarer Rückkehrentscheidungen. Art. 8, 9 RL 2008/115/EG sehen nach Ablauf einzuräumender Fristen für die freiwillige Ausreise Zwangsmaßnahmen zur Durchführung vor, die allerdings verhältnismäßig und grundrechtsschonend angewandt werden müssen, und begrenzt die Fallgruppen möglichen Abschiebungsaufschubs.

2.1.4. Die für den Rechtsschutz beste Umsetzung der Ausreisepflicht ist die freiwillige Ausreise. Rückkehrberatung und Erhöhung der Aufnahmebereitschaft der Rückkehrzielstaaten ist nicht zuletzt als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Zwangsmitteln vorzuziehen, ohne nach Ablauf von Ausreisefristen geboten zu sein. Solange die Rück-

kehrberatung nicht rechtsschutzverkürzend falsch ist, ist auch eine nicht ergebnisoffene Beratung „im Schatten der Abschiebung“ legitim und legal; damit ist nicht gesagt, dass sie zielführend ist.

## 2.2 Differenzierungsnotwendigkeiten Personengruppen und Ziele

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

Politisch wirkmächtig wird danach differenziert, ob es sich um (abgelehnte) Asylbewerber\*innen handelt oder um sonstige Ausländer\*innen, aber auch danach, ob es sich um (Mehrfach-)Straftäter\*innen oder „rechtstreue“ Ausländer\*innen handelt.

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

---

8 S. dazu Berlit, ZAR 2018, 89.



## 2.3 Maßnahmenebene

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

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

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

---

9 *Franziska Weber/Hans-Bernd Schäfer*, „Nudging“, ein Spross der Verhaltensökonomie. Überlegungen zum liberalen Paternalismus auf gesetzgeberischer Ebene, in: *Der Staat* 56 (2017), 561-592, hier 561; *Basil Bornemann/Ulrich Smeddinck*, Anstößiges Anstoßen? Kritische Beobachtungen zu

freiwillige Erfüllung mit Zwangsmitteln durchsetzbarer Verhaltenspflichten geht. Rückkehrberatung muss dann realistisch und fair, nicht aber ergebnisoffen sein.

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

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

---

„Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl) 47 (2016), 437–459.

- 10 Dazu etwa *Friedhelm Hufen*, Nudging – oder: Wohin und wie weit darf der Staat seine Bürger schubsen?, in: *Regulierender Staat und konflikt-schlichtendes Recht* (Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß), Berlin 2018, 99–109.
- 11 Zu räumlichen Beschränkungen nach § 61 Abs. 1c AufenthG s. etwa VG Cottbus, U. v. 18.05.2018 – 3 K 265/16; zu den Anforderungen an die Sofortvollzugsanordnung s. a. OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 25.04.2018 – 2 M 24/18; SächsOVG, B. v. 14.09.2015 – 3 B 232/15.
- 12 Dazu VG Bayreuth, B. v. 07.05.2018 – B 6 S 18.14; VG Schleswig, B. v. 05.06.2018 – 11 B 68/18; B. v. 23.02.2018 – 11 B 22/18.; B. v. 22.01.2018 – 11 B 88/17; OVG Schleswig, B. v. 21.12.2017 – 4 MB 93/17 (u. a. zur Sachgerechtigkeit der Anordnung unter Ausschluss schikanöser oder der Sanktionierung dienender Auflagen).

Rechtsschutzes auf zwei Rechtswege schwächt hier kohärente Konzeptionen.

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

2.3.3. Maßnahmen zur verbesserten ebenenübergreifenden behördlichen Zusammenarbeit unter partieller Neuverteilung der Zuständigkeiten haben die grundgesetzlich vorgegebene Kompetenzordnung zu beachten, sind dann aber bei klarer Zuordnung von Kompetenzen und Verantwortung für den gerichtlichen Rechtsschutz normativ weitgehend irrelevant. Arbeitsteilung, Spezialisierung und Zentralisierung bergen „Effizienzpotentiale“, schwächen aber strukturell die Fähigkeit und Bereitschaft administrativer Einheiten zur umfassenden Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles; faktisch steuern sie auch die Kommunikation zwischen Behörden, Gerichten und regional agierender Anwaltschaft.

Eine föderale Dimension haben auch erweiterte Eingriffsbefugnisse im Asyl- oder Aufenthaltsrecht in Bereichen, die grundsätzlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen, z. B. bei der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen. Bereits die Abschiebung selbst ist eine bundesgesetzliche Vollstreckungsmaßnahme besonderer Art, für die die Regelungskompetenz des Bundesgesetzgebers unbestritten ist. Eingriffsmaßnahmen zu deren Vorbereitung, z. B. das Betreten oder die Durchsuchung von Wohnungen, um einer abzuschiebenden Person habhaft zu werden oder vermeintlich nichtexistente Identitätspapiere aufzu-

finden<sup>13</sup>, werden nach Landesrecht beurteilt. Für die bundesgesetzlich vorausgesetzte Abschiebung als Teil des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer (Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG) bzw. der Angelegenheiten der Flüchtlinge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG) kommt jedenfalls für „abschiebungstypische“ Vollstreckungsmaßnahmen zur Vorbereitung oder Durchführung der Abschiebung eine konkurrierende Gesetzgebung des Bundes in Betracht.

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

## 2.4 Bisherige Maßnahmen?

(Weitere) Maßnahmen zur effektiveren Umsetzung der Ausreisepflicht fangen nicht am „Nullpunkt“ an. Aus den letzten Jahren ist neben der zum 01.01.2016 in Kraft getretenen Neuordnung des Ausweisungsrechts<sup>14</sup> exemplarisch nur zu erinnern an die Maßnahmen im Gesetz zur

---

13 Dazu etwa KG Berlin, B. v. 20.03.2018 – 1 W 51/18; OLG Düsseldorf, B. v. 23.01.2018 – I-3 Wx 239/17.

14 Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung v. 27.07.2015, BGBl. I, 1386 (dazu *Beichel-Benedetti* NJW 2015, 2531).

besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>15</sup>, die – zwischenzeitlich erweiterten – Möglichkeiten zur räumlichen Beschränkung des Aufenthalts in § 61 Abs. 1b bis 1e AufenthG<sup>16</sup> und die Einfügung eines besonders schwer wiegenden Ausweisungsinteresses bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und weitere Straftaten.<sup>17</sup> Anwendungspraxis und Wirkungen dieser teils umstrittenen Regelungen<sup>18</sup> sind indes weitgehend unerforscht und angesichts der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auch symbolischer Gesetzgebung für die Debatte um Notwendigkeit und Gestalt auch weitgehend unerheblich.

### 3. Rechtliche Vorgaben

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

#### 3.1 Allgemeines zum Rechtsschutz

3.1.1. Ausreisepflichtige Ausländer\*innen sind Menschen und Rechtssubjekte. Ihnen stehen alle grundlegenden Menschenrechte, insbesondere ein Anspruch auf Achtung und Wahrung ihrer Menschenwürde in al-

---

15 Gesetz v. 20.07.2017, BGBl. I, 2780 (dazu *Hörich/Tewocht NVwZ* 2017, 1153).

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

17 Gesetz v. 04.11.2016, BGBl. I, 2450.

18 Dazu nur die Stellungnahmen von ProAsyl, Becker und Hörich in der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 27.03.2017; positiver die Stellungnahmen von Thym, Richter und Sommer.

len Phasen eines Aufenthaltsbeendigungsprozesses zu. Zu ihrer Durchsetzung und Verteidigung ihrer Rechte müssen ihnen im Rechtsstaat des Grundgesetzes effektive Durchsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dies gilt unabhängig vom Grund der Aufenthaltsbeendigung. Auch wiederholte oder schwere Straftaten führen nicht zur Verwirkung grundlegender Menschenrechte. Die öffentliche Rede von einer „Verwirkung des Gastrechts“ mag als politische Positions- und Zielbestimmung gemeint sein; es ist jedenfalls nicht die Wiedergabe der Rechtslage.

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

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

Der/dem AusländerIn muss aber am Abschiebungstage – auch aus der Abschiebungshaft oder dem Abschiebungsgewahrsam heraus – jederzeit

---

19 Zur Anwendbarkeit des § 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG in Fällen der Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren s. NdsOVG, B. v. 13.03.2018 – 13 PA 39/18.

20 S. a. BayVG, B. v. 17.07.2018 – 19 CE 18.1210.

diejenige Kommunikation ermöglicht werden, die zur sach- und zeitgerechten Führung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erforderlich ist<sup>21</sup>; durch Besuchszeiten oder Personalmangel bewirkte Kommunikationsbeschränkungen sind in allen Gewahrsamseinrichtungen weitestgehend auszuschließen.

Für die Verwaltungsgerichte bedeutet dies, dass Erreichbarkeit und Entscheidungsfähigkeit auch für kurzfristige Entscheidungen – und sei es durch verfahrenssichernde Hängebeschlüsse – sicherzustellen ist. Der/dem AusländerIn ist dabei zuzumuten, dass sie/er nach Eintreten der Unanfechtbarkeit einer Abschiebungsandrohung/-ordnung eingetretene Umstände, welche die Abschiebung in einen bestimmten Zielstaat hindern, möglichst frühzeitig der Behörde anzuzeigen hat. Bei entscheidungserheblichen Neuentwicklungen, die von der Abschiebungsbehörde nicht als hinreichend erachtet werden, kommt auch vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz<sup>22</sup> in Betracht; bei Verzicht auf jede Ankündigung einer dann auch schnell vollzogenen Abschiebung wird Behörden und Gerichten allerdings der Verweis auf den nachträglichen bzw. an den Beginn der Abschiebungsmaßnahmen anknüpfenden Rechtsschutz abgeschnitten.<sup>23</sup> Auch ein/e untergetauchte/r ausreisepflichtige/r AusländerIn hat ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Aussetzung der Abschiebung, den sie/er in Anspruch nehmen kann, sobald sie/er wieder auftaucht und der zuständigen Behörde den tatsächlichen Aufenthalts- und Wohnort mitteilt.<sup>24</sup>

---

21 S. a. BayVGh, B. v. 17.07.2018 – 19 CE 18.1210; s. a. BVerfG (Kammer), B. v. 22.5.2018 – 2 BvQ 45/18.

22 Dazu noch immer instruktiv *Horst Dreier*, Vorbeugender Verwaltungsschutz, Juristische Arbeitsblätter (JA) 19 (1987), 415–428.

23 S. BVerfG, (Kammer), B. v. 08.11.2017 – 2 BvR 809/17; VG Cottbus, B. v. 22.01.2018 – 6 L 726/17.A; s. aber VG München, B. v. 23.03.2018 – M 2 E 18.30913 (noch kein Anordnungsgrund, wenn die Pass- oder Passersatzpapiere für den Ausländer noch nicht vorliegen).

24 BayVGh, B. v. 26.01.2016 – 10 CE 15.2640.

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

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

3.1.6. Die Inanspruchnahme von qualifiziertem Rechtsbeistand ist im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes ein selbstverständliches Recht. Asyl- und ausländerrechtliche Verfahren mögen nicht von den Garantien des Art. 6 EMRK umfasst sein. Bereits das primäre und se-

---

25 Zur richterlichen Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung zwecks Durchführung der Abschiebung eines Ausländers s. OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 19.02.2018 – OVG 6 L 14.18; VG Berlin, B. v. 16.02.2018 – 19 M 62.18 (unter Berufung auf KG Berlin, B. v. 20.03.2018 – 1 W 51.18).



kundäre Unionsrecht garantiert indes gerade im Asylbereich<sup>26</sup> die Inanspruchnahme – grundsätzlich unentgeltlicher – rechtlicher Beratung, die teils aber an die hinreichenden Erfolgsaussichten geknüpft werden kann. Der Vorwurf einer (auch anwaltlichen) „Anti-Abschiebeindustrie“ verkennt diesen auch nationalem Verfassungsrecht (Art. 19 Abs. 4 GG) entsprechenden grundlegenden rechtsstaatlichen Ansatz der Europäischen Union. Dass in Zeiten quantitativ gesteigerter Abschiebungsmaßnahmen auch und gerade durch standardisierte und effizienzorientierte, arbeitsteilige behördliche – und in diesem Sinne: industrielle – Verfahrensabläufe auch hierauf bezogene Rechtsdienstleistungen partiell einen industrie-/fabrikmäßigen Charakter annehmen mögen, liegt in der Natur der Sache und ist nicht per se kritikwürdig.

### **3.2 Völker-, Unions- und Verfassungsrecht als Grenze effektiver Umsetzungsmaßnahmen**

3.2.1. Die allgemeinen Grenzen des Ausweisungsrechts werden bei Schutzsuchenden oder internationalen Schutzberechtigten durch Völker- und Unionsrecht begrenzt. Die Ausschlussgründe des Art. 1 F GFK, Art. 12 Abs. 2, Art. 14 Abs. 3 und 4 RL 2011/95/EU bzw. § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2 AsylG sowie die Zurückweisungs- oder Titelversagungsgründe (Art. 21 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 RL 2011/95/EU) ziehen der Ausweisung und Abschiebung von straffälligen Asylantragsstellern völkerrechtlich Grenzen. Bei der Einfügung des § 54 Abs. 1a AufenthG sind mit zumindest beachtlichen Gründen Bedenken geäußert worden, ob hierauf gestützte Ausweisungen bei dem besonders geschützten Personenkreis letztlich zu einer Abschiebung in den Herkunftsstaat führen können. Mit der „inlandsbezogenen Ausweisung“ hat das Bundesverwaltungsgericht<sup>27</sup> die Verhinderung einer weiteren Auf-

---

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

27 BVerwG, U. v. 22.02.2017 – 1 C 3.16 – BVerwGE 157, 325.

enthaltsverfestigung durch Ausweisung ermöglicht, ohne Abschiebungshindernisse bzw. -verbote zu missachten.

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

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

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

---

28 Zu den gegenüber § 62b AufenthG geäußerten verfassungs- und europarechtlichen Bedenken s. etwa *Kathleen Neundorff/Tobias Brings*, Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 48 (2015), 145–148, hier 146; *Huber/Beichel-Benedetti*, Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl., § 62b Rn. 3; *Carsten Hörich/Hannah Tewocht*, Zum Gesetz zur

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

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

Notwendige Voraussetzung ist eine Umsetzung in das nationale Recht. Art. 18 RL 2008/115/EG räumt den Mitgliedstaaten wohl keinen

---

besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 36 (2017), 1153–1160, hier 1154; zum Merkmal der „fortgesetzten“ Verletzung von Mitwirkungspflichten s. BGH, B. v. 20.04.2018 – V ZB 226/17.

Einschätzungsspielraum für das Bestehen einer Notlage ein. Zweifelhaft ist,

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

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

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

3.2.6. Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum<sup>30</sup> begrenzt nach nationalem Recht den Einsatz des Sozialrechts zur Förde-

---

29 BT-Drs. 19/5817, 125.

30 BVerfG, U. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BverfGE 132, 134 (Rn. 94 f.) (Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu

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

Die – deutlichen – Anspruchseinschränkungen in § 1a AsylbLG erfassen bereits de lege lata zahlreiche der ausreisepflichtigen Personen, ohne durch ein sozialrechtliches „race to the bottom“ die angestrebten Effekte zu erzielen. Die gegen diese Regelungen geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>32</sup> haben zwar bislang in der sonst durchaus „vorlagefreudigen“ Sozialgerichtsbarkeit keinen Widerhall gefunden. Das nationale Verfassungsrecht dürfte aber für eine weitere Niveauabsenkung oder eine Erweiterung des davon betroffenen Personenkreises allenfalls geringe Spielräume lassen. Bislang kaum thematisiert ist die verfassungsrechtlich zulässige Dauer des Bezuges abgesenkter Leistungen.

3.2.7. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit kann Abschiebungen aus medizinischen Gründen Grenzen setzen. Auf ein hier bestehendes bzw. angenommenes „Missbrauchspotential“ zielen

---

vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen).

31 Krit. *Berlit*, NDV 2017, 67.

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

§ 60 Abs. 2b und c AufenthG. Inzwischen ist anerkannt, dass diese Regelungen nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck auch die Feststellung zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse (§ 60 Abs. 7 AufenthG) umfassen und ihnen allgemeine Bedeutung für die Frage zukommt, welche Anforderungen an eine qualifizierte ärztliche Bescheinigung zu stellen sind.<sup>33</sup> Der Begriff der „ärztlichen Bescheinigung“ meint nach der Entstehungsgeschichte<sup>34</sup> Bescheinigungen approbierter Ärzte; namentlich sollen allein psychologische/psychotherapeutische Stellungnahmen zur Widerlegung der Reisefähigkeitsvermutung nicht ausreichen. Dieses Quasi-„Beweisverbot“ verbietet aber nicht die im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes stets gebotene Berücksichtigung. Es schließt insb. eine zusätzliche Heranziehung von Attesten von Psychotherapeuten oder Psychologen im Rahmen der richterlichen Überzeugungsbildung nicht aus.<sup>35</sup> Solche Stellungnahmen können – je nach Aussagekraft – auch „anderweitige tatsächliche Anhaltspunkte“ i. S. d. § 60a Abs. 2d Satz 2 AufenthG bescheinigen, welche der Behörde weitere Aufklärungsmaßnahmen, insb. die Anordnung einer (amts)ärztlichen Untersuchung, gebieten.<sup>36</sup>

---

33 OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 28.09.2017 – 2 L 85/17; NdsOVG, B. v. 07.09.2018 – 10 LA 343/18; s. a. OVG Bremen, B. v. 13.06.2018 – 2 LA 50/17; SächsOVG, B. v. 09.05.2018 – 3 B 319/17; OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 02.10.2018 – 6 A 11552/17; BayVG, B. v. 26.04.2018 – 9 ZB 18.30178; VG Augsburg, U. v. 17.05.2018 – Au K 17.31062; VG Regensburg, B. v. 05.09.2018 – RN 7 K 16.32563.

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

35 NdsOVG, B. v. 07.09.2018 – 10 LA 343/18.

36 S. a. SächsOVG, B. v. 09.05.2018 – 3 B 319/17.

## 4. Ausgewählte Einzelfragen

### 4.1 AnKER-Zentren und Rechtsschutz

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

Diese Einrichtungen müssen dann nach ihrer Lage und den Mobilitäts- und Kommunikationsmöglichkeiten so ausgestaltet sein, dass anwaltlicher Rechtsbeistand und gerichtlicher Rechtsschutz auch tatsächlich effektiv erreichbar sind. Im Ergebnis sind die Mindestanforderungen, die das Bundesverfassungsgericht<sup>37</sup> an die Rechtsschutzgewähr im Flughafenverfahren aufgestellt hat, auch in den AnKER-Zentren sicherzustellen.<sup>38</sup> Die u. a. aus Sicherheitsgründen legitimen Zugangskontrollen und das Hausrecht rechtfertigen – vorbehaltlich begründeter Beden-

---

37 BVerfG, B. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93.

38 S. a. BRAK, Sicherstellung der Inanspruchnahme unabhängiger rechtlicher Beratung und Vertretung in AnKER-Zentren, Stellungnahme Nr. 33/Okttober 2018; zur Verwirklichung der Verfahrens- und Schutzrechte Schutzsuchender in den AnKER-Zentren s. a. ECRE/AIDA, The AnKER centres, Implication for asylum procedures, reception and return, April 2019 ([http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/anker\\_centres\\_report.pdf](http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/anker_centres_report.pdf)). (Abruf 24.1.2019)

ken im Einzelfall – nicht, Hilfsorganisationen und zivilgesellschaftliche Unterstützungspersonen, welche die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu vermitteln geeignet sind, den Zutritt zu solchen Einrichtungen zu verweigern. Das Schweizer Modell der systematischen, unabhängigen Beratung und Rechtsvertretung<sup>39</sup> weist auf Alternativen.

## 4.2 Elektronische Fußfesseln

§ 56a AufenthG<sup>40</sup> ermöglicht seit Mitte 2017 als milderes Mittel zur Haft und als Alternative zur extrem aufwändigen durchgehenden Observation bei ausreisepflichtigen „Gefährder\*innen“ eine elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes. Ungeachtet der Kritik, die gegen diese Regelung im Gesetzgebungsverfahren vorgetragen worden ist, dürfte diese Regelung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung einen (noch) verhältnismäßigen Eingriff in die auch Ausländer\*innen zustehenden Rechte u. a. auf informationelle Selbstbestimmung bedeuten und den Anforderungen entsprechen, welche das Bundesverfassungsgericht<sup>41</sup> zu

---

39 Dazu etwa *Ruth Weinzierl*, Asylverfahrensberatung in Deutschland. Zur aktuellen Debatte über Stärkung und Standards unabhängiger Beratungsangebote, Beilage zum Asylmagazin 7-8/2017, 9–16; *Mario Gattiker*, Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz, jM, Saarbrücken 2019, 110–113; *Constantin Hruschka*, Das Schweizer Asylverfahren. Ein Zukunftsmodell für Europa?, Januar 2019; zu den Erfahrungen in den Niederlanden s. *Dietrich Thränhardt*, Asylverfahren in den Niederlanden, Gütersloh 2016. Zur Notwendigkeit einer qualifizierten und unabhängigen Asylberatung s. auch die Anhörung am 06.05.2019 im Ausschuss für Inneres und Heimat (u. a.) zum Antrag von Bündnis 90/Die Grünen Innenausschuss „Für ein umfassendes Qualitätsmanagement beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge“ (BT-Drs. 19/4853 v. 10.10.2018).

40 Eingefügt durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.07.2017, BGBl. I, 2780.

41 BVerfG, U. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966, 1140/09 – BVerfGE 140, 220.



vergleichbaren Instrumenten aufgestellt hat.<sup>42</sup> Es mag auch Raum für eine moderate Erweiterung der Voraussetzungen, gewisse Vereinfachung im Verfahren oder Veränderungen in Anordnungs- und Durchführungsbefugnis bestehen.

Eine flächendeckende Anwendung elektronischer Fußfesseln zur Aufenthaltsfeststellung in Fällen drohender Untertauchensgefahr oder bei bestimmten Personengruppen (z. B. bei Personen ohne geklärte Identität oder bei unzureichender Mitwirkung bei der Identitätsfeststellung oder Abschiebungsvorbereitung)<sup>43</sup> scheidet allerdings – unabhängig von dem erheblichen technischen Aufwand – aus. Sie bewirkte jedenfalls einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte auch Ausreisepflichtiger. So wenig es ein „Recht zum Untertauchen“ gibt, so wenig gibt es eine staatliche Befugnis zur Totalkontrolle. Eine elektronische Fußfessel ist auch kein im Vergleich zur Abschiebehaft milderes Austauschmittel, sondern ein *aliud* hierzu.

### **4.3 Personen ohne geklärte Identität und/oder unzureichende Mitwirkungsbereitschaft**

Nach nicht bestätigten Presseberichten<sup>44</sup> sollen Ausländer\*innen, die ihre Identität verschleiern oder bei der Beschaffung von Ersatzpapieren nicht mitwirken, direkt „ausreisepflichtig“ und nicht mehr geduldet werden. Der Sache nach – so scheint es – sollen die Ausschlussgründe bei dem humanitären Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 4 Satz 3 und 4 AufenthG auch auf die Duldung (§ 60a AufenthG) übertragen werden.

---

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

43 In diese Richtung Bild-Zeitung v. 17.01.2019 („Fußfesseln! Vorbereitungshaft! Geheimplan: verschärfte Abschiebung“).

44 Bild-Zeitung v. 17.1.2019 (s. Anm. 43).

Unions- oder Verfassungsrecht gebieten grundsätzlich<sup>45</sup> nicht, bei fortbestehender Ausreisepflicht deren Aussetzung förmlich zu bescheinigen. Auch Art. 6 Abs. 4 RL 2008/115/EG setzt eine Entscheidung für einen „sonstigen Aufenthaltstitel“, als der aus unionsrechtlicher Perspektive eine Duldung erscheinen mag<sup>46</sup>, voraus, verschafft den Ausreisepflichtigen aber keinen Duldungsanspruch. Auch wenn es insoweit nach langjährigem Aufenthalt Grenzen für einen „Nichtstatus“ im illegalen Aufenthalt geben wird, ist dem nationalen Gesetzgeber ein breites Gestaltungsermessen einzuräumen. Der Wegfall der Duldung ändert aber zunächst nichts an der fehlenden Abschiebungsmöglichkeit. Er kann aber als „Schlüssel“ für „Folgemaßnahmen“ dienen, etwa verstärkten Präsenzpfllichten, räumliche Beschränkungen, der Unterbringung in (geschlossenen?) Einrichtungen oder – deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit unterstellt – abgesenkten Sozialleistungen.

Vor allem kann er den vollständigen und dauerhaften Ausschluss vom Arbeitsmarkt, von Integrationsangeboten und sonstigen Maßnahmen „organisieren“, die rechtlich oder tatsächlich zu einer Aufenthaltsverfestigung führen (könnten). Dies liegt in der Logik auch des Entwurfes eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung<sup>47</sup>, das einen sog. „Spurwechsel“ aus dem Asylverfahren in das Aufenthaltsrecht begrenzen will und künftig für die Beschäftigungs- und Ausbildungsduldung u. a. verlangt, dass die/der AusländerIn die erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen für die Identitätsklärung ergriffen hat. Dieser „Trennungsgrundsatz“ unter Ausschluss jeglicher Aufenthaltsverfestigung soll Anreize für Einreise oder weiteren Verbleib senken, ist aber konzeptionell nur dann überzeugend, wenn bei diesem Personen-

---

45 S. a. EuGH, U. v. 05.06.2014 – C-146/14 PPU (Mahdi), Rn. 89, 90 (Ausstellung einer schriftlichen Bestätigung der Situation); s. nunmehr auch § 60b E-AufenthG (BT-Drs. 19/10047, 12, 35 f.): „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ (Duldung „light“).

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

47 Gesetzentwurf der Bundesregierung: BR-Drs. 8/19 v. 04.01.2019.

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

#### **4.4. Erweiterung der Haftgründe**

Die Gründe für eine Abschiebehaft wegen Fluchtgefahr oder Behinderung der Vorbereitung der Rückkehr oder der Durchführung des Abschiebungsverfahrens sind im Anschluss an Art. 15 Abs. 1 RL 2008/115/EG und den Empfehlungen der Kommission für ein Rückkehr-Handbuch<sup>48</sup> in § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, § 2 Abs. 14 AufenthG eingehend geregelt. Die in Art. 6 Entwurf Neufassung RückführRL<sup>49</sup> vorgesehene eingehende Regelung der Kriterien, die objektiv auf eine Fluchtgefahr weisen, und die Erweiterung der Haftgründe auf die Sicherheitsaspekte (Art. 18 Abs. 1 Buchst. c) Entwurf Neufassung RückführRL) erweitern künftig diesen Rahmen, können aber ungeachtet der Reichweite der Erweiterung aktueller Rechtsetzung nicht zu Grunde gelegt werden. Für Sicherheitsaspekte ist allerdings nicht eindeutig, inwieweit diese außerhalb der Richtlinie und ohne durch diese begrenzt zu sein, geregelt werden können.<sup>50</sup>

Vor diesem Hintergrund sehe ich de lege lata für eine allgemeine Absenkung der Haftvoraussetzungen/-gründe nur geringen Spielraum; es bleiben Möglichkeiten und Anlässe punktueller Erweiterungen und Er-

---

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

49 Vorschlag der Kommission COM (2018) 634 final = BR-Drs. 473/18 v. 19.09.2018.

50 Nach der Rechtsprechung des EuGH (U. v. 30.11.2009 – C-357/09 [Kadzoev]) ist es nicht Ziel des Art. 15 RL 2008/115/EG, die Gesellschaft vor Personen zu schützen, die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährden; dies habe durch Regelungen des Strafrechts, des Verwaltungsrechts und der Rechtsvorschriften über die Beendigung des legalen Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu erfolgen.

leichterungen, deren Beurteilung indes ohne Kenntnis der Regelungsvorschläge spekulativ bleiben muss.

- Der Verzicht auf die Erwartung einer zeitnahen Abschiebung bei ausreisepflichtigen Ausländern, von denen eine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben Dritter ausgeht (§ 62a Abs. 3 Satz 4 AufenthG), ist mit Blick auf das auch konventionsrechtliche Gebot<sup>51</sup> grenzwertig, dass (reine) Abschiebehaf eine bereits konkretisierte Abschiebung voraussetzt, mag damit auch keine reine Gefährderhaftung jenseits anerkannter Abschiebehafgründe eingeführt worden sein.<sup>52</sup>
- Die Höchstfristen des Art. 15 Abs. 5, 6 RL 2008/115/EG schöpft § 62 Abs. 4 AufenthG bereits aus.
- Unionsrecht lässt es zu, die Verlängerungsmöglichkeit in Fällen, in denen sich die Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten verzögert, auf alle Haftkonstellationen zu erweitern und nicht auf Gefährder\*innen nach § 58a AufenthG zu beschränken.
- Mit Blick auf Art. 104 Abs. 2 GG dürfte es sich bei der in der Presse<sup>53</sup> erwähnten Vorbereitungshaft für Terrorverdächtige und Identitätstäuscher, bei der ein Richter nicht zustimmen müsse, um eine Falschmeldung handeln.

## 5. Schlussbemerkung

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

---

51 EGMR, U. v. 19.02.2009 – Nr. 3455/05 – NJW 2010, 3359 (Ls.).

52 So zu Recht *Daniel Thym*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 27.03.2017, 3 f.

53 Bild-Zeitung v. 17.01.2019 (s. Anm. 43).

## *Rechtsschutz und effektive Umsetzung der Ausreisepflicht*

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

### Über den Autor

Prof. Dr. Uwe Berlit ist seit 2002 Richter am Bundesverwaltungsgericht in Leipzig, seit 2011 als Vorsitzender des 1. Revisionssenats. Daneben ist er Honorarprofessor an der Universität Leipzig und (Mit-)Autor zahlreicher wissenschaftlicher Publikationen und Kommentare u. a. zum Verfassungs-, Migrations- Existenzsicherungs- und Verwaltungsprozessrecht. Seit 2012 ist er berufsrichterliches Mitglied des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs, seit Januar 2019 als Vizepräsident. Der Beitrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden wider.

### Schlagwörter

Ausreisepflicht, Abschiebung, Rechtsschutz, Menschenrechte