

Beitrag aus dem Asylmagazin 10–11/2017, S. 388–396

Stefan Keßler, Insa Graefe und Heiko Habbe

Das »Hau-Ab-Gesetz« und die Beratungspraxis

Hinweise zum »Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., November 2017. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autoren sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

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

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

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

www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/

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



In Kooperation mit



Das »Hau-Ab-Gesetz« und die Beratungspraxis

Hinweise zum »Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht«

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Änderungen, die für Asylsuchende bedeutsam sind
 - 1. Verpflichtung zur Aushändigung von »Datenträgern«
 - 2. Verlängerte Verpflichtung zum Aufenthalt in Erstaufnahmeeinrichtungen
 - 3. Verpflichtung des Jugendamtes zur Asylantragstellung
- III. Änderungen bei den Regelungen über Duldungen
 - 1. Abschaffung der Abschiebungsankündigung bei längerfristiger Duldung
 - 2. Erweiterte »Residenzpflicht«
 - 3. Duldung zur Vaterschaftsprüfung
- IV. Einschränkungen bei der Vaterschaftsanerkennung
 - 1. Anzeichen für »Missbrauch«
 - 2. Kein »Missbrauch« bei leiblicher Vaterschaft – aber offene Fragen
 - 3. Folgen für die Beratungspraxis
- V. Änderungen bei den Vorschriften zu Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam
 - 1. Abschiebungshaft bei »Gefährdern«
 - 2. Verlängerung des Ausreisegewahrsams
- VI. Ergebnis

I. Einleitung

Das »Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht« trat am 29. Juli 2017 in Kraft.¹ Vorausgegangen war das bei Änderungen im Asyl- und Aufenthaltsrecht leider inzwischen üblich gewordene Schnellverfahren, in dem Akteure der Zivilgesellschaft kaum Gelegenheit hatten, ihren Sachverstand einzubringen. So hatte etwa das Bundesinnenministerium den Referentenentwurf am 16. Februar 2017 um 11:16 Uhr den Verbänden per E-Mail zugeleitet. Dies war verbunden mit der Aufforderung, zu dem Text bis zum Folgetag um 10:00 Uhr Stellung zu nehmen – eine fast unmöglich einzuhaltende Frist. Im parlamentarischen Verfahren wurden dann Vorschriften zur Einschränkung der Vaterschaftsanerkennung beschlossen (siehe unten Abschnitt IV), die vorher in keinen

Entwürfen aufgetaucht waren und dementsprechend von Sachverständigen nicht kommentiert werden konnten.

Ergebnis dieser Hauruck-Prozedur ist ein Gesetz, das in Teilen verfassungs- und europarechtswidrig sein dürfte. Das betrifft vor allem die Erweiterung der »Residenzpflicht« für Menschen mit Duldungen (siehe III.2) und die neuen Regelungen zu Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam (siehe V.). Die bereits genannten Einschränkungen der Vaterschaftsanerkennung stoßen zumindest auf erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel.

Das Asylmagazin 9/2017 gab bereits einen ersten Überblick der wichtigsten Rechtsänderungen, die dieses Gesetz herbeigeführt hat.² Aufbauend darauf versucht dieser Beitrag, erste Auswirkungen einiger dieser Neuregelungen auf die Beratungspraxis zu beschreiben.³

II. Änderungen, die für Asylsuchende bedeutsam sind

1. Verpflichtung zur Aushändigung von »Datenträgern«

Die meisten Asylsuchenden führen keine gültigen Pässe oder vergleichbare Dokumente mit sich. Nach der in vielen Bescheiden geäußerten Auffassung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (im Folgenden: BAMF) gehört es geradezu zur Definition einer Verfolgten⁴, dass sie keinen Pass besitzt. Die geänderte Norm des § 15 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. dem neu eingefügten § 15a AsylG verpflichtet nun eine solche Asylsuchende, den Behörden auf Verlangen alle Datenträger vorzulegen, die für die Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können. Zu diesen Datenträgern gehören auch und vor allem Mobiltelefone. Auslesen darf einen solchen Datenträger aber nur das BAMF und dies »lediglich« dann, wenn

* Stefan Keßler ist Referent für Politik und Recht beim Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, E-Mail: stefan.kessler@jesuiten-fluechtlingsdienst.de.

Rechtsanwältin Insa Graefe ist u. a. als Rechtsberaterin bei der Kirchlichen Hilfsstelle für Flüchtlinge »flucht•punkt« in Hamburg tätig. Rechtsanwalt Heiko Habbe arbeitet ebenfalls als Rechtsberater bei flucht•punkt.

¹ BGBl. 2017 I vom 28.7.2017, S. 2780. Das Gesetz wird im Folgenden mit »DurchsAusrPflG« abgekürzt.

² Siehe Michael Kalkmann und Johanna Mantel, Neuerungen durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Asylmagazin 9/2017, S. 341–345.

³ Zu den hier aus Platzgründen nicht besprochenen Gesetzesänderungen siehe etwa Carsten Hörich/Hannah Tewocht, Zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, NVwZ 2017, S. 1153.

⁴ Beim grammatikalischen Geschlecht verwenden wir frei die femininen und maskulinen Formen; andere Geschlechter sind immer eingeschlossen.

keine anderen Mittel zur Identitätsfeststellung vorhanden sind. Die sehr breit angelegte Tatbestandsdefinition könnte jedoch das Auslesen von Mobiltelefonen zum Regelfall machen.

Für die Praxis wichtig ist, dass die Datenträger nur von einem Bediensteten ausgewertet werden dürfen, der die »Befähigung zum Richteramt« hat, sprich: Volljurist ist.⁵ Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Auswertung von Datenträgern allein »Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung« erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Wann allerdings solche tatsächlichen Anhaltspunkte vorliegen sollen, ist unklar. Nach Angaben des BAMF sollen beim Auslesen der Handys keine persönlichen Daten wie etwa Inhalte von E-Mails erfasst werden. Stattdessen würden benutzte Sprachen und Geodaten überprüft, aus denen sich schließen lasse, wo das Mobiltelefon benutzt worden sei.⁶ Jedenfalls dürfen auch nach der Auswertung der Datenträger solche rein privaten Informationen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen. Ebenso sind personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie für die Identitätsfeststellung nicht mehr erforderlich sind. Es sollte somit stets darauf bestanden werden, dass in den BAMF-Akten dokumentiert wird, *wer* das Mobiltelefon oder einen anderen Datenträger ausgelesen hat (damit festgestellt werden kann, ob es sich um einen Volljuristen handelte) und *welche Daten* ausgelesen, ausgewertet und wann wieder gelöscht worden sind.

2. Verlängerte Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Erstaufnahmeeinrichtung

Ein neuer § 47 Abs. 1b AsylG gibt den Bundesländern die Möglichkeit, analog zur Regelung bei Antragstellerinnen aus »sicheren« Herkunftsländern (§ 47 Abs. 1a AsylG) auch für andere Asylsuchende eine längere Verpflichtung zum Wohnen in der Aufnahmeeinrichtung als die in Absatz 1 vorgesehenen sechs Monate vorzusehen. Eine solche verlängerte Verpflichtung kann allerdings höchstens für 24 Monate angeordnet werden. Bayern hat bereits »Transitzentren« errichtet, in denen Asylsuchende nun bis zum Ende ihrer Verfahren und bei Ablehnung der Asylanträge bis zur Ausreise oder Abschiebung untergebracht werden sollen. Nach Angaben des Bayerischen Flüchtlingsrates betrifft dies Asylsuchende aus Herkunftsländern, deren Anerkennungsquoten unter 50 % liegen.⁷

⁵ Dies und das Folgende ergeben sich aus § 15a Abs. 1 Satz 2 AsylG i. V. m. § 48 Abs. 3a AufenthG. Die Voraussetzungen für die Befähigung zum Richteramt sind in § 5 DRiG geregelt.

⁶ Stellungnahme des BAMF (Dr. Markus Richter) gegenüber dem Innenausschuss des Bundestages, Ausschussdrucksache 18(4)825 D.

⁷ <http://www.fluechtlingsrat-bayern.de/ankunfts-und-rueckfuehrungseinrichtungen.html>.

Gemäß § 61 Abs. 1 AsylG ist mit der Wohnverpflichtung in einer Erstaufnahmeeinrichtung ein unbeschränktes Arbeitsverbot verbunden. Außerdem unterliegen Bewohnerinnen einer solchen Einrichtung einer »räumlichen Beschränkung« auf die Stadt oder den Landkreis und dürfen dieses Gebiet nur mit behördlicher Genehmigung verlassen (§ 56 AsylG). Diese räumliche Beschränkung erlischt bei einer verlängerten Wohnverpflichtung nicht wie grundsätzlich vorgesehen nach drei Monaten (§ 59a Abs. 1 Satz 2 AsylG).

Daher ist gegen eine solche verlängerte Wohnverpflichtung im Einzelfall vorzugehen. Dies könnte vor allem in den folgenden Fällen erfolversprechend sein:

- Kann das BAMF nicht oder nicht kurzfristig entscheiden, dass der Asylantrag »unzulässig« oder »offensichtlich unbegründet« ist, muss die Asylsuchende unverzüglich aus der Aufnahmeeinrichtung entlassen werden (§ 47 Abs. 1b Satz 3 i. V. m. § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AsylG). Dies gilt auch, wenn das BAMF den Asylantrag zwar abgelehnt hat, der Antrag aber nicht als »offensichtlich unbegründet« oder »unzulässig« abgelehnt worden ist. Die Antragstellerin ist auch zu entlassen, wenn die BAMF-Entscheidung noch nicht bestandskräftig geworden ist.⁸
- Dasselbe gilt, wenn das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet hat (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AsylG).
- Schließt die Asylsuchende nach Asylantragstellung eine Ehe oder Lebenspartnerschaft und erfüllt damit die Voraussetzungen für einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis, endet die Wohnverpflichtung in der Erstaufnahmeeinrichtung kraft Gesetzes (§ 48 Nr. 3 AsylG), auch wenn die Aufenthaltserlaubnis noch nicht erteilt worden ist.
- Zeichnet sich ab, dass unabhängig vom Ausgang des Asylverfahrens etwa wegen Reiseunfähigkeit oder familiärer Beziehungen im Bundesgebiet eine Abschiebung nicht infrage kommen wird, ist der Zweck der verlängerten Wohnsitzverpflichtung nicht mehr gegeben. Denn dieser besteht nach der Gesetzesbegründung darin, zu vermeiden, dass »eine anstehende Aufenthaltsbeendigung durch einen nach dem Ende der Wohnverpflichtung erforderlichen Wohnortwechsel des Ausländers unnötig erschwert wird.«⁹ Eine solche Aufenthaltsbeendigung steht dann aber nicht mehr an. Dies wird gegebenenfalls gegenüber der Behörde, die die Wohnverpflichtung ausgesprochen hat, geltend zu machen sein.
- Ist nach der Ablehnung des Asylantrages eine Abschiebungsandrohung vollziehbar geworden, die Abschie-

⁸ So schon zu § 47 Abs. 1a AsylG: VG Berlin, Beschluss vom 31.3.2016 – VG 29 L 45.16.

⁹ Bundestagsdrucksache 18/11546, S. 23.

bung aber kurzfristig nicht möglich, muss die Wohnverpflichtung beendet werden (§ 49 Abs. 1 AsylG).¹⁰

- Dauert die Wohnverpflichtung bereits neun Monate an und hat das BAMF noch nicht über den Asylantrag entschieden, kollidiert die Wohnverpflichtung wegen des damit einhergehenden Arbeitsverbots mit dem Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt nach Art. 15 Abs. 1 AufnRL,¹¹ was einen zwingenden Grund i. S. d. § 49 Abs. 2 AsylG für ihre Beendigung darstellt.

3. Verpflichtung des Jugendamtes zur Asylantragstellung

Die Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen, also auch unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, durch das Jugendamt ist in den §§ 42 ff. SGB VIII geregelt. Während dieser Inobhutnahme und bis zur Bestellung eines Vormunds ist das Jugendamt berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die für das Wohl des Kindes erforderlich sind. Ein neuer Satz 5 in § 42 Abs. 2 SGB VIII fasst hierunter nunmehr ausdrücklich »die unverzügliche Stellung eines Asylantrags«, wenn im konkreten Einzelfall »Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz [...] benötigt.« Diese Regelung kann man begrüßen, denn manchmal ließen sich Jugendämter sehr viel Zeit mit der Entscheidung, ob ein Asylantrag gestellt werden soll. Aber die neue Vorschrift sollte nicht dazu verleiten, vorschnell einen Asylantrag zu stellen. »Unverzüglich« heißt »ohne schuldhaftes Zögern«.¹²

Ein Jugendamt soll einen Asylantrag erst nach pflichtgemäßer Prüfung des Einzelfalls stellen. Das bedeutet:¹³

- Die Mitarbeitenden des Jugendamtes müssen mit dem Kind oder dem Jugendlichen in ausführlichen Gesprächen – wenn die psychische Konstitution des Minderjährigen dies überhaupt erlaubt – dessen Fluchtgründe und Fluchtgeschichte aufarbeiten.

¹⁰ Die Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 18/11546, S. 23) meint zwar, »Absatz 1b geht [...] in ihrem Regelungsbereich als *lex specialis* der Regelung in § 49 Absatz 1 des Asylgesetzes, nach der die Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, zu beenden ist, wenn eine Abschiebungsandrohung vollziehbar und die Abschiebung kurzfristig nicht möglich ist, insoweit vor«. Dies ist nach dem klaren Wortlaut des § 47 Abs. 1b Satz 2 AsylG (»Die §§ 48 bis 50 bleiben unberührt.«) aber nicht nachvollziehbar.

¹¹ Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl. EU L 180, S. 96 (»Aufnahmerichtlinie«), abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte/Sozialrecht«.

¹² So die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 BGB.

¹³ Siehe hierzu vertiefend: Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, Hinweise zur Umsetzung von § 42 Abs. 2 Satz 5 SGB VIII – Verpflichtung der Jugendämter zur Asylantragstellung. Abrufbar bei www.asyl.net (Nachricht vom 15.9.2017).

- In diesem Zusammenhang muss unter dem Aspekt des Kindeswohlvorrangs auch festgestellt werden, ob der Minderjährige psychisch und physisch überhaupt in der Lage ist, ein Asylverfahren durchzuführen.
- Es ist dann von Personen, die über Erfahrungen im Asyl- und Aufenthaltsrecht verfügen, zu prüfen, ob diese Fluchtgründe die Kriterien für die Flüchtlingsanerkennung (siehe §§ 3 ff. AsylG) oder die Gewährung des subsidiären Schutzes (siehe § 4 AsylG) erfüllen.
- Mit dem Minderjährigen ist auf dieser Grundlage das Für und Wider einer Asylantragstellung zu erörtern. Gegen das Stellen eines Asylantrages kann zum Beispiel die Gefahr des Wiedereinreiseverbots bei negativem Ausgang des Asylverfahrens sprechen.

Stehen für eine solche Fallprüfung keine im Aufenthalts- und Asylrecht ausreichend kundigen Mitarbeitenden zur Verfügung, ist eine Rechtsanwältin zu mandatieren. Dazu besteht vor allem Anlass, wenn der Minderjährige aus einem »sicheren Herkunftsland« kommt. Unter Umständen kommt auch die Bestellung eines Ergänzungspflegers für den Rechtskreis »Ausländer- und Asylrecht« infrage.

III. Änderungen bei den Regelungen über Duldungen

1. Abschaffung der Abschiebungsankündigung bei längerfristiger Duldung

Bei Personen, deren Aufenthalt länger als ein Jahr lang geduldet worden ist, muss die Ausländerbehörde eine dann doch noch anstehende Abschiebung mindestens einen Monat vorher ankündigen (§ 60a Abs. 5 Satz 4 AufenthG). Diese Verpflichtung soll nun entfallen,

»[...] wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt« (§ 60a Abs. 5 Satz 5 AufenthG).

Für die Praxis ist zu beachten:

- Die Vorschrift ist – im Unterschied zum Gesetzentwurf – im *Präsens* formuliert. Es darf also nur das *aktuelle Verhalten* der betroffenen Person herangezogen werden; in der Vergangenheit Liegendes ist ihr nicht anzulasten.
- Es muss sich um *vorsätzliche* Falschangaben und *eigene* Täuschungshandlungen handeln; haben etwa die Eltern solche begangen, kann dies nicht zu Lasten der Kinder gehen.

- Es ist stark umstritten, wann bestimmte Mitwirkungshandlungen zumutbar sind. Hierzu zählen etwa die Abgabe einer »Freiwilligkeitserklärung«, die manche Auslandsvertretungen als Voraussetzung für die Ausstellung eines Reisedokuments verlangen, oder die von der eritreischen Botschaft verlangte (Nach-)Zahlung einer »Aufbausteuer«. Auf einen Streit mit der Ausländerbehörde wird man sich gegebenenfalls einlassen müssen. Jedenfalls ist wohl geklärt, dass die Behörde detailliert zu konkreten Handlungen auffordern muss;¹⁴ die allgemeine Aussage »Besorgen Sie sich einen Pass!« reicht nicht aus.

2. Erweiterte »Residenzpflicht«

Die Behinderung der Abschiebung durch Falschangaben, Identitätstäuschung oder Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten soll nunmehr auch zur räumlichen Beschränkung des Aufenthalts auf den Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde führen (§ 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG). Dieser Satz ist wie der gerade besprochene § 60a Abs. 5 Satz 4 AufenthG formuliert; damit sind alle drei obenstehenden Praxishinweise auch auf diese Vorschrift anwendbar. Darüber hinaus ist eine entsprechende Auflage oder Nebenbestimmung zur Duldung auch mit dem Argument anfechtbar, dass die Regelung gegen Europarecht verstößt: Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 7 Abs. 3 RückfRL¹⁵ lässt es zu, im Zusammenhang mit dem »Aufschub einer Abschiebung« (in Deutschland: Duldungserteilung) den Aufenthalt der betreffenden Person räumlich zu beschränken. Voraussetzung für eine solche Maßnahme ist aber, dass damit eine konkrete Fluchtgefahr beseitigt werden soll.¹⁶ Nach der Gesetzesbegründung¹⁷ ist demgegenüber das Ziel der neuen Vorschrift, »ggf. sicherzustellen, dass [die betreffenden Personen] für etwaige erforderliche Mitwirkungshandlungen leichter erreichbar sind.« Das hat nicht unbedingt etwas mit Fluchtgefahr zu tun, sondern eher mit der Erleichterung der Arbeit von Ausländerbehörden. Als Grundlage für die »Residenzpflicht« reicht dies aber nach den Vorgaben der RückfRL nicht aus.¹⁸

¹⁴ So für den Bereich der Abschiebungshaft etwa BGH, Beschluss vom 19.1.2017 – V ZB 99/16, Rn. 13; BGH, Beschluss vom 16.2.2017 – V ZB 116/16, Rn. 5; für den Bereich des Asylbewerberleistungsrechts siehe etwa SG München, Beschluss vom 31.1.2017 – S 52 AY 122/16 ER; siehe auch NKAuslR/Fränkler, 2. Aufl., § 25 AufenthG, Rn. 30.

¹⁵ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. EU L 348, 24.12.2008, S. 98 (»Rückführungsrichtlinie«), abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte/Aufenthaltsrecht«.

¹⁶ Siehe dazu Carsten Hörich, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben. Die Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie auf das deutsche Aufenthaltsrecht, Baden-Baden 2015, S. 135 f.

¹⁷ Bundestagsdrucksache 18/11546, S. 21.

¹⁸ Zum Vorstehenden siehe auch Hörich/Tewocht, a. a. O. (Fn. 3), S. 1156.

3. Duldung zur Vaterschaftsprüfung

Unter IV. werden die Einschränkungen bei der Vaterschaftsanerkennung diskutiert. Für die Dauer des mit § 85a AufenthG neu eingeführten Prüfungsverfahrens ist dem ausreisepflichtigen Elternteil und/oder Kind nicht sofort eine Aufenthaltserlaubnis, sondern erst einmal nur eine Duldung zu erteilen, bis eine vollziehbare Entscheidung vorliegt (§ 60a Abs. 2 Satz 13 AufenthG). Da ein geduldeter Aufenthalt jedoch zu erheblichen Einschränkungen bei der Gestaltung des Familien- und Privatlebens führt und negative Auswirkungen auf das Kindeswohl haben kann, ist in der Praxis zu fordern, dass eine Überprüfung der Vaterschaft nur in Ausnahmefällen und dann sehr zügig durchgeführt wird, damit die Duldung bald durch eine Aufenthaltserlaubnis abgelöst werden kann.

IV. Einschränkungen bei der Vaterschaftsanerkennung

Mit einer weiteren Änderung will der Gesetzgeber gegen angebliche »Scheinvaterschaften« vorgehen. Gemeint ist, dass Männer – womöglich gegen Geld – die Vaterschaft für Kinder anerkennen, die nicht ihre leiblichen sind, um entweder dem betreffenden Kind und seiner Mutter oder sich selbst ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen. Solche Fälle sind den Ausländerbehörden seit Jahren ein Dorn im Auge. Das Bundesinnenministerium ließ verbreiten, es schätze die Zahl der bundesweiten Fälle auf mehrere tausend pro Jahr, musste aber auf Nachfrage zugeben, es lägen »keine belastbaren Erkenntnisse« über die wirklichen Fallzahlen vor.¹⁹ Schon 2008 hatte der Gesetzgeber versucht, das behauptete Problem dadurch zu lösen, dass die Ausländerbehörden ein gesetzliches Recht erhielten, Vaterschaften in bestimmten Fällen nachträglich anzufechten. Dies endete mit einer Ohrfeige: Im Jahr 2013 erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelung für verfassungswidrig.²⁰ Es warf dem Gesetzgeber vor,

»[...] nicht verheiratete, ausländische oder binationale Elternpaare, die keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, generell dem Verdacht [auszusetzen], die Vaterschaftsanerkennung allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen vorgenommen zu haben.«²¹

Nun hat man einen weiteren Anlauf unternommen. Es wurde ein neuer § 1597a in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eingeführt, der das »Verbot der missbräuchlichen

¹⁹ Antwort der Bundesregierung vom 12.7.2017 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, Bundestagsdrucksache 18/13097.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10 – asyl.net: M21474, Asylmagazin 3/2014.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 109.

Anerkennung der Vaterschaft« zum Gegenstand hat. Nach der Vorschrift sollen Urkundspersonen – also Notarinnen sowie Mitarbeitende von Jugendämtern – das Verfahren zur Vaterschaftsanerkennung aussetzen, wenn »konkrete Anhaltspunkte« für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft bestehen (§ 1597a Abs. 2 BGB). In diesem Fall soll auch eine Meldung an die Ausländerbehörde ergehen. Diese soll dann nach dem ebenfalls neuen § 85a AufenthG die endgültige Feststellung treffen, ob die Vaterschaftsanerkennung missbräuchlich wäre. Die »missbräuchliche« Anerkennung darf nicht beurkundet werden (§ 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB).

1. Anzeichen für »Missbrauch«

Das Gesetz definiert die »Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte« für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung, bei denen die Urkundsperson das Verfahren aussetzen soll, wie folgt:

- Das Bestehen einer *vollziehbaren Ausreisepflicht* des Anerkennenden oder der Mutter des Kindes (also der Besitz einer Duldung),
- wenn der Anerkennende, die Mutter oder das Kind einen *Asylantrag gestellt* haben und aus einem *sicheren Herkunftsstaat* kommen,
- das *Fehlen von persönlichen Beziehungen* zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind,
- der Verdacht, dass der Anerkennende *bereits mehrfach die Vaterschaft* von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat und dadurch die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht geschaffen hat, oder
- der Verdacht, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein *Vermögensvorteil* für die Anerkennung oder die Zustimmung gewährt oder versprochen worden ist.

Für die endgültige Entscheidung durch die Ausländerbehörde gilt ein abweichender Kriterienkatalog. Er umfasst nur die letzten beiden Fallgruppen (mehrfache Vaterschaftsanerkennung mit aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen bzw. versprochener Vermögensvorteil) sowie zusätzlich den Umstand, dass der Mann oder die Kindesmutter *ausdrücklich erklären*, eine missbräuchliche Anerkennung anzustreben. In diesen Fällen soll die Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung regelhaft vermutet werden, d. h. die Behörde müsste hier nicht näher begründen, warum sie von einem Missbrauch ausgeht.

In der konkreten Beurkundungssituation dürften die ersten beiden Fallgruppen des § 1597a BGB besonders relevant werden. Der Gesetzeswortlaut ist dabei so formuliert, dass das Innehaben einer Duldung oder die Asylantragstellung für Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten alleine noch keine konkreten Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaft sind. Vielmehr müssen

weitere Anzeichen hinzukommen. Allerdings bleibt vage und auslegungsbedürftig, welche Anzeichen dies – über ein Bauchgefühl der jeweiligen Urkundsperson hinaus – denn sein sollen. An sich würden nur konkrete Umstände, wie sie in den weiteren Fallgruppen wiedergegeben sind (fehlende Beziehungen zwischen den Beteiligten oder gar ausdrückliche Erklärungen) einen einigermaßen sicheren Rückschluss auf einen »Missbrauch« erlauben. Es wird sich in der Praxis zeigen, ob Urkundspersonen angesichts des Fehlens weiterer Anzeichen die begehrte Beurkundung schlicht vornehmen oder ob künftig bereits der bloße Besitz einer Duldung die Unterbrechung des Anerkennungsverfahrens zur Folge haben wird.

2. Kein »Missbrauch« bei leiblicher Vaterschaft – aber offene Fragen

Eine Vaterschaftsanerkennung kann nie missbräuchlich sein, wenn der Mann tatsächlich der leibliche Vater des Kindes ist (§ 1597a Abs. 5 BGB). So selbstverständlich dies auf den ersten Blick klingt, wirft die Normierung doch mehrere Fragen auf.

Zum einen widerspricht die Gegenüberstellung von (akzeptierter) leiblicher Vaterschaft und (als missbräuchlich abgelehnter) Anerkennung der Vaterschaft für das nicht-leibliche Kind in gewissem Grade einem Grundkonzept des deutschen Kindschaftsrechts. Für das BGB ist gerade nicht die leibliche Vaterschaft entscheidend. Vielmehr hat der Gesetzgeber sich entschieden, auch die irrtümlich angenommene Vaterschaft (»Kuckuckskinder«) und die nur erklärte Vaterschaft, sofern sie gelebt wird (»soziale Vaterschaft«), als gleichwertig anzuerkennen. Ein »Missbrauch« liegt hierin zivilrechtlich nicht; konstruiert man ihn, um eine aus staatlicher Sicht unerwünschte aufenthaltsrechtliche Folge zu verhindern, so liegt hierin zugleich eine Diskriminierung des betroffenen Kindes. Dies könnte mit dem Kindeswohlgebot aus der UN-Kinderrechtskonvention kollidieren.

Zum anderen stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die (immer nur vermutete) »Missbräuchlichkeit« der Vaterschaftsanerkennung und die (vorgeburtlich gar nicht, nachgeburtlich nur mit dem erheblichen Aufwand eines DNA-Tests nachweisbare) leibliche Vaterschaft zueinander stehen sollen. Hierzu wird vertreten, dass die Urkundsperson noch vor dem Prüfen der Missbrauchstatbestände die Feststellung treffen muss, dass der die Vaterschaft anerkennende Mann nicht der leibliche Vater des Kindes ist.²² Da dies vorgeburtlich bei übereinstimmender Erklärung der Eltern, man gehe von einer Vaterschaft aus, nicht zu widerlegen sein dürfte, läuft möglicherweise die gesamte Regelung ins Leere.

²² Klaus Dienelt, Wenn Dilettanten Gesetze machen – Untaugliche Regelungen zur Bekämpfung von Scheinvaterschaften, Beitrag vom 14.8.2017 auf www.migrationsrecht.net (letzter Abruf am 30.8.2017).

3. Folgen für die Beratungspraxis

Es bleibt abzuwarten, welche Relevanz der Vorschrift in der Praxis wirklich zukommen wird. Festzuhalten bleibt, dass schon die Formulierung der Vorschrift zu einer restriktiven Anwendung führen kann. Aus der Praxis wird berichtet, dass es immer weniger Notariate gibt, die Vaterschaftsbeurkundungen durchführen wollen. Angesichts der Schwere des Eingriffs in das Familienleben und des Persönlichkeitsrechts insbesondere des Kindes wird man darauf bestehen müssen, dass die Regelung nur mit großer Zurückhaltung gehandhabt wird. Auch wegen der aufenthaltsrechtlich motivierten Diskriminierung der betroffenen Kinder ist zu hoffen, dass es zu einer Klärung von Grundsatzfragen durch das Bundesverfassungsgericht kommen wird. Sollte die Regelung hier Bestand haben, wird mindestens eine Konkretisierung der Verdachtsmomente für einen angeblichen »Missbrauch« über den bloßen Besitz einer Duldung oder die Herkunft aus einem »sicheren« Herkunftsland hinaus erforderlich sein.

Ein Anwendungsproblem könnte sich daraus ergeben, dass das weitere Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung allenfalls in Grundzügen geregelt ist. Festgelegt ist nur: Wenn die Urkundsperson aufgrund von Indizien zu der Annahme gelangt, dass »konkrete Anhaltspunkte« für einen »Missbrauch« bestehen, ist das Beurkundungsverfahren auszusetzen und die Ausländerbehörde einzuschalten. Die Ausländerbehörde erlässt dann, wenn sich der Verdacht aus ihrer Sicht erhärtet, einen feststellenden Verwaltungsakt oder stellt andernfalls das Verfahren ein²³ und teilt in beiden Fällen das Ergebnis der Urkundsperson mit.²⁴ Somit ist der Rechtsschutz gegen eine Entscheidung schwach ausgeprägt. Ein Anspruch auf Entscheidung innerhalb angemessener Fristen ist nicht geregelt. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Verfahren schlicht liegen bleiben, was die betroffenen Familien erheblich belasten dürfte.²⁵ Ein Rechtsmittel unmittelbar gegen die Nichtbeurkundung²⁶ wird regelmäßig erfolglos bleiben, solange die Ausländerbehörde noch prüft oder bereits eine negative Feststellungsentscheidung getroffen hat. Gegen die Feststellung dürfte je nach Landesrecht der Widerspruch oder die Anfechtungsklage zulässig sein. Auch hier kann es aber zu erheblicher Verfahrensdauer von mehreren Monaten oder im Extremfall sogar Jahren kommen.

²³ § 85a Abs. 1 S. 2, S. 3 AufenthG.

²⁴ § 85a Abs. 3 AufenthG.

²⁵ Die Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO scheint auf den ersten Blick nicht einschlägig, da das Verfahren bei der Ausländerbehörde weder durch einen Antrag noch durch einen Widerspruch des Betroffenen eingeleitet wird. Da der Rechtsgedanke des § 75 VwGO, unzumutbare Verfahrensverzögerungen seitens der Behörde zu vermeiden, aber übertragbar sein dürfte, wäre eine Untätigkeitsklage in Analogie zu § 75 VwGO zu erwägen.

²⁶ Gegenüber einem Notar die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO.

Diese verfahrenstechnischen Hürden fallen umso mehr ins Gewicht, als die Neuregelung gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Die vorübergehende oder dauerhafte Nichtbeurkundung der Vaterschaft greift in das Familienleben und das Persönlichkeitsrecht insbesondere des Kindes ein und berührt somit dessen Grundrechte nach Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG. Auch das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) dürfte tangiert sein, wenn einem Elternteil das Elternsein verweigert wird. Die Mahnung des Bundesverfassungsgerichts von 2013, ausländische oder binationale Paare nicht unter einen Generalverdacht zu stellen, wird missachtet, wenn grob typisierende Umstände wie der Besitz einer Duldung bereits für die Aussetzung der Beurkundung ausreichen sollen. Die Abweichung vom Grundkonzept des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach dem die rechtliche der biologischen Vaterschaft vorgeht, und die vorgeschriebene Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Falle der Herkunft von Vater oder Mutter aus einem »sicheren« Herkunftsland werfen Fragen der (Un-)Zulässigkeit von Diskriminierungen im Lichte von Art. 3 GG auf.²⁷

V. Änderungen bei den Vorschriften zu Abschiebungshaft und Ausreisegewahrsam

1. Abschiebungshaft bei »Gefährdern«

Nachdem der junge Tunesier Anis Amri am 19. Dezember 2016 einen gekaperten Lkw in die Menschenmenge auf dem Weihnachtsmarkt am Berliner Breitscheidplatz gesteuert und dabei zwölf Menschen getötet hatte, flammte die Debatte um eine Ausweitung der Abschiebungshaft neu auf. Sofort wurde die Forderung erhoben, man müsse die Möglichkeiten dafür ausweiten, »Gefährder« zur Verhinderung terroristischer Straftaten in Abschiebungshaft zu nehmen.

Das DurchsAusrPflG hat dieses Verlangen unter anderem mit der Einfügung einer neuen Nummer 5a in § 2 Abs. 14 AufenthG umgesetzt. Hiernach liegt ein Anhaltspunkt für die Annahme einer Fluchtgefahr vor, wenn von der betreffenden Person »eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter oder bedeutende Rechtsgüter der inneren Sicherheit« ausgeht. Damit werden die Fallgruppen, bei denen von »Fluchtgefahr« auszugehen sein soll und deshalb Abschiebungshaft gerichtlich angeordnet werden kann, um »Gefährder« erweitert. Ergänzend dazu schafft ein neuer § 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG die Möglichkeit, bei solchen als »Gefährder« eingestuften Personen die Sicherungshaft auch dann anzuordnen, wenn bereits feststeht,

²⁷ Trotzdem hält Sanders die neuen Regelungen zwar für »menschlich unschön«, aber noch nicht für verfassungswidrig; Anne Sanders, Vater werden wird nun schwer: Das neue »Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft«, FamRZ 2017, S. 1189, .

dass die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann.²⁸

Für die Praxis ist erst einmal anzumerken: Wird ein Haftantrag – auch – auf § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG gestützt, muss die Haftrichterin prüfen, ob von der betroffenen Person eine »erhebliche Gefahr« im Sinne der Nr. 5a ausgeht *und* diese Gefahr die Annahme rechtfertigt, dass sich die Person der Abschiebung entziehen wird, wenn sie nicht in Haft genommen wird. Dafür muss die einen Haftbeschluss beantragende Behörde das Vorliegen einer erheblichen Gefahr umfangreich belegen.

Aber auch dann wird vor allem für die Amtsgerichte die Aufgabe nicht einfacher. Denn es wird nirgendwo die »erhebliche Gefahr für bedeutende Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit« so definiert, dass das Vorliegen dieses Haftgrundes im konkreten Einzelfall rechtssicher feststellbar wäre. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum »Gefährder«-Begriff in § 58a AufenthG²⁹ hilft wegen der unterschiedlichen Formulierungen in den jeweiligen Bestimmungen nicht wirklich weiter.

Auf die Neuregelungen gestützte Haftbeschlüsse sind überdies grundsätzlich angreifbar, denn es bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Neuregelungen mit EU-Recht: Die Freiheitsentziehung stellt einen Eingriff in das durch Art. 6 der EU-Grundrechtecharta³⁰ geschützte Recht auf Freiheit dar. Zwar erlaubt das Unionsrecht die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen (also einer Person, die nicht Staatsangehörige eines EU-Staates ist) aus Gründen der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung, die jeweilige konkrete Maßnahme muss sich nach der Rechtsprechung des EuGH³¹ jedoch an einem strikten Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Ein Drittstaatsangehöriger darf somit auch bei Vorliegen einer Gefährdung der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung nur für den kürzest möglichen Zeitraum in Haft gehalten werden.

Diese Anforderungen werden durch die RückfRL konkretisiert, deren Vorgaben auch durch das geänderte deutsche Recht nicht eingehalten werden: Die bereits zitierte Regelung in § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG ist so vage gefasst, dass sie in keiner Weise den Anforderungen aus Art. 3 Nr. 7 RückfRL entspricht, wonach objektive und nachprüfbar Kriterien mit Einzelfallbezug für die Annahme einer Fluchtgefahr gesetzlich zu regeln sind.

Haft darf nach Art. 15 Abs. 4 i. V. m. Erwägungsgrund 16 RückfRL nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und jeweils nur für den kürzesten, unbedingt erforderlichen Zeitraum angeordnet werden. Eine schematische Haftanordnung bei »Gefährdern« über den Zeitraum von drei Monaten hinaus entspricht nicht diesen Anforderungen.

Auch die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht ist zweifelhaft:

Abschiebungshaft greift erheblich in das durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützte Jedermann-Grundrecht auf Freiheit der Person ein. Zu den grundlegenden rechtstaatlichen Prinzipien gehört, dass ein solcher Eingriff dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt unterliegt.³² Darüber hinaus unterliegt Abschiebungshaft – wie jeder Grundrechtseingriff – dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie muss somit zum Erreichen eines legitimen Zweckes geeignet und erforderlich sein und darf die betroffene Person nicht übermäßig belasten.³³ Als legitimer Zweck der Abschiebungshaft gilt nach allgemeiner Ansicht die Sicherung der Abschiebung in den Fällen, in denen Bemühungen der betroffenen Person, sich der Maßnahme zu entziehen, nicht durch einfachen Zwang überwunden werden können, sofern Haft als »ultima ratio« eingesetzt wird.³⁴

Aus der engen Gesetzes- und Zweckbindung der Haft ergibt sich, dass sie nicht für andere Zwecke als dem der Abschiebung verhängt werden darf. Somit ist sie etwa für strafrechtliche Ziele oder als »Unterbindungshaft« zur Verhinderung von Straftaten unzulässig:

»Die Anordnung von Sicherungshaft kommt von Gesetzes wegen nur in Betracht, wenn die Haft zur Sicherung der Abschiebung erforderlich ist. Sie darf keinesfalls als eine Art Ersatzfreiheitsstrafe dienen und ist auch nicht dazu bestimmt, die Tätigkeit der Ausländerbehörden zu erleichtern.«³⁵

Mit den beiden Neuregelungen verliert aber die Abschiebungshaft gerade ihren eigentlichen Charakter einer Maßnahme zur Sicherung der Abschiebung und mutiert zur »Ersatzfreiheitsstrafe« oder einer Art »Präventionshaft«. Dies ist mit den rechtstaatlichen Anforderungen an die Grundlagen für einen Freiheitsentzug nicht vereinbar.

²⁸ Außer bei »Gefährdern« gilt, dass Abschiebungshaft unzulässig ist, wenn feststeht, dass die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann (§ 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG).

²⁹ Siehe BVerwG, Beschluss vom 21.3.2017 – 1 VR 1.17 – asyl.net: M24854, Rn. 15–22; Beschluss vom 31.5.2017 – 1 VR 4.17, Rn. 15–23; BVerfG, Beschluss vom 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17 – asyl.net: M25275, Rn. 37–39; BVerwG, Urteile vom 22.8.2017 – 1 A 2.17 und 1 A 3.17 – noch nicht veröffentlicht, Pressemitteilungen verfügbar bei asyl.net.

³⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/02), abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte«.

³¹ Siehe etwa EuGH, Urteil vom 15.2.2016 – C-601/15 PPU (J.N.) – asyl.net: M23747, Asylmagazin 4–5/2016.

³² Art. 2 Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 1 GG.

³³ BVerfG in st. Rspr., vgl. BVerfGE 23, 127, 133 f; 48, 396, 402, 83, 1, 19; 107, 299; 109, 279, 335 ff.

³⁴ Siehe dazu Stephan *Beichel-Benedetti*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Abschiebungshaftverfahrens, in: Barwig u. a. (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht? Rechtskonflikte im Spiegel politischer und gesellschaftlicher Umbrüche in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2007, S. 190.

³⁵ Stephan *Beichel-Benedetti*, ebd., S. 190 f. m. w. N.; ebenso BVerfG, Beschluss vom 16.5.2007 – 2 BvR 2106/05 – asyl.net: M10495, Rn. 23.

2. Verlängerung des Ausreisegewahrsams

Durch eine Änderung des § 62b Abs. 1 Satz 1 AufenthG wurde die Höchstdauer eines Ausreisegewahrsams – d. h. einer besonderen Form der Abschiebungshaft, die im Transitbereich eines Flughafens oder in besonderen Einrichtungen zu vollziehen ist – von vier auf zehn Tage verlängert.

Gegen diesen Gewahrsam bestehen schon seit seiner Einführung 2015 erhebliche europarechtliche Bedenken. Durch die Verlängerung werden diese noch verstärkt. Diese Zweifel sollten gegen eine beantragte Gewahrsamsanordnung ins Feld geführt werden.

§ 62b AufenthG ordnet den »Ausreisegewahrsam« als Spezialfall der Freiheitsentziehung für einen Sonderfall der Fluchtgefahr an. Dass der Gewahrsam ausschließlich in Fällen von Fluchtgefahr zur Anwendung kommen soll, wird im Umkehrschluss aus § 62b Abs. 1 Satz 2 AufenthG deutlich, nach dem von seiner Anordnung zwingend abzusehen ist, wenn feststeht, dass die betroffene Person sich der Abschiebung nicht entziehen will. Die Entziehungsabsicht ist somit grundlegende ratio des § 62b AufenthG.

Europarechtlich ist die Abschiebungshaft bei Fluchtgefahr aber nur zulässig, wenn sie anhand durch das Gesetz definierter objektiver Kriterien festgestellt wird.³⁶ Die in § 2 Abs. 14 AufenthG enthaltenen Kriterien finden jedoch im Rahmen des § 62b AufenthG ausdrücklich keine Anwendung.³⁷

Die in § 62b Abs. 1 Satz 1 AufenthG niedergelegten eigenständigen Haftgründe sind ebenfalls nicht geeignet, Fluchtgefahr im Sinne des europäischen Rechts zu begründen.

Das gilt zunächst für das in § 62b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG geregelte Kriterium des selbstverschuldeten oder erheblichen Verstreichenlassens der Ausreisefrist. Dass eine Ausreisefrist, soweit sie denn gewährt wurde, verstrichen ist, ist bereits Voraussetzung einer jeden Abschiebung (vgl. § 58 Abs. 1 Satz 1 AufenthG). Hieran ändert sich nichts durch die Einschränkung auf Fälle, in denen die betroffene Person das Überschreiten der Ausreisefrist zu vertreten hat oder die Fristüberschreitung erheblich ist. Denn im umgekehrten Fall eines unverschuldeten oder unerheblichen Fristversäumnisses dürfte bereits die Abschiebung selbst aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ausscheiden. Auch mitsamt den Einschränkungen beschreibt § 62b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG somit lediglich die Voraussetzungen einer Abschiebung. Die Annahme einer Fluchtgefahr wird dadurch aber nicht begründet.

Auch in Verbindung mit Nr. 2 entsteht kein taugliches »objektives Kriterium« im Sinne des Europarechts für die Annahme von Fluchtgefahr. Ein »Verhalten«, das »erwarten lässt, dass« die betreffende Person »die Abschiebung erschweren oder vereiteln wird« – so der Gesetzestext –, muss nicht darin bestehen, dass sie sich der Abschiebung durch Untertauchen entzieht. So sind Abschiebungen auch schon am passiven oder aktiven Widerstand des Betroffenen gescheitert, was im Einzelfall vorwerfbar sein mag, in keinem Falle aber die Annahme einer Fluchtgefahr rechtfertigt. Vollends untauglich erscheint die Anknüpfung an vergangenes Verhalten (»indem«), bei dem der Betroffene »fortgesetzt seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten verletzt« oder »über seine Identität und Staatsangehörigkeit getäuscht« hat. Diese Verhaltensweisen werden im Augenblick der möglichen Anordnung des Gewahrsams stets abgeschlossen sein und nicht mehr nachwirken. Denn die Klärung von Identität und Staatsangehörigkeit ist regelmäßige Voraussetzung jeder Abschiebung. Auch ein Erfahrungssatz, dass eine mangelnde Erfüllung von Mitwirkungspflichten stets ein erhöhtes Risiko des Untertauchens mit sich bringe, besteht jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht.

Die in § 62b Abs. 1 Satz 1 AufenthG niedergelegten Kriterien erlauben daher nicht den eindeutigen Schluss auf das Bestehen einer Fluchtgefahr, den das europäische Recht fordert.

Alle diese europarechtlichen Bedenken werden durch die Verlängerung des Ausreisegewahrsams auf zehn Tage nicht beseitigt, sondern eher verstärkt. Soweit in der Begründung behauptet wird, die bisherige Höchstdauer von vier Tagen habe sich in der Praxis als zu kurz erwiesen, fehlt es an einer belastbaren empirischen Grundlage. Abschiebungsgewahrsam wird derzeit nur in den Bundesländern Hamburg und Niedersachsen durchgeführt. In Hamburg wurden im vierten Quartal 2016 insgesamt sieben Menschen in Ausreisegewahrsam genommen; im Januar 2017 war es eine einzige Person.³⁸ Von einer »Praxis«, aus der bereits Erkenntnisse hätten gewonnen werden können, kann somit keine Rede sein.

VI. Ergebnis

Die hier besprochenen Rechtsänderungen sind nicht zuletzt deswegen problematisch, weil sie zum Teil mit Europa- oder Verfassungsrecht entweder gar nicht oder nur schwer in Einklang zu bringen sind:

³⁶ Art. 2 Bst. n VO (EG) Nr. 604/2013 (»Dublin-III-Verordnung«), abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte/Asylrecht«; Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Nr. 7 RückfRL.

³⁷ Nach § 62b Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AufenthG findet § 62 Abs. 3 AufenthG im Rahmen des Ausreisegewahrsams keine Anwendung. Das gilt auch für § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AufenthG, der auf die Kriterien der Fluchtgefahr in § 2 Abs. 14 AufenthG Bezug nimmt.

³⁸ Siehe die Antworten auf Kleine Anfragen in der Hamburgischen Bürgerschaft auf <https://kleineanfragen.de/hamburg/21/7828-fluechtlingsmonitoring-wie-ist-die-situation-ende-januar-2017> und <https://kleineanfragen.de/hamburg/21/7671-abschiebungen-von-gefluechteten-aus-hamburg-im-4-quartal-2016>.

- Die verlängerte Pflicht zum Aufenthalt in einer Erstaufnahmeeinrichtung kollidiert spätestens dann, wenn sie bereits neun Monate andauert und das BAMF noch nicht über den Asylantrag entschieden hat, wegen des damit einhergehenden Arbeitsverbots mit dem Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt nach Art. 15 Abs. 1 AufnRL. Dieser Konflikt lässt sich nur lösen, wenn man § 49 Abs. 2 AsylG heranzieht und den Aufenthalt in der Erstaufnahmeeinrichtung wegen des Vorliegens eines zwingenden Grundes beendet.
- Die Erweiterung der »Residenzpflicht« für Menschen mit Duldungen durch den neuen § 61 Abs. 1c Satz 2 AufenthG wird mindestens dann problematisch, wenn die entsprechende Auflage oder Nebenbestimmung zur Duldung nicht mit einer konkreten Fluchtgefahr begründet wird. Dann wird Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 7 Abs. 3 RückfRL verletzt.
- Die verweigerte Beurkundung der Vaterschaft greift in das Familienleben und das Persönlichkeitsrecht insbesondere des Kindes ein und berührt somit dessen Grundrechte nach Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG. Daraus kann insbesondere dann eine Grundrechtsverletzung werden, wenn grob typisierende Umstände wie der Besitz einer Duldung bereits für die Aussetzung der Beurkundung ausreichen sollen. Ähnliches dürfte für das elterliche Recht auf Pflege und Erziehung des eigenen Kindes gelten (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Wenn darüber hinaus die Maßnahme an die Staatsangehörigkeit eines »sicheren Herkunftsstaates« anknüpft, dürfte sie eine nach Art. 3 GG unzulässige Diskriminierung darstellen.
- Die Regelung über die erweiterte Abschiebungshaft bei »Gefährdern« in § 2 Abs. 14 Nr. 5a AufenthG ist so vage gefasst, dass sie in keiner Weise den Anforderungen aus Art. 3 Nr. 7 RückfRL an gesetzlich geregelte, objektive und nachprüfbare Kriterien mit Einzelfallbezug für die Annahme einer Fluchtgefahr entspricht. Hinzu kommen verfassungsrechtliche Bedenken, wenn die Haft nicht die Abschiebung sichern soll, sondern zu einer Art »Präventionshaft« wird.
- Die verlängerte Dauer des Ausreisegewahrsams verstärkt die Zweifel an der grundsätzlichen Vereinbarkeit dieser Form einer Freiheitsentziehung ebenfalls mit den Anforderungen aus Art. 3 Nr. 7 RückfRL.

Die Konsequenz ist bitter: Wieder einmal wird es auf die Gerichte ankommen, massive Fehler des Gesetzgebers zu korrigieren. Das wird die gegenwärtige Überlastung vor allem der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht beenden, im Gegenteil. Und für die Beratungsstellen und Anwältinnen, deren Tätigkeit ohnehin nicht einfach ist, wird die Arbeit noch ein Stück schwieriger.

Unsere Angebote

ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylnmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylnmagazin erscheint neunmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter www.asyl.net und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe
E-Mail: bestellservice@ariadne.de
Internet: <http://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/>

www.asyl.net Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

familie.asyl.net Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen.

adressen.asyl.net Bundesweite Datenbank mit Beratungsangeboten.

www.fluechtlingshelfer.info Die Internetseite mit Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen: Arbeitshilfen, Projekte, Links und Adressen.

www.ecoi.net Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

Dokumenten- und Broschürenversand Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei www.asyl.net mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).

