

## Abschiebungsanordnung gegen Gefährder

stud. iur. Paul Bonas

BVerwG 1 A 3.19

§ 58a AufenthG

### **Sachverhalt (gekürzt und leicht abgewandelt)**

Der Kläger K wurde in Deutschland als drittes Kind türkischer Eltern geboren und besitzt wie diese die türkische Staatsbürgerschaft. Seit 2006 besitzt er einen unbefristeten Aufenthaltstitel in Form einer Niederlassungserlaubnis. Die Schule verließ K ohne Abschluss, einer geregelten Erwerbstätigkeit ist er nie nachgegangen.

Vom Sommer 2014 bis zum Winter 2019 wurde der Kläger aufgrund verschiedenster Delikte verurteilt, unter anderem wegen Körperverletzung in drei Fällen und wegen versuchter Nötigung in Tateinheit mit Bedrohung und einem Verstoß gegen das Waffengesetz. Außerdem verkehrt er in radikal-islamistischen Kreisen.

Nach Anhörung des K verfügte das Niedersächsische Ministerium für Inneres schriftlich und begründet am 05.04.2019 die Abschiebung des K in die Türkei. Es stützte sich hierbei auf § 58a Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Etwaige Abschiebungsverbote lägen nicht vor. Es seien tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden, welche die Prognose rechtfertigten, dass von K eine besondere Gefahr für die Sicherheit der BRD und eine terroristische Gefahr nach § 58a AufenthG ausginge. Er habe nicht nur eine radikal-religiöse Einstellung, sondern sympathisiere mit dem IS und dessen Märtyreriologie. Zwar wäre noch kein konkreter Tatplan des K bekannt, es gehe jedoch ein zeitlich und sachlich beachtliches Risiko von ihm aus. Ferner sei K auch in der Lage sich beispielsweise Schießfeuerwaffen zu beschaffen, um seine militante Auslegung des Islams durchzusetzen. Hinzu komme seine offensichtliche Gewaltbereitschaft, seine Suche nach Anerkennung und eine Drogenabhängigkeit.

Am 12.04.2019 hat K gegen die Abschiebungsanordnung Klage beim BVerwG erhoben und zugleich einen Antrag auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt. Er habe durch vom Islam inspirierte Motive und Aussagen die Anerkennung bestimmter Personen gesucht und hieraus resultierend die falschen „Freunde“ gefunden. Von ihm gehe keine Gefahr aus. Außerdem sei § 58a AufenthG verfassungswidrig. Die Norm sei erst durch einen Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses zustande gekommen und sodann verabschiedet worden. Zwar habe es in dem Gesetzgebungsverfahren im Innenausschuss einen Antrag der C-Fraktion gegeben, eine Norm zu statuieren, welche die Abschiebung von Ausländern bei Terrorismusverdacht ermöglicht hätte, dieser sei jedoch abgeschmettert worden. Ein bloßer Einigungsvorschlag könne doch wohl nicht für das formell rechtmäßige Zustandekommen einer Norm ausreichen.

Das BVerwG ordnete am 25.06.2019 die aufschiebende Wirkung der Klage an. Nach gebotener summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage bestünden zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebungsanordnung. Im Hauptsacheverfahren macht die Beklagte geltend, dass sich der Kontakt des Klägers in die salafistische Szene in der Zwischenzeit noch weiter intensiviert habe. Er ließe sich verschiedene islamische Riten erklären und nehme regelmäßig an Gebeten teil. Nichtsdestotrotz suche der K aber auch Kontakte im Drogen- sowie im Rockermilieu. Infolge regelmäßigen Drogenkonsums sei eine immer geringer werdende Hemmschwelle gegenüber dem Einsatz von Gewalt festzustellen. Ein Risikoanalysebericht des BKA komme zu der Bewertung, dass K auch in Zukunft Gewaltstraftaten begehen werde. Es sei davon auszugehen, dass ein Opfer schwere Schäden davontragen oder sogar sein Leben verlieren könnte. Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat sei jedoch unwahrscheinlich.

**Wie wird das BVerwG über die Klage entscheiden?**

**Bearbeitervermerk:** Auf Unionsrecht bzw. die EMRK ist nicht einzugehen. Eine Grundrechtsprüfung ist nicht vorzunehmen. Auf den Auszug aus dem AufenthG wird hingewiesen.

### § 2 AufenthG - Begriffsbestimmungen

(1) Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes ist.

[...]

### § 58a AufenthG - Abschiebungsanordnung

(1) Die oberste Landesbehörde kann gegen einen Ausländer auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ohne vorhergehende Ausweisung eine Abschiebungsanordnung erlassen. Die Abschiebungsanordnung ist sofort vollziehbar; einer Abschiebungsandrohung bedarf es nicht.

(2) Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat kann die Übernahme der Zuständigkeit erklären, wenn ein besonderes Interesse des Bundes besteht. Die oberste Landesbehörde ist hierüber zu unterrichten. Abschiebungsanordnungen des Bundes werden von der Bundespolizei vollzogen.

(3) Eine Abschiebungsanordnung darf nicht vollzogen werden, wenn die Voraussetzungen für ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 1 bis 8 gegeben sind. § 59 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. Die Prüfung obliegt der über die Abschiebungsanordnung entscheidenden Behörde, die nicht an hierzu getroffene Feststellungen aus anderen Verfahren gebunden ist.

(4) Dem Ausländer ist nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung unverzüglich Gelegenheit zu geben, mit einem Rechtsbeistand seiner Wahl Verbindung aufzunehmen, es sei denn, er hat sich zuvor anwaltlichen Beistands versichert; er ist hierauf, auf die Rechtsfolgen der Abschiebungsanordnung und die gegebenen Rechtsbehelfe hinzuweisen. Ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung ist innerhalb von sieben Tagen nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung zu stellen. Die Abschiebung darf bis zum Ablauf der Frist nach Satz 2 und im Falle der rechtzeitigen Antragstellung bis zur Entscheidung des Gerichts über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nicht vollzogen werden.

## EINORDNUNG

Seit nunmehr knapp 20 Jahren gilt dem islamistischen Terror die Aufmerksamkeit der breiten Öffentlichkeit. Das Attentat auf das World Trade Center vom 11.09.2001 gilt als eines der relevantesten Ereignisse für die globale Sicherheitspolitik der jüngeren Geschichte.<sup>1</sup> Dies schlug sich zwangsläufig auch in den Kodifikationen verschiedener Länder vor allem in der westlichen Welt nieder. In der früheren Anwendungspraxis hatte sich gezeigt, dass die Abschiebung von Ausländern mit Schwierigkeiten verbunden war, die bei besonderen Gefahrenlagen mit Blick auf die öf-

fentliche Sicherheit einem effektiven Verfahren entgegensetzten.<sup>2</sup> 2005 wurde der § 58a AufenthG vom Bundestag verabschiedet. Die Norm ermöglicht eine Abschiebung im Schnelldurchlauf. Anstelle der Ausländerbehörden sind die obersten Landes- und Bundesbehörden befugt, die Anordnung zu erlassen. Eine vorangehende Ausweisung und Abschiebungsandrohung müsse nicht ergehen. Hinzu tritt eine auf sieben Tage verkürzte Rechtsschutzfrist, § 58a Abs. 4 AufenthG, und eine erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG nach § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO. Zu einer häufigen Anwendung in der behördlichen Praxis kam es jedoch nicht.<sup>3</sup> Dies sollte sich mit dem Attentat auf dem Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 ändern. Die nachfol-

<sup>1</sup> <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/68721/9-11-und-die-folgen-10-09-2012> (Abruf v. 13.08.2020).

<sup>2</sup> Dollinger in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht Kommentar, 13. Aufl. 2020, § 58a.01.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu bspw. BT – Drucks. 17/6901 S.13.

gende Entscheidungsbesprechung soll die Besonderheiten des „schärfsten Schwertes“ unseres Ausweisungsrechts beleuchten. Insbesondere sollen die Unterschiede zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht durch die deutliche Vorverlagerung der Gefahrenabwehr herausgearbeitet werden.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

Ein im Innenausschuss gestellter Antrag kann – auch wenn er zunächst keinen Erfolg hatte – für einen später verabschiedeten Kompromissvorschlag des Vermittlungsausschusses die geforderte Zurechnung zur Debatte im Bundestag begründen, insoweit er zuvor hinreichend konkretisiert wurde.

Die Tatbestandsmerkmale des § 58a AufenthG genügen dem Bestimmtheitserfordernis aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Eine Gefahr im Sinne des § 58a AufenthG kann auch dann vorliegen, wenn der Ausländer zwar nicht selbst ideologisch radikalisiert ist, er sich jedoch von Dritten im Wissen um deren ideologische Zwecke für entsprechende Gewalttaten instrumentalisiert lässt.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### II. Statthafte Klageart

#### III. Klagebefugnis

#### IV. Vorverfahren

#### V. Klagegegner

#### VI. Zuständiges Gericht

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

#### VIII. Klagefrist

#### IX. Zwischenergebnis

#### B. Begründetheit

#### I. Rechtswidrigkeit

#### 1. Rechtsgrundlage

#### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG

#### aa) Gesetzgebungskompetenz

#### **bb) Gesetzgebungsverfahren**

#### cc) Gesetzgebungsform

#### dd) Zwischenergebnis

#### b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG

#### c) Zwischenergebnis

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

#### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

#### a) Tatbestand

#### aa) Ausländer

#### **bb) Besondere Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland/Terroristische Gefahr**

#### **cc) Auf Tatsachen gestützte Prognose**

#### b) Zwischenergebnis

#### II. Rechtsverletzung

#### C. Gesamtergebnis

### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt sein.

Hinweis: Dass die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen, wird schon aus dem Sachverhalt ersichtlich. Das BVerwG gibt dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statt. Die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist ein direkt auf die Anfechtungsklage – oder den Widerspruch – bezogenes Mittel. Es greift die Faustformel, dass zumindest auch die Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage in der Hauptsache vorliegen müssen, um ebendiese auch bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu bejahen. Zu Ausbildungszwecken erfolgt an dieser Stelle nichtsdestotrotz eine Darstellung der Sachentscheidungs Voraussetzungen des Hauptsacheverfahrens.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsmäßiger Art handeln. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt zumindest dann vor, wenn die streitentscheidende Norm einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.<sup>4</sup> § 58a AufenthG als streitentscheidende Norm berechtigt einen Träger öffentlicher Gewalt zu einem Handeln. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Art. Ferner streiten K und das Nds. Ministerium für Inneres nicht als beiderseitig am Verfassungsleben beteiligte Parteien über unmittelbares Verfas-

<sup>4</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 17.

sungsrecht, sodass mangels doppelter Verfassungsunterschiedlichkeit<sup>5</sup> eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsgerichtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. Die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG<sup>6</sup>, der den K belastet. K begehrt die Aufhebung des belastenden Verwaltungsaktes, sodass die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart ist.

## III. Klagebefugnis

Gem. § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. K ist unmittelbarer Adressat einer Abschiebungsanordnung. Diese Anordnung ist ein Verwaltungsakt, der sich für den K als subjektiv belastend darstellt. Nach dem Adressatengedanken erscheint es zumindest möglich, dass in das Recht des K auf Freiheit von gesetzwidrigem Zwang aus Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen wird.<sup>7</sup> K ist klagebefugt.

## IV. Vorverfahren

Vor Erhebung der Anfechtungsklage ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich ein Vorverfahren durchzuführen. Gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i. V. m. § 80 Abs. 1 NJG ist ein Vorverfahren jedoch entbehrlich.

§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO bestimmt, dass ein Vorverfahren entbehrlich ist, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt. Die Anordnung wurde von dem Nds. Ministerium für Inneres als oberste Landesbehörde erlassen. Die Nachprüfung wird nicht durch ein Gesetz vorgeschrieben. Die Durchführung eines Vorverfahrens ist entbehrlich.

## V. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m.

§ 79 Abs. 2 NJG das Nds. Ministerium für Inneres.

## VI. Zuständiges Gericht

K müsste sich mit dem BVerwG an das zuständige Gericht gewandt haben. Nach § 45 VwGO entscheidet das VerwG im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Über Streitigkeiten nach § 58a AufenthG entscheidet gem. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO jedoch das BVerwG im ersten und letzten Rechtszug, sodass K das zuständige Gericht angerufen hat.

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit des K ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Er muss sich jedoch nach § 67 Abs. 4 S. 1, 3 VwGO durch einen in § 67 Abs. 2 VwGO aufgeführten Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Das Nds. Ministerium für Inneres ist gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 1 NJG beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit folgt aus § 62 Abs. 3 VwGO.

## VIII. Klagefrist

Die Klagefrist in § 74 VwGO wurde eingehalten.

## IX. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind gegeben.

## B. Begründetheit

Die Klage des K ist begründet, soweit die Abschiebungsanordnung des Ministeriums rechtswidrig und K hierdurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

## I. Rechtswidrigkeit

Die Abschiebungsanordnung müsste rechtswidrig sein. Sie ist rechtmäßig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

### 1. Rechtsgrundlage

Es müsste eine Rechtsgrundlage vorliegen, die das Ministerium zum Handeln berechtigen würde. Dies folgt aus dem Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>8</sup> Rechtsgrundlage ist § 58a AufenthG. Nunmehr ist problematisch, ob die gewählte Rechtsgrundlage nicht eventuell verfassungswidrig ist.

<sup>5</sup> Württemberg/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 213.

<sup>6</sup> Auf die Verweisnorm des NVwVfG wird im Folgenden verzichtet.

<sup>7</sup> Vgl. zum Adressatengedanken BVerwG NJW 1988, 2752 (2753); Schmidt-Kötters in: BeckOK Verwaltungsgerichtsordnung, 53. Edition, Stand: 01.10.2019, § 42 Rn. 173.

<sup>8</sup> Huster/Rux in: BeckOK Grundgesetz, 43. Edition, Stand 15.05.2020, Art. 20 Rn. 172ff.; Sachs in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 113.

**a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG**  
§ 58a AufenthG müsste formell verfassungsgemäß sein.

**aa) Gesetzgebungskompetenz**

Der Bund müsste die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der Norm innehaben. Die Norm regelt das Aufenthaltsrecht von Ausländern und ist somit gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Gem. Art. 72 Abs. 1 GG haben im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Nach Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund auf dem Gebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG nur das Gesetzgebungsrecht, wenn dies u.a. die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse durch eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Ohne eine bundesrechtlich einheitliche Maßnahme könnte es zu einem länderinternen verfassungsrechtlich bedenklichen „Wettlauf“ mit dem Ziel einer möglichst geringen Hürde für die Gefährderabschiebung kommen, um potenzielle Gefährder möglichst frühzeitig abzuschrecken.<sup>9</sup> Ferner wäre eine Verletzung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland auch länderübergreifend möglich, sodass nur eine gleichgeschaltete Maßnahme für eine effektive Gefahrenabwehr sinnvoll erscheint. Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz verfassungsgemäß ausgeübt.<sup>10</sup>

**bb) Gesetzgebungsverfahren**

Fraglich ist, ob das Gesetzgebungsverfahren eingehalten wurde. Problematisch könnte erscheinen, dass die Norm als solche erst durch einen vom Bundesrat nach Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG einberufenen Vermittlungsausschuss statuiert wurde.<sup>11</sup> Aus Art. 76 GG folgt im Umkehrschluss, dass der Vermittlungsausschuss als solcher kein Initiativrecht hat. Er gibt vielmehr Vorschläge für eine Kompromissfindung unter den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten widerstreitenden Parteien ab.<sup>12</sup> Ein Vermittlungsvorschlag muss indessen zu jeder Zeit der im Bundestag geführten Debatte zurechenbar sein.<sup>13</sup> Dies folgt schon aus der Tatsache, dass sich der Vermittlungsausschuss unter Ausschluss

der Öffentlichkeit berät und über das Vermittlungsergebnis nur ein positiver oder negativer Beschluss in Bundestag und -rat gefasst wird, es aber nicht mehr zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem vermittelnden Ergebnis kommt.<sup>14</sup> Ohne eine Kopplung der Beratungsreichweite des Ausschusses an die öffentliche Debatte käme es demzufolge zwangsläufig zu einer verfassungswidrigen Verkürzung des freien Mandats der Abgeordneten.<sup>15</sup> Als aufkommendes Folgeproblem erscheint fraglich, welche Konkretisierung die in der parlamentarischen Erörterung aufgekommenen Regelungsbestände erfahren müssten, um Eingang in den dem Vermittlungsausschuss verfassungsrechtlich gesteckten Rahmen zu finden. Das BVerfG führt hierzu aus, dass Regelungen zumindest in einer derartigen Form erkennbar gewesen sein müssen, als dass ihre sachliche Tragweite bei einer umfassenden Gesamtbetrachtung deutlich werde.<sup>16</sup> Vorliegend ist erkennbar, dass die Möglichkeit einer Ausweisung eines Ausländers bei Terrorismusverdacht durch einen Antrag der C-Fraktion zumindest durch diese Fraktion angedacht wurde. Dies öffnete mithin ein Einfallstor für die parlamentarische Auseinandersetzung mit diesem Gesichtspunkt. Die klare Formulierung des Antrags führt zu einer deutlichen Erkennbarkeit seiner sachlichen Tragweite. Der Vermittlungsausschuss hat sich kein Initiativrecht angemäht.

**cc) Gesetzgebungsform**

Es ist davon auszugehen, dass das Gesetz ordnungsgemäß verkündet und gegengezeichnet wurde, vgl. Art. 82 Abs. 1. GG, Art. 58 S. 1 GG.

**dd) Zwischenergebnis**

§ 58a AufenthG ist formell verfassungsgemäß.

**b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG**

Der § 58a AufenthG müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Fraglich erscheint, ob die Norm den Ansprüchen des allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art. 20 Abs. 3 GG genügt.<sup>17</sup> Der Bestimmtheitsgrundsatz geht aus dem Rechtsstaatsprinzip hervor und verlangt, dass Tatbestände in der Form

<sup>9</sup> Goldmann/Hinzen, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht und Aufenthaltsrecht – Gefahr erkannt, Gefährder verbannt?, JuS 2019, 636 (638).

<sup>10</sup> Kritisch hierzu Erbslöh, Bestenfalls überflüssig – Überlegungen zur Abschiebungsanordnung (§ 58a AufenthG), NVwZ 2007, 155 (157).

<sup>11</sup> BVerwGE 158, 225 (228).

<sup>12</sup> BVerfGE 125, 104 (122).

<sup>13</sup> BVerfGE 125, 104 (122).

<sup>14</sup> Masing/Risse in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rn. 67.

<sup>15</sup> BVerfGE 120, 56 (75).

<sup>16</sup> BVerfGE ZAR 2017, 379 (381).

<sup>17</sup> BVerfGE 56, 1 (12).



konkretisierbar sind, als dass sie von einem allgemeinverständigen Rechtsanwender durch anerkannte juristische Methodik auslegungsfähig sind.<sup>18</sup> Rechtsvorschriften sind jedoch nur so bestimmt zu verfassen, wie dies nach Eigenart der typischerweise erfassten Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.<sup>19</sup> Die Begrifflichkeiten der „besonderen“ sowie der „terroristischen“ Gefahr sind in jedem Fall weiter zu konkretisierende Tatbestände.<sup>20</sup> Von möglichen Normadressaten kann jedoch bei lebensnaher Auslegung von einer nähergehenden Vorstellung bezüglich eines Eintritts des Tatbestandes ausgegangen werden und auch der Rechtsanwender kann durch Auslegung zu einer angemessenen Subsumtion kommen. § 58a AufenthG ist materiell verfassungsgemäß.

### c) Zwischenergebnis

§ 58a AufenthG ist eine verfassungsgemäße Norm und somit eine taugliche Rechtsgrundlage.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Nds. Ministerium für Inneres ist oberste Landesbehörde i.S.d. § 58a Abs. 1 S. 1 AufenthG, sodass sie zuständig für die Abschiebungsanordnung ist. Verfahrens- und Formvorschriften in den § 28 Abs. 1 VwVfG<sup>21</sup> sowie § 77 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG wurden ebenso gewahrt. Die Anordnung ist formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verfügung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen und überdies eine von ihr vorgesehene Rechtsfolge getroffen wurde.

### a) Tatbestand

Der Tatbestand müsste vorliegen.

#### aa) Ausländer

K ist türkischer Staatsangehöriger und somit Ausländer

nach § 2 Abs. 1 AufenthG.

### bb) Besondere Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland/Terroristische Gefahr

Vorerst müssen die der Prognoseentscheidung zugänglichen Tatbestandsvarianten genauer konkretisiert werden. Fraglich erscheint zunächst, in welchem Zusammenhang der Gefahrenbegriff des § 58a Abs. 1 Alt. 1 AufenthG mit der Gefahrbegriffsdogmatik des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts steht. Insbesondere eine Anknüpfung an eine „konkrete Gefahr“ könnte möglich sein. Eine konkrete Gefahr würde vorliegen, wenn bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit eine Verletzung des geschützten Rechtsguts ersichtlich ist.<sup>22</sup> Eine solche Anknüpfung könnte jedoch gegen Sinn und Zweck des § 58a AufenthG sprechen. Sinn der Norm ist gerade auch eine Absenkung des traditionellen Gefährmaßstabs.<sup>23</sup> Die engeren Voraussetzungen der Annahme einer konkreten Gefahr sollen im Hinblick auf die Bestimmung einer Gefahrenlage bei einer Vorfeldmaßnahme – also auch bei § 58a AufenthG – eine weitere Ausdehnung erfahren<sup>24</sup>, um der Bedrohung durch den Terrorismus in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen.<sup>25</sup> Diese zeichne sich durch die allseits gegebene Möglichkeit aus, einen Anschlag ohne großen Organisationsaufwand und Planung mit allgemein zugänglichen Mitteln jederzeit verwirklichen zu können.<sup>26</sup> Die besondere Gefahr i.S.d. § 58a AufenthG bezieht sich dementsprechend auf die Dimension des gefährdeten Rechtsguts und nicht auf das zeitlich unmittelbare Bestehen eines Schadens.<sup>27</sup> Auch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland lässt sich nicht unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit des allgemeinen Polizeirechts subsumieren, sondern ist enger zu fassen.<sup>28</sup> Betroffen sind vielmehr die innere und äußere Sicherheit, wobei die innere Schutzrichtung das Bestehen und die Funktionsfähigkeit des Staates sowie seiner Stellen umfasst.<sup>29</sup> Die Ansätze zur Definition einer „terroristischen“ Gefahr sind vielfältig.

<sup>18</sup> Michl, Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, 507 (508).

<sup>19</sup> BVerfGE 49, 168 (191); Michl (Fn. 18), JuS 2020, 507 (508).

<sup>20</sup> Vgl. II.1.a).bb).

<sup>21</sup> Diskutiert wird, ob eine Anhörung nach den Grundsätzen des § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG a priori entbehrlich wäre; kritisch hierzu u. a. Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 51.

<sup>22</sup> BVerfGE 115, 320 (364); Wehr, Bundespolizeigesetz Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 21.

<sup>23</sup> Berlit, Umgang mit Gefährdungen im Aufenthaltsrecht – Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Abschiebungsanordnungen, ZAR 2018, 89 (93).

<sup>24</sup> So auch BVerfGE 141, 220 (272); diskutiert wird, ob das BVerfG somit eine neue „Gefahrenkategorie“ geschaffen hat, vgl. hierzu mit Bezug auf das BayPAG: Weinrich, Die Novellierung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, NVwZ 2018, 1680 (1682).

<sup>25</sup> Berlit (Fn. 25), ZAR 2018, 89 (93); Kluth in: BeckOK Ausländerrecht, 25. Edition, Stand: 01.03.2020, § 85a Rn. 7a.

<sup>26</sup> Berlit (Fn. 25), ZAR 2018, 89 (93).

<sup>27</sup> Dollinger, in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 28.

<sup>28</sup> Goldmann et al. (Fn. 11), JuS 2019, 636 (640); dasselbe gilt für den § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 AufenthG.

<sup>29</sup> Goldmann et al. (Fn. 11), JuS 2019, 636 (640).

Auch das Terrorismusbekämpfungsgesetz selbst verfügt über keine selbständige Definition des Terrorismusbegriffs. Es handelt sich wohl jedoch dann um eine völkerrechtlich zu verurteilende Verfolgung politischer sowie ideologischer Ziele mit terroristischen Mitteln, wenn diese Ziele unter dem Einsatz gemeingefährlicher Waffen oder durch Attacken auf das Leben Unbeteiligter verfolgt werden.<sup>30</sup> Die besondere Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik und die terroristische Gefahr werden aufgrund der gleichen Eingriffsvoraussetzungen auch regelmäßig dieselbe Gefahrendimension erreichen.<sup>31</sup>

### cc) Auf Tatsachen gestützte Prognose

§ 58a AufenthG verlangt zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr eine sachdienliche Prognose. Wie bei jeder Prognose bedarf es auch im Falle des § 58a AufenthG einer hinreichenden Tatsachengrundlage. Der Hinweis hierauf im Tatbestand selbst dient vielmehr der zusätzlichen Klarstellung, dass ein bloßer Verdacht oder etwa Spekulationen nicht ausreichen können.<sup>32</sup> Eine hinreichende Gefahrenprognose liegt zumindest dann vor, wenn auf Grund der ermittelten Tatsachen ein beachtliches Risiko der Gefahrenrealisierung besteht, dem ohne die scharfen Maßnahmen des § 58a AufenthG nicht mehr abgeholfen werden kann.<sup>33</sup> Dieses beachtliche Risiko muss sich nach einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Ausländers, seines Verhaltens und seiner Einstellungen ergeben. Der Ausländer ist in dieser Prognosephase als ein „Gefährder“ zu betrachten, also noch kein Störer oder Täter.<sup>34</sup>

Fraglich erscheint schon, ob ausreichende Tatsachen für die Annahme einer Gefahr i.S.d. Norm vorliegen. Der Kläger hat ausweislich seiner vorangegangenen Straftaten einen Hang zu Waffen und ist ferner in der Lage, sich diese jederzeit zu beschaffen. Des Weiteren ergeben sich aus den Verurteilungen wegen Gewaltdelikten tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass K gewaltbereit ist und eine entsprechend niedrige Hemmschwelle bezüglich des Einsatzes von Gewalt aufweist. Seine Persönlichkeit ist geprägt durch eine mangelnde berufliche und gesellschaftliche Integration. Die Kontaktsuche und -aufnahme in den ver-

schiedenen gesellschaftlichen Kreisen sprechen weiterhin für ein großes Anerkennungsbedürfnis.

Zwar ergibt sich nach wertender Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des K das Bild eines gewaltbereiten und unberechenbaren Menschen. Problematisch erscheint jedoch, ob dies hinreichend die Prognose einer beachtlichen Eintrittswahrscheinlichkeit einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr stützt. Es wird nicht ersichtlich, dass der K sich tiefergehend mit einer salafistischen Auslegung des Islam auseinandergesetzt, geschweige denn diese verinnerlicht hat. Ein intensiviertes Interesse an religiösen Riten und die Teilnahme an Gebeten kann allein nicht zu diesem Schluss führen. Gegen eine religiöse Ideologisierung spricht ferner der Konsum von Betäubungsmitteln und der Kontakt in das Drogen- und Rockermilieu. Um der radikal-islamistischen Szene anzugehören, müsste K seine individuellen Bedürfnisse einem Gruppenwillen unterordnen und sich dauerhaft in hierarchischen Strukturverhältnissen zurechtfinden. Ausweislich seiner verschiedenen Szeneeinbindungen und seines Strebens nach Anerkennung liegt auch für diese Veränderung der Persönlichkeitsstruktur des K keine ausreichende Tatsachengrundlage vor. Hierfür spricht auch der Risikoanalysebericht des BKA. Laut diesem sei eine schwere staatsgefährdende Tat des K unwahrscheinlich.

Die ideologische Prägung der drohenden Gewaltanwendung müsste jedoch nicht notwendigerweise in der subjektiven Anschauung des K begründet liegen. Eine Gefahr i.S.d. § 58a AufenthG könnte auch dann vorliegen, wenn der Ausländer sich von Dritten im Wissen um deren Beweggründe für Gewalthandlungen instrumentalisieren lässt.<sup>35</sup> Die niedrige Hemmschwelle gegenüber dem Einsatz von Gewalt und das Bedürfnis Anerkennung zu bekommen, könnten zu einer möglichen Instrumentalisierung des K führen. Doch K wurde auch nach längerem Kontakt in die jihadistische Szene nicht erkennbar isoliert oder radikalisiert. Auch aus seiner Drogenabhängigkeit ergibt sich nichts anderes. Diese begründet zwar eine gewisse Unkalkulierbarkeit seines Verhaltens, jedoch kann sie nicht das Hinzutreten einer politischen oder ideologisch-religiösen

<sup>30</sup> BVerwGE 158, 225 (234); Masuch/Gordzielik in: Huber, Aufenthaltsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 58a Rn. 8.

<sup>31</sup> Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 28; so auch Fn. 15.

<sup>32</sup> BVerwGE 158, 225 (236); BVerwG NVwZ-RR 2019, 971 (972).

<sup>33</sup> BVerwGE, 159, 296 (304); Masuch et al. in: Huber, Aufenthaltsgesetz Kommentar (Fn. 32), § 58a Rn. 9.

<sup>34</sup> Dollinger in: Bergmann et al., Ausländerrecht Kommentar (Fn. 2), § 58a Rn. 35; vgl. für diese umfassenden Maßnahmen gegen „Gefährder“ auch wieder das Telos des § 58a AufenthG.

<sup>35</sup> BVerwG BeckRS 2020, 7074 als Ausweitung der bisherigen Rspr. des BVerwG zum § 58a.

Radikalisierung als Voraussetzung für die Abschiebungsanordnung ersetzen. Wiederum gilt, dass auch für eine eventuelle Instrumentalisierung keine hinreichende Tat-sachengrundlage vorliegt.

#### **b) Zwischenergebnis**

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 58a AufenthG liegen nicht vor.

#### **II. Rechtsverletzung**

K ist durch die Rechtswidrigkeit der Abschiebungsanordnung in seinen subjektiven Rechten verletzt.

#### **C. Gesamtergebnis**

Die Klage des K ist zulässig und begründet. Das BVerwG wird die Abschiebungsanordnung aufheben.

### FAZIT

Eine lehrreiche Entscheidung des BVerfG, in der die Rechtsprechung zum § 58a AufenthG eine Erweiterung bezüglich einer möglichen Instrumentalisierung eines Gefährders durch Dritte erfahren hat. Die essenzielle Beherrschung der Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand einer Norm, das „täglich Brot“ eines Jurastudierenden, fällt besonders ins Gewicht. Es muss trennscharf aufgearbeitet werden, ob die Voraussetzungen des § 58a AufenthG vorliegen. Sollte dem nicht so sein, so ist dem „Gefährder“ auch bei drohenden Straftaten von erheblicher Bedeutung mit anderen Mitteln des Aufenthaltsrechts oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu begegnen. Ferner wird durch die Prüfung der Rolle des Vermittlungsausschusses im Gesetzgebungsverfahren staatsorganisationsrechtliches Grundverständnis wiederholt. Eine Aufgabenstellung mit § 58a AufenthG als Mittelpunkt der Prüfung ermöglicht das gezielte Abprüfen von System- und Problemverständnis in einem gefahrabwehrrechtlichen Rahmen.