

JUN.-PROF. DR. MATTHIAS H. GOLDMANN, LL. M. (NYU), UND WISS. HILFSKRAFT KEVIN HINZEN*

Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsorganisationsrecht und Aufenthaltsrecht – Gefahr erkannt, Gefährder verbannt?

Vertiefungshinweise zu Goldmann/Hinzen, JuS 2019, 636

Das Aufenthaltsrecht gehört nicht zum Pflichtfachstoff juristischer Examen und folgerichtig nicht zum universitären Ausbildungskanon. Die Klausur sensibilisiert den Kandidaten für den Umgang mit diesem unbekanntem Normenkomplex, der die Kenntnis der allgemeinen Gefahrenabwehrdogmatik erfordert und sich deshalb als Examensfallkonstellation eignet. Die nachfolgenden Ausführungen ergänzen ausgewählte Probleme der Klausur, stellen diese in einen größeren Systemzusammenhang und liefern damit Hintergrundwissen für eine erfolgreiche Bewältigung von Klausur oder mündlicher Prüfung.

I. Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers

§ 80 I VwGO sieht für den Suspensiveffekt eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage als Hauptsacherechtsbehelf neben der Erhebung keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vor. Grundsätzlich entfalten sie daher auch bei Unzulässigkeit oder Unbegründetheit zunächst aufschiebende Wirkung. Die Klärung der Erfolgsaussichten ist gerade der Zweck des Verwaltungs- oder Klageverfahrens.¹ Die Unzulässigkeit der Klage führt daher auch nicht zur Unzulässigkeit des Eilrechtsantrags.

Nur bei evidenter Unzulässigkeit (zB Verfristung) des Hauptsacherechtsbehelfs wird davon eine Ausnahme gemacht. Dann wird ein Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses des Eilantrags angenommen. Wenn nämlich schon eine Anfechtung in der Hauptsache offensichtlich nicht mehr möglich wäre, kann im Eilrechtsschutz auch keine Suspendierung des bestandskräftigen VA mehr erreicht werden (Erst-Recht-Schluss).

Daher ist in der Regel kurz festzustellen, dass der Ast. fristgemäß Klage in der Hauptsache erhoben hat.²

II. Zuständigkeit und Vertretung des Landes in Gerichtsprozessen

1. Zuständigkeit

Der Hessische Minister des Innern ist eine „oberste Landesbehörde“, wie § 58 a I 1 AufenthG *instanziell* fordert.

Örtlich zuständig ist dasjenige Landesministerium, in dessen Zuständigkeitsbereich sich der Adressat gewöhnlich aufhält oder gewöhnlichen Aufenthalt zuletzt hatte bzw. der Anlass für die Amtshandlung hervortritt, § 3 Nrn. 3 und 4 HessVwVfG. T lebt in Frankfurt a. M., so dass ein Hessisches Ministerium zuständig ist.

Die *sachliche* Zuständigkeit des Innenressorts ergibt sich aus Art. 104 II 1 HessVerf. iVm Ziffer 2, Unterziffer 213 des Zuständigkeitsbeschlusses,³ welcher dem Minister des

Innern explizit die Ressortzuständigkeit für das „Aufenthaltsrecht der Ausländer“ erteilt hat.

2. Vertretung (vor Gericht)

Das Land Hessen ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO richtiger Klagegegner.

Gemäß Art. 103 HessVerf. wird das Land Hessen zwar grundsätzlich vom Ministerpräsidenten vertreten. Gemäß § 2 II der Vertretungsanordnung des Innenministeriums wird das Land Hessen im Geschäftsbereich des Innenministers (s. wiederum den Zuständigkeitsbeschluss) von der Dienststelle vertreten, die den VA erlassen hat bzw. zuständig ist, also hier vom Hessischen Innenministerium.

III. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Vor dem im Ergebnis einschlägigen Kompetenztitel des „Aufenthaltsrechts der Ausländer“ könnte man auch noch eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundes gem. Art. 71 iVm Art. 73 I Nr. 9 a GG („Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt“) prüfen.

Auch wenn § 58 a AufenthG tatbestandlich an eine „terroristische Gefahr“ anknüpft, so kann die Norm schon wegen der Begrenzung auf bundeskriminalpolizeiliche Handlungsbefugnisse in Art. 73 I Nr. 9 a GG nicht auf diesen Kompetenztitel gestützt werden. Zudem wollte der verfassungsändernde Gesetzgeber den Kompetenztitel bewusst eng konturieren, um die Entstehung einer bundeskompetenziellen Generalklausel für die Terrorismusabwehr zu vermeiden.⁴

* Der Autor *Goldmann* ist Juniorprofessor für Internationales Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a. M.; der Autor *Hinzen* ist Wiss. Hilfskraft und Doktorand an dieser Professur.

1 Anschaulich VG *München*, BeckRS 2017, 124833 Rn. 14 mwN.

2 S. auch in BeckOK VwGO/*Gersdorf*, 2018, § 80 Rn. 164.

3 Beschluss über die Zuständigkeit der einzelnen Ministerinnen und Minister nach Art. 104 II HessVerf. v. 18.3.2014, GVBl. 2014, 82, geändert durch Nr. 1 Änderungsabschluss vom 25.6.2018, GVBl. 2018, 334.

4 *Uhle* in *Maunz/Dürig*, GG, 2018, Art. 73 Rn. 221.

Denkbar ist ferner Art. 71 iVm Art. 73 I Nr. 3 GG („Auslieferung“).

Eine Auslieferung bezeichnet jedoch die auf Ersuchen eines ausländischen Staates oder eines anderen Völkerrechtssubjekts erfolgende zwangsweise Überführung einer Person aus dem Hoheitsbereich des ausliefernden in den des ersuchenden Staates.⁵ Diesen Fall regelt § 58 a AufenthG gerade nicht.

IV. Grundrechtskonformität des § 58 a AufenthG

Die Grundrechtskonformität der Norm war in der Klausur nach dem Bearbeitervermerk ausdrücklich nicht zu prüfen.

In dieser Hinsicht wäre zu diskutieren, ob die Verkürzung des Rechtsschutzes auf eine Instanz und auf eine Frist von nur sieben Tagen noch mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 IV GG vereinbar ist. Dies wird in der Literatur bezweifelt.⁶ Andere Stimmen halten die Norm auch im Hinblick auf Art. 2 I GG für verfassungsrechtlich bedenklich, weil kein geeignetes Instrumentarium zur Feststellung entsprechender Risikoprognosen verfügbar sei.⁷

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der Norm, der eine Vorverlagerung der sicherheitsbehördlichen Eingriffsbefugnisse vorsieht, mit der Rechtsfolge der Norm, welche v. a. auf eine beschleunigte Abschiebung gerichtet ist, grundrechtlich in Einklang zu bringen ist. Dagegen wird als Begründungsansatz die in Einzelfällen von „Top-Gefährdern“⁸ ausgehende Gefahr angeführt, die ein beschleunigtes Verfahren notwendig mache. Dafür werde auch nicht lediglich an die Ideologie des „Gefährders“ angeknüpft, sondern an eine von den Sicherheitsbehörden zu ermittelnde Gefährdungslage.⁹ Gegenüber der Abschiebung innerhalb kurzer Frist stellt die Anordnung von Sicherungshaft allerdings uU das mildere Mittel dar (vgl. § 62 III 1 Nr. 1 a AufenthG); zugleich ist sie nicht weniger wirksam, da ein inhaftierter Gefährder kaum einen Anschlag mehr begehen kann. Auch lässt § 62 III 4 AufenthG bei „Top-Gefährdern“ eine zeitlich unbestimmte Ausdehnung der Haftdauer zu.

Die Kritik, dass sich § 58 a AufenthG nicht dogmatisch kohärent in die verwaltungsrechtliche Dogmatik einfüge,¹⁰ greift dagegen nicht durch, denn dogmatische Systematik ist kein selbstständiges, neben Widerspruchsfreiheit, Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit bestehendes verfassungsrechtliches Kontrollkriterium.¹¹

VI. Anhörung gem. § 28 HVwVfG

In der Klausurlösung wurde vertreten, dass eine Anhörung des T mit Blick auf das hohe Rechtsgut des § 58 a AufenthG entbehrlich war.

Die aA ist mit der Begründung vertretbar, dass eine Abschiebung erhebliche Auswirkungen auf den Betroffenen hat und dass das Anhörungsinteresse des Ausländers leicht unter Verweis auf § 28 II Nr. 1 HessVwVfG außer Acht gelassen werden könnte. In diesem Fall könnte eine Anhörung gem. § 45 II HessVwVfG noch bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens beim BVerwG durch die Landesbehörde heilend nachgeholt werden.

VII. Verhältnis und Regelungssystematik von §§ 58 a und 53 ff. AufenthG

Das Verhältnis zwischen §§ 53 und 58 a AufenthG ist umstritten und war bis zu den jüngsten BVerwG-Entscheidungen von 2017 auch in der Rechtsprechung ungeklärt.

§ 58 a AufenthG gilt seit 2004; die gegenwärtigen Regeln der §§ 53 ff. AufenthG wurden erst 2016 eingeführt. § 58 a AufenthG wurde allerdings viele Jahre lang nicht angewendet, da bis zur jüngsten Flüchtlingskrise das bis 2016 bestehende System von Ermessens-, Regel- und Pflichtausweisungen (§§ 53–55 AufenthG aF) in der Verwaltungspraxis für ausreichend gehalten wurde. Der neue § 53 AufenthG sieht nun für Ausweisungen einheitlich immer eine Abwägung vor.¹²

Fraglich ist somit, wie die nunmehr auch praktisch relevant gewordene Vorschrift des § 58 a AufenthG sich dazu verhält.

Der Unterschied zwischen beiden Normen liegt nicht schon in unterschiedlichen geschützten *Rechtsgütern*. Denn § 54 I Nr. 2 AufenthG, der das Ausweisungsinteresse iRd § 53 AufenthG normiert, bezieht sich auf Rechtsgüter, die nahezu deckungsgleich mit den von § 58 a AufenthG geschützten Rechtsgütern sind. So wird die „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ auch hier erwähnt; statt des vergleichsweise weiten Begriffs der terroristischen Gefahr konstruiert § 54 I Nr. 2 AufenthG die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder die Planung einer staatsgefährdenden Straftat als Unterfall der Bedrohung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Letzterer Begriff bildet gewissermaßen den Auffangtatbestand, von dem alle von § 58 a AufenthG geschützten Rechtsgüter umfasst sein dürften.

Gegenüber § 53 I AufenthG stellt § 58 a I AufenthG *regelungssystematisch* einen speziellen Abschiebungstatbestand dar, da letztere Vorschrift eine „besondere“ Gefahr bzw. eine terroristische Gefahr voraussetzt. Die Norm ist damit tatbestandsseitig enger. Anders als § 53 I und II AufenthG sieht § 58 a I AufenthG aber keine Interessenabwägung vor.

Im Hinblick auf die Rechtsfolge ist § 58 a I AufenthG das deutlich schärfere Schwert, da er keine Androhung der Abschiebung voraussetzt und auch nur eine kurze Frist für den Rechtsschutz gewährt.

Detailkenntnisse können dazu in der Klausur nicht erwartet werden. Es kommt dort vor allem auf eine genaue Definition und Abgrenzung der verschiedenen Gefahrbegriffe sowie auf das präzise Lesen und reflektierte Verstehen des Gesetzestexts an.

5 Uble in *Maunz/Dürig* (o. Fn. 4), Art. 73 Rn. 74.

6 Vgl. *Gutmann*, NVwZ 2017, 1798 (1804); aA *Tams*, DVBl 2005, 1482 (1487) mwN.

7 *Erbslöh*, NVwZ 2007, 155.

8 *Berlit*, ZAR 2018, 89 mwN.

9 *Kluth*, ZAR 2017, 379 (383 f.).

10 Etwa *Kießling*, NVwZ 2017, 1019.

11 *Kluth*, ZAR 2017, 379 (384).

12 S. dazu auch die Darstellung bei *Funke*, ZAR 2016, 209.

VIII. Gefahrbegriff des § 58 a AufenthG

Gegenüber der in der Lösungsskizze vorgeschlagenen Annahme eines abgesenkten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ist selbstverständlich auch eine andere Bewertung denkbar.

Gut anführen lässt sich dafür zum Beispiel der augenscheinliche Unterschied, dass § 53 I AufenthG eine Interessenabwägung tatbestandsseitig voraussetzt, eine solche aber bei § 58 a AufenthG nicht normiert wurde. Dies erlaubt die Vermutung, der Gesetzgeber wollte gewissermaßen durch die Betonung der „Besonderheit“ der Gefahr eine Indizierung des Ausweisungsinteresses iRv § 58 a AufenthG vorwegnehmen. Damit könnte § 58 a AufenthG keinen gegenüber § 53 AufenthG eigenständigen Gefahrbegriff normieren.

Dagegen spricht, dass die Bleibeinteressen des Ausländers dann aber im Ermessensspielraum (Verhältnismäßigkeits-

grundsatz) der Behörde Berücksichtigung finden müssten und im Rahmen eines Abschiebeverbots nach § 60 V AufenthG auch nach EMRK-Rechtsprechung gegebene Bleibeinteressen einbezogen werden müssten.

In der Literatur wird noch angeführt, dass es nicht überzeuge, für die stärker einschneidende Maßnahme nach § 58 a AufenthG einen niederschwelligeren Gefahrenmaßstab anzulegen, während die normale Ausweisung schon eine konkrete Gefahr verlange. § 58 a AufenthG könne damit nur eine deutlich höhere Gefahr als eine Ausweisung nach § 53 I iVm § 54 I Nr. 2 AufenthG voraussetzen.¹³

Das Risiko nach § 58 a AufenthG könnte schließlich auch als ein *Aliud* verstanden werden, nicht als eine Vorform der Gefahr; gefahrenabwehrdogmatisch sei die Rechtsprechungslinie des *BVerwG* nur schwer nachvollziehbar.¹⁴

13 Tams, DVBl 2005, 1482 (1484); Schlichtel/Austermann, ZAR 2018, 62 (63).

14 Kießling, NVwZ 2017, 1019 (1020 ff.).