

Prof. Dr. Klaus Herrmann, Potsdam*

Vollstreckung oder Durchsuchung – vollzugsrechtliche Abgrenzungsfragen am Beispiel der Flüchtlingsabschiebung

Zur Durchführung von Rück- und Abschiebungen müssen die Ausländerbehörden der ausreisepflichtigen Ausländer habhaft werden. Bei den Bemühungen zum Ergreifen dieser Personen stellt das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung Schranken für den Zutritt zu Wohnräumen und Unterkünften auf, die nur mit einer richterlichen Durchsuchungsanordnung überwunden werden können. Der Beitrag beleuchtet diese Schranken am Beispiel der Durchsuchung von (Zimmern in) Gemeinschaftsunterkünften und zeigt die Untauglichkeit einzelner Rechtfertigungsargumente auf, mit denen die Notwendigkeit von Durchsuchungsanordnungen in der Verwaltungspraxis einzelner Bundesländer bestritten wird.

1. Einleitung

Um der schnell wachsenden Zahl von vorübergehend unterzubringenden ausländischen Flüchtlingen gerecht zu werden¹, haben Kommunen sogenannte Gemeinschaftsunterkünfte entweder selbst eingerichtet oder zur Erfüllung dieser Aufgabe freie Träger mit dem Betrieb von Gemeinschaftsunterkünften beauftragt.² In den Gemeinschaftsunterkünften überlässt der Betreiber Familien-, Einzel- oder Gemeinschaftszimmer zur Nutzung an die Flüchtlinge. Zugleich müssen (Gemeinschafts-) Einrichtungen zur Zubereitung von Mahlzeiten, Wasch- und Toilettenräume in ausreichendem Umfang zur Verfügung gestellt werden. Die Betreiber sind zudem für die Bewachung der Objekte, die Vermeidung von Konflikten zwischen den untergebrachten Flüchtlingen verschiedener Religionen und Volksgruppen sowie soziale Dienste verantwortlich.

Diese Unterbringung nutzen ausländische Flüchtlinge, bis über ihren Asylantrag entschieden wurde (§ 53 AsylG). Oft sind sie aber über einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einen sonstigen „sicheren“ Drittstaat nach Deutschland eingereist bzw. haben in einem anderen Mitgliedstaat erstmals Asyl beantragt. Unter Bezugnahme auf die Dublin III-VO³ ordnet das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in diesen Fällen – nach einer beschränkten inhaltlichen Prüfung des Asylgesuchs – die Rückschiebung in einen Mitgliedstaat oder den Aufnahmestaat der Europäischen Union binnen einer bestimmten Frist an.⁴ Für die fristgerechte Vollstreckung der Abschiebung sind nach § 71 V AufenthG die (Landes-) Ausländerbehörden zuständig, die vom Bundesamt über die Abschiebungsanordnung unterrichtet werden (§ 40 III AsylG). Zur Vollziehung der Rück- oder Abschiebung haben die Ausländerbehörden die Flüchtlinge aufzusuchen – wird der Flüchtling nicht in der Unterkunft angetroffen, soll die Ausländerbehörde die dafür maßgebenden Umstände dokumentieren und die Beantragung von Abschiebehaft gem. § 62 III 1 Nr. 3 AufenthG prüfen.⁵ Die Anordnung der Abschiebehaft bleibt freilich gem. § 106 II Auf-

enthG i. V. m. § 415 ff. FamFG dem Amtsgericht vorbehalten. Die Betreiber der Gemeinschaftsunterkünfte werden weder von der Ausländerbehörde noch vom Bundesamt über die vollziehbare Abschiebung und die Ausreisepflicht unterrichtet.

Auch wenn die Ausländerbehörden die Flüchtlinge in den Gemeinschaftsunterkünften regelmäßig ohne Ankündigung aufsuchen, scheitern Abschiebungen mitunter an ganz praktischen Umständen, z. B. den auffälligen Polizeieinsätzen oder unübersichtlichen Gebäuden. Diesen Gegebenheiten begegnen Ausländerbehörden damit, dass sie nicht nur die den gesuchten Flüchtlingen zugewiesenen Unterkunftszimmer betreten, sondern etagenweise oder gar in der ganzen Unterkunft nach der abzuschiebenden Person suchen, andere Bewohner nach dem Verbleib oder Aufenthalt befragen und die Unterlagen der Betreiber der Gemeinschaftsunterkünfte einsehen, um An- bzw. Abmeldungen der gesuchten Person nachzuvollziehen. Während dies bei Gemeinschaftsunterkünften in Trägerschaft der kommunalen Körperschaften, die zugleich Aufgaben der unteren Ausländerbehörden wahrnehmen, „reibungslos“ hingekommen wird, tauchen bei den freien Trägern, die die Kommunen bei der Aufgabe der Anschlussunterkünfte unterstützen, Fragen nach der Zulässigkeit der geschilderten Vorgehensweise der Ausländerbehörden auf. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass sich einzelne Kommunen aus den Betreiberverträgen unter Kosten- und Qualitätsgesichtspunkten zurückziehen. Einige Betreiber von Gemeinschaftsunterkünften befürchten dabei auch, dass ihnen als Qualitätsmangel entgegengehalten wird, wenn Flüchtlinge bei Abschiebungen aus den Gemeinschaftsunterkünften „schwer zu fassen“ sind oder sogar – um sich nicht einer erleichterten Abschiebung aus der Gemeinschaftsunterkunft auszusetzen – in die Illegalität abtauchen. Den Verfasser beschäftigten diese Fragen für einen großen Wohlfahrtsverband, der mehrere Gemeinschaftsunterkünfte unter der Zielstellung betreibt, für die Flüchtlinge Zugänge zu medizinischen, sozialen und pädagogischen Angeboten zu schaffen, die bei einem illegalen Aufenthalt regelmäßig unerreichbar sind.

Widmet man sich der rechtlichen Qualität der ordnungsbehördlichen und polizeilichen Maßnahmen zur Vollziehung der Rück- oder Abschiebung, stellt das Betreten und Durchsuchen

* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Dombert Rechtsanwälte PartmbH sowie Honorarprofessor der Brandenburgischen Technischen Universität (BTU) Cottbus-Senftenberg.

1 Vgl. § 50 I AsylG zu den Voraussetzungen der Unterbringung in (Landes-)Einrichtungen nach Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung.

2 Siehe Eisenmenger, LKV 2016, 60, 61 ff. zur kommunalen Verantwortung für Anschlussunterkünfte nach § 11 I LAufnG Bbg.

3 VO (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates, ABl. L 180 v. 29.6.2013, S. 31 ff.

4 Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl., 2016, § 34a AsylG, Rn. 3 ff. sowie 6 ff. zum Dublin-Asylsystem.

5 Vgl. Ziff. 58.0.9 VV-AufenthG.

von Räumlichkeiten auf der Suche nach einer Person ohne deren Zustimmung einen Eingriff in geschützte Rechtsgüter verschiedener Personen (Flüchtling, sonstige angetroffene Personen, Unterkunftsbetreiber) dar. Dabei geht es um Eingriffe in das Eigentum und das Besitzrecht ebenso wie um verfassungsrechtliche Gewährleistungen des Rechts auf Wohnung gem. Art. 13 I GG (Art. 15 I BbgVerf).⁶ Diese Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter ist nur dann rechtmäßig und schließt etwa die Verwirklichung des Straftatbestandes gem. § 123 StGB aus, wenn die Voraussetzungen der rechtsstaatlichen Eingriffsgrundlagen erfüllt und die Grenzen der hoheitlichen Befugnisse gewahrt sind.

2. Richtervorbehalt und Einschränkungen

Maßstab für hoheitliche Zugriffsrechte in Gemeinschaftsunterkünften ist bundesweit Art. 13 I GG. Diese Verfassungsnorm garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung als elementaren Lebensraum der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Der Begriff der Wohnung nach Art. 13 I GG ist umfassend zu verstehen und schließt auch Räume ein, die – auch nur vorübergehend – zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht werden.⁷ Damit bewegt man sich unversehens in den „geklärten“ Maßstäben für die Durchsuchung von Wohnungen.⁸ Eine Durchsuchung liegt bekanntlich bei jedem ziel- und zweckgerichteten Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts vor, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.⁹

2.1. Gemeinschaftsunterkunft als Wohnung

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass auch die den Flüchtlingen zugewiesenen Räume in einer Gemeinschaftsunterkunft als Wohnung i. S. v. Art. 13 I GG geschützt sind. Die Verwaltungsgerichte haben jedenfalls bei der Unterbringung von Obdachlosen in Gemeinschaftsunterkünften unterstellt, dass die Betroffenen einen durch Art. 13 I GG geschützten Wohnraum besäßen.¹⁰ Der Schutz als Wohnung eines Asylbewerbers bezieht sich dabei nicht auf die Gemeinschaftsunterkunft als solche, sondern nur das Zimmer in der Gemeinschaftsunterkunft, das ihm zugewiesen wurde und in dem er schläft.¹¹ Dabei spielt es keine Rolle, ob den Flüchtlingen Unterkünfte im Rahmen eines privatrechtlichen Mietverhältnisses oder aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses überlassen werden. § 53 II 1 AsylG geht jedenfalls von einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Ausländers aus, in einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen.¹² Die frühere Theorie von einem besonderen Gewaltverhältnis mit stark eingeschränktem Grundrechtsschutz¹³ wurde in Rechtsprechung und Lehre überwunden – heute ist allgemein anerkannt, dass der Gesetzesvorbehalt auch im besonderen Gewaltverhältnis Anwendung findet und die Ausübung der Grundrechte auch im besonderen Gewaltverhältnis nur durch Gesetze oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden darf.¹⁴ Damit ist der Begründungsansatz¹⁵ abzulehnen, wonach eine ausreisepflichtige Person im Inland keinen durch Art. 13 I

GG geschützten Wohnraum besitzen würde.¹⁶ Die Durchsuchung der Wohnung eines ausreisepflichtigen Ausländers durch einen Vollstreckungsbeamten und den Vollzugshilfe leistenden Polizeibeamten¹⁷ bedarf nach Ansicht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einer richterlichen Anordnung.¹⁸

2.2. Gesetzliche Durchsuchungsbefugnisse

Die überwiegende Praxis in einigen Bundesländern geht über diese Anforderungen hinweg. Zur Vollziehung der Abschiebung gem. § 58 AufenthG wird den Ausländerbehörden die Befugnis eingeräumt, einen Ausländer ohne seinen Willen und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch unter Anwendung unmittelbaren Zwangs¹⁹ in seinen Heimatstaat oder einen aufnahmebereiten Drittstaat zu verbringen. Muss die abzuschiebende Person in Gewahrsam genommen werden, ist gem. § 62 AufenthG unverzüglich Abschiebehaf zu beantragen.²⁰ Wie die Ausländerbehörden der abzuschiebenden Person habhaft werden und bleiben, lässt das Bundesrecht allerdings offen – insoweit bestimmen sich die Befugnisse der Ausländerbehörden nach dem Landesrecht.²¹ Deshalb richten sich auch die behördlichen Zugriffe in Gemeinschaftsunterkünften nach den Landes-Verwaltungsvollstreckungsgesetzen. Die Ausländerbehörden vor Ort äußern dabei noch immer die Auffassung, dass zur Ergreifung abzuschiebender Personen jedes Zimmer in Gemeinschaftsunterkünften betreten werden dürfte.

Diese Annahme verfehlt schon die Befugnisse der meisten Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder: Die „neueren“ Verwaltungsvollstreckungsgesetze sehen ausdrückliche Befugnisse der Vollstreckungsbehörden oder -bediensteten vor, Wohn- und Geschäftsräumen zu betreten und zu durchsuchen, soweit es

6 Siehe schon *Zeitler*, ZAR 2014, 365 ff.

7 *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL September 2016, Art. 13, Rn. 10 m. w. N.

8 vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.9.2004 - 2 BvR 2105/03, NJW 2005, 275 f.

9 vgl. BVerfGE 51, 97, 106 f.

10 vgl. VG Augsburg, Beschl. v. 20.10.2005 – Au 6 S 05.773, juris, Rn. 23.

11 Für Zustellung: VGH München, Beschl. v. 22.4.2002 - 15 ZB 01.30409, BeckRS 2002, 26235; VG Braunschweig, Urt. v. 24.7.2002 – 8 A 98/02, juris, Rn. 22.

12 Für einzelne Anforderungen an die Gemeinschaftsunterkünfte vgl. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt* (o. Fn. 4), § 53 AsylG, Rn. 9 ff.

13 Vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl., 1924, S. 101.

14 VGH Kassel, Beschl. v. 26.10.1990 – 4 TH 1480/89, juris, Rn. 28 für Obdachlosenunterkunft und unter Verweis auf die Strafgefängenenentscheidung des BVerfG, Beschl. v. 14.3.1972 - 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, 1 ff. = NJW 1972, 811.

15 Vgl. VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschl. v. 28.6.2002 - 7 N 1804/02, NVwZ-Beil. 12/2002, 127; a. A. OVG Koblenz, Beschl. 7.8.2002 – 12 E 11195/02, NVwZ-RR 2003, 741.

16 Krit. ebenso *Zeitler*, ZAR 2014, 365.

17 Vgl. *Sadler*, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 6 Rn. 196, zur Wahrnehmung von Ordnungsaufgaben durch Polizeibeamte.

18 Vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 7.8.2002 - 12 E 11195/02.OVG, zit. bei VG Trier, Beschl. v. 10.11.2009 – 5 N 619/09.TR, juris.

19 Die Abschiebung sei „von ihrer Rechtsnatur her“ Verwaltungsvollstreckung in Form unmittelbaren Zwangs, vgl. *Masuch/Gordzielik*, in: *Huber*, Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 58 AufenthG, Rn. 2; ebenso *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Verwaltungsgerichtsordnung, 32. EL 2016, § 80, Rn. 195 m. w. N.

20 Vgl. *Senge*, in: *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, 212. EL, § 58 AufenthG, Rn. 8

21 *Bauer*, in: *Bergmann/Dienelt* (o. Fn. 4), § 58 AufenthG, Rn. 31.

der Zweck der Vollstreckung erfordert (§ 6 I 1 BW VwVG, Art. 23 I PAG i. V. m. Art. 30 I 2 BayVwZVG, § 10 I BbgVwVG, § 7 I 1 HessVwVG, § 23 I HmbVwVG, § 9 I NVwVG, § 14 I NWVwVG, § 9 I RPVwVG, § 5 I SaarVwVG, § 6 I SächsVwVG, § 9 I SachsAnhVwVG, § 24 I ThürVwVG). Jedoch findet diese Befugnis an einem entgegenstehenden Willen des Betroffenen, Vollstreckungsschuldner oder Pflichtigen ihre Grenze. Bei fehlender Einwilligung darf heute nur mit richterlicher Anordnung des Amtsgerichts am Maßnahmeort durchsucht werden (Art. 24 I PAG i. V. m. Art. 30 I 2 BayVwZVG, § 10 IV 1 BbgVwVG, § 9 II 1 NVwVG, § 14 IV NWVwVG, § 5 III 1 SaarVwVG, § 6 II 1 SächsVwVG, § 9 II 1 SachsAnhVwVG, § 24 II ThürVwVG), einzelne Bundesländer behalten die Durchsuchungsanordnung zur Verwaltungsvollstreckung den Verwaltungsgerichten vor (§ 6 II 1 BW VwVG, § 23 III 1 HmbVwVG, § 7 III 1 HessVwVG, § 9 II RPVwVG). Ausnahmen von der Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung werden nur bei Gefahr im Verzug zugelassen (Art. 24 I 1 PAG i. V. m. Art. 30 I 2 BayVwZVG, § 7 III 1 HessVwVG, § 9 II 2 NVwVG, § 14 IV 2 NWVwVG, § 5 III 1 SaarVwVG), oder wenn dies den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde (§ 6 II 2 BW VwVG, § 10 IV 2 BbgVwVG, § 23 III 2 HmbVwVG, § 9 II 3 RPVwVG, § 6 II 2 SächsVwVG, § 9 II 2 SachsAnhVwVG, § 24 II 3 ThürVwVG). Mit diesen beschränkten Durchsuchungsbefugnissen ist schon die Vorgehensweise unvereinbar, nach einer bestimmten Person, deren aktueller Aufenthaltsort unbekannt ist, in mehreren Zimmern einer Gemeinschaftsunterkunft zu suchen. Auch wenn die abzuschiebende Person in dem von ihr bewohnten Zimmer angetroffen wird, stellt die Durchsuchung der ihr gehörenden Sachen zum Auffinden von Ausweisunterlagen oder sonstigen Identitätsnachweisen eine den – grundsätzlich weit zu verstehenden – Durchsuchungsbegriff erfüllende Maßnahme dar. Die Annahme, dass es außerhalb des Richtervorbehalts zulässige Durchsuchungen gibt, ist mit der verfahrensrechtlichen Einschränkung polizeirechtlicher Befugnisse unvereinbar.

Einer (regelmäßig richterlichen) Durchsuchungsanordnung bedürfte die Durchsuchung der Wohnung eines ausreisepflichtigen Ausländers ebenso nach § 105 I StPO, wenn die gesuchte Person zur Verfolgung einer Straftat ergriffen werden soll. Allein die vollziehbare Ausreisepflicht, ist aber noch kein Indiz für eine strafprozessuale Maßnahme. Zwar verstößt der illegale Aufenthalt im Bundesgebiet nicht nur gegen die öffentliche Sicherheit, sondern ist zugleich auch mit Strafe bedroht (§ 95 AufenthG, ehem. § 92 AuslG). Die Beamten werden aber nicht auf der Grundlage der Strafprozessordnung tätig, solange die Maßnahmen nicht zielgerichtet zu Zwecken der Strafverfolgung vorgenommen werden (Beschreibung des Verdachts einer Straftat, Mitteilung des Strafverdachts und der Durchsuchungsabsicht an Staatsanwaltschaft usw.). Häufig ergibt sich der Straftatverdacht auch erst im Verlauf der Personenkontrolle vor Ort.²²

2.3. Auf geöffnete Bereiche beschränkte Befugnis zum Betreten

Eine allgemeine polizei- oder ordnungsbehördliche Befugnis der Vollzugs- und Polizeibeamten zum Betreten einer Wohnung

ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers besteht nicht.²³ Erst die oben genannte richterliche Anordnung i. S. v. Art. 13 II GG verschafft den Gefahrenabwehrbehörden überhaupt Zugang in den geschützten Bereich der Wohnung. Nicht dem Richtervorbehalt gem. Art. 13 II GG unterliegen hingegen die behördlichen Betretungs- und Besichtigungsbefugnisse bei Räumen, die der Öffentlichkeit zugänglich sind.²⁴ Sofern es sich nicht um Durchsuchungen i. S. v. Art. 13 II GG handelt, müssten diese Befugnisse nur einem geringeren verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsstandard genügen, den das BVerfG „unter Beachtung namentlich des Art. 2 I GG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit“ verankert.²⁵ Erforderlich sei aber eine besondere gesetzliche Vorschrift, die zum Betreten der Räume ermächtigt; das Betreten der Räume, die Vornahme der Besichtigungen und Prüfungen müssen einem erlaubten Zweck dienen und für dessen Erreichung erforderlich sein; das Gesetz muss den Zweck des Betretens, den Gegenstand und Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lassen; das Betreten der Räume und die Vornahme der Besichtigung und Prüfung ist nur in den Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

Eine Differenzierung der polizeirechtlichen Befugnisse zum Betreten und Durchsuchen ist bei Wohnraum nicht möglich, selbst wenn in den Ermächtigungsgrundlagen vom Betreten und Durchsuchen und dem Richtervorbehalt (nur) für Durchsuchungen die Rede ist. Um zu verhindern, dass der Richtervorbehalt in Art. 13 II GG allzu leicht umgangen werden könnte, legt die Rechtsprechung die Befugnisse, Wohnungen ohne richterliche Anordnung betreten zu können, – etwa im Zusammenhang mit der Kontrolle beruflicher Tätigkeiten in Wohn- und Geschäftsräumen – sehr restriktiv aus. Das BVerfG hielt schon zu Art. 13 III GG a.F. fest²⁶, dass „die prinzipielle Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 13 Abs. 3 GG dadurch gesichert [wird], daß ‚Eingriffe und Beschränkungen‘, die nicht ‚Durchsuchungen‘ sind, nur unter ganz bestimmten, genau umschriebenen Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen.“ Soweit den mit der Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht betrauten Behörden das Recht eingeräumt sei, Betriebs- und Geschäftsräume zu betreten, um dort im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Betriebsinhabers zur Auskunftserteilung Geschäftsbücher und Akten zu prüfen oder Waren und Einrichtungen zu besichtigen, entfalle das Schutzbedürfnis der ‚räumlichen Privatsphäre‘ nicht. Während den Geschäfts- und Betriebsräumen eine größere Offenheit ‚nach außen‘ eigen sei und der Inhaber sie damit in gewissem Umfang aus der privaten Intimsphäre entlasse, müssten die Begriffe ‚Eingriffe und Beschränkungen‘ bezogen auf Wohnungen im engeren Sinn streng ausgelegt werden. Gesetzliche Betretungs- und Besichtigungs-

22 BVerwG, Urt. v. 25.8.2004 - 6 C 26/03, BVerwGE 121, 345 = NJW 2005, 454.

23 Ebenso Zeitler, ZAR 2014, 365, 366 f.

24 Vgl. Racher, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 657 m. w. N.

25 BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971 - 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54, 76 = NJW 1971, 2299.

26 BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971 - 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54 ff., Rn. 49 ff.

rechte wären deshalb bei Wohnräumen ausgeschlossen, um den Schutzzweck des Grundrechts und dem Einzelnen das Recht, ‚in Ruhe gelassen zu werden‘, zu sichern.²⁷

Zum Eindringen der Ausländerbehörde und der Vollzugshilfe leistenden Polizeibeamten in die persönlichen Unterkunftsbe- reiche einer Gemeinschaftsunterkunft berechtigt diese Erwei- terung der polizeilichen Befugnisse schon deshalb nicht, weil die Öffnung eines Raumes zu öffentlichen Zwecken allein von dem Willen des Rauminhabers abhängt.²⁸ Selbst wenn im Ver- trag zwischen der für die Flüchtlingsunterbringung zuständigen Kommune und dem Betreiber der Gemeinschaftsunterkunft eine jederzeitige Zugänglichkeit der Unterkunftsräume vereinbart wurde, entfällt die Notwendigkeit einer richterlichen Durchsu- chungsanordnung solange nicht, wie konkrete Anhaltspunkte vor Ort fehlen, dass der oder die Bewohner die Unterkunfts- räume für den Zutritt durch jedweden Interessierten gewidmet haben. Regelmäßig wird es an derartigen Anhaltspunkten auch dann noch fehlen, wenn bei Mehrpersonenzimmern keine ver- schließbaren Zimmertüren, sondern nur verschließbare Spinde oder Schränke Verwendung finden.

Eine Betretensbefugnis ohne gesetzliche Grundlage und ohne Einwilligung des Rechteinhabers kommt nach Art. 13 VII 1 GG nur zur ‚Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensge- fahr für einzelne Personen‘ in Betracht. Als Gemeingefahr gilt dabei nur eine drohende Störung, die für eine unbestimmte Zahl von Personen oder Sachen besteht, z. B. bei Feuersgefahr, Überschwemmungsgefahr, Lawinengefahr, Einsturzgefahr, Seu- chengefahr.

2.4. Vollstreckung der ausländerrechtlichen Pflichten

Als Argument, weshalb für die Ergreifung ausreisepflichtiger Ausländer in ihrer Wohnung eine richterliche Durchsuchungs- anordnung angeblich entbehrlich sei, wird die zwangsweise Vollstreckung der gesetzlichen Ausreisepflicht gem. § 50 Auf- enthG angeführt.²⁹ Die Abschiebung diene der Durchsetzung der Ausreisepflicht und schließe die Befugnis ein, die Woh- nung gegebenenfalls auch gegen den Willen des Ausländers betreten zu können; das bloße Betreten der Wohnung zwecks Abschiebung der anwesenden ausreisepflichtigen Person auch gegen deren Willen stelle keine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 II GG dar, die einer vorhergehenden richterlichen Anord- nung bedürfte. Nach einer einzelnen Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahr 2004 handele sich vielmehr um einen unter Art.13 VII (vormals III) GG fallenden sonstigen Ein- griff.³⁰ Bezug genommen wird dazu einerseits auf eine frühere Entscheidung des BVerwG³¹, wonach mit dem Betreten einer Wohnung durch Träger hoheitlicher Gewalt nicht notwendiger- weise eine anordnungsbedürftige Durchsuchung verbunden sei. Eine Wohnung kann auch zur Vornahme anderer Amtshand- lungen betreten werden, bei deren Gelegenheit die Beamten nur ‚unvermeidlich‘ Kenntnisnahme von Personen, Sachen und Zuständen erlangten, was den Eingriff aber noch nicht zu einer Durchsuchung mache. Wie aufgezeigt, ging das BVerfG seit 1971 davon aus, dass gesetzliche Betretensbefugnisse den Bereich der von Art. 13 I und II GG geschützten Wohnung un-

berührt lassen. Der Verweis, dass das bloße ‚Betreten‘ einer Wohnung oder Unterkunft keiner richterlichen Anordnung be- dürfe³², war demnach schon 2004 unrichtig. Abgesehen davon gibt es die Zwangsmaßnahmen bei der Abschiebung nicht rich- tige wieder, wenn der Ablauf als Eintreten, Verweilen und Besich- tigen beschrieben wird – tatsächlich geht es um das Eindringen zum Aufsuchen, Ergreifen und Mitnehmen sich dort aufhalten- der Personen oder verwahrter Sachen. Die rechtliche Überprüfung darf die Zielrichtung der Maßnahme nicht ausblenden: Ging es um die Suche nach bestimmten Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung, liegt eine Durchsuchung i. S. v. Art. 13 II GG vor.³³ Außerdem stößt diese ‚Vollstreckungstheorie‘ an ihre engen Grenzen, wenn es darum geht, dass Vollstreckungsbedienstete sich auf der Suche nach abzuschiebenden Personen Zutritt zu benachbarten Un- terkunftsziimmern verschaffen oder die gesamte Gemeinschafts- unterkunft ‚durchkämmen‘.

Nur wenig abgewandelt wird diese Argumentation aufgegrif- fen, wenn die Ergreifung einer ausreisepflichtigen Person in ihrer Wohnung – ohne ihren Willen – als Durchsetzung der Ausrei- sepflicht mit unmittelbarem Zwang beschrieben wird. Der Ge- fahrenabwehr diene es, wenn die Polizei eine Wohnung – auch ohne Zustimmung des Berechtigten – betritt, um eine gesuchte Person der Abschiebung zuzuführen, die sich in der Wohnung aufhält. Grundlage hierfür sei die Befugnis, den weiteren Ver- stoß gegen Strafvorschriften (wie etwa den unerlaubten Aufent- halt im Inland) zu verhindern.³⁴ Dieses weite Verständnis von den Vollstreckungsbefugnissen³⁵ ist schon mit der an ausdrück- lich bestimmte Voraussetzungen geknüpften Abschiebungshaft nicht vereinbar. Nach § 62 III AufenthG kann ein Ausländer zur Sicherung der Abschiebung in Haft genommen werden, wenn er die Ausreisepflicht z. B. dadurch zu vereiteln versucht, dass er seinen Aufenthalt unangemeldet wechselt oder zu auferlegten Abschiebungsterminen nicht erscheint oder sich der Abschie- bung auf sonstige Weise entzieht. Mit der gesetzlichen Ermäch- tigungsgrundlage wird verdeutlicht, dass die Abschiebung mit unmittelbarem Zwang auch die Freiheitsentziehung einschließt und bei fehlender Freiwilligkeit einer richterlichen Anordnung bedarf (vgl. Art. 104 II GG).³⁶ Die Vorschrift wäre entbehrlich, wenn die Abschiebung mit unmittelbarem Zwang – wie in der älteren Rechtsprechung des BVerwG vertreten – keine Freiheits- entziehung darstellt und ohne richterliche Anordnung zulässig sei.³⁷ Die zu § 62 III AufenthG veröffentlichten Entscheidungen

27 BVerfGE 32, 54 ff., Rn. 61; BVerfG, Beschl. v. 15.3.2007 – 1 BvR 2138/05, juris.

28 *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, Rn. 658.

29 *Zschischack*, NJW 2005, 3318.

30 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 27.5.2004 – 15 W 307/03, juris, Rn. 6.

31 BVerwG, Urt. v. 6.9.1974 – I C 1773, BVerwGE 47, 31, juris, Rn. 17.

32 Allg. nach der Zielrichtung der Maßnahme differenzierend: *Dagdoglu*, in: BK-GG (Zweitbearbeitung), Art. 13 S. 34.

33 *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL September 2016, Art. 13, Rn. 22.

34 *Zschischack*, NJW 2005, 3318 f.

35 Nach BVerwG, NVwZ 2000, 331, 332, ist die Abschiebungsanordnung ‚Teil des Vollstreckungsverfahrens zur zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht des Ausländers‘.

36 *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt (o. Fn. 4), § 62 AufenthG, Rn. 8 f.

37 Siehe schon BVerwGE 62, 325 ff.

zeigen jedoch, dass die Voraussetzungen für eine Abschiebehaftanordnung nicht sehr komplex sind.³⁸ Ordnet das Amtsgericht danach Abschiebehaft an, darf die Polizei die abzuschiebende Person in Gewahrsam nehmen. Nach einer – sehr praxisbezogenen – Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 1981 soll eine Haftanordnung sogar die richterliche Durchsuchungsanordnung „konkudent“ einschließen können, „falls die Voraussetzungen für die Durchsuchung mitgeprüft sind“.³⁹

Selbst wenn man dem Ansatz folgen würde, dass die Ingewahrsamnahme einer abzuschiebenden Person noch zur zwangsweisen Vollziehung der gesetzlichen Ausreisepflicht zähle⁴⁰, entfällt damit nicht die Notwendigkeit einer richterlichen Genehmigung für das zwangsweise Betreten der Unterkunft des Ausländers zur Ergreifung in seiner Wohnung. Das Aufenthaltsgesetz sieht zahlreiche Pflichten des Ausländers vor, z. B. zur aktiven Mitwirkung an der Beschaffung eines Identitätspapiers (§ 48 III AufenthG), zur Auskunft über seine Identität (§ 49 II AufenthG) oder eben zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nach Erlöschen des Aufenthaltstitels oder -rechts (§ 50 I AufenthG). Die einfachgesetzlich geregelten Pflichten lassen aber den Schutz der Bewegungsfreiheit (Art. 2 I GG) und der Wohnung des Ausländers (Art. 13 GG) und damit die Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung für die Abschiebehaft und die Durchsuchung unberührt. Die gesetzliche Ausreisepflicht macht aus der als Wohnung geschützten Unterkunft kein „Versteck“, das die Ausländerbehörden und die Polizei ohne weiteres aufdecken dürften. Nach dem BVerfG ist zum Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung stets eine vorbeugende Kontrolle der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs geboten, d. h. eine eigenverantwortliche Prüfung durch den Amts- oder Verwaltungsrichter anhand der konkreten Begründung der Ordnungsbehörde. Das OLG Frankfurt/Main lehnte eine Wohnungsdurchsuchung ab, solange keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für den Besitz eines für die Abschiebung benötigten Passes bestanden und dessen Auffindung in der Wohnung überwiegend wahrscheinlich sei.⁴¹ Das OVG Koblenz hielt für die Maßnahme, in der Wohnung eines abgelehnten Asylbewerbers nach Identitätsnachweisen zu suchen, eine Durchsuchungsanordnung selbst dann für notwendig, wenn die Ausländerbehörde ihn durch gesonderte Verfügung konkret aufgefordert hatte, bei der Auslandsvertretung des vermuteten Heimatstaates persönlich zur Beantragung eines Passes oder Passersatzpapiers vorzusprechen.⁴² Ausdrücklich stellten etwa VG Freiburg⁴³ oder VG Stuttgart⁴⁴ darauf ab, dass das Betreten der Wohnung einer ausreisepflichtigen Person zum Auffinden des gesuchten Ausländers einer Durchsuchungsanordnung bedarf.

2.5. Gefahr im Verzug

Unabhängig davon, ob man vorliegend die Durchsuchung der Gemeinschaftsunterkunft auf das Straf- oder Polizeirecht stützt, kann eine richterliche Durchsuchungsanordnung im Einzelfall entbehrlich sein, wenn es sich um einen Fall von Gefahr im Verzug handelt oder – wie es in einzelnen Polizeigesetzen heißt – dies den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.

Trotz der unterschiedlichen Wortlaute meinen die Begriffe der Gefährdung des Erfolgs der Durchsuchung und der Gefahr im Verzug dasselbe.⁴⁵

Die Annahme des Vorliegens von Gefahr im Verzug ist nach dem BVerfG aber nur dann rechtmäßig, wenn durch die Einholung einer richterlichen Anordnung sich notwendigerweise eine zeitliche Verzögerung ergibt, die den Zweck des polizeilichen Einschreitens, nämlich eine erfolgreiche Gefahrenabwehr gefährden kann.⁴⁶ Die richterliche Anordnung hat wegen Art. 13 II GG die Regel zu sein, während der Begriff „Gefahr im Verzug“ eng auszulegen ist. Es ist Aufgabe der Sicherheitsbehörden, selbstständig zu beurteilen, ob die zur Verfügung stehende Zeitspanne genügt, um eine richterliche Entscheidung einzuholen. Regelmäßig wird die Polizei versuchen müssen, einen Richter zu erreichen. Nur wenn konkrete Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass entweder bereits die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs oder – nach einem erfolglosen Versuch, einen Richter zu erreichen – ein weiteres Zuwarten den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, darf die Polizei selbst die Anordnung treffen. Erforderlich sind konkrete Tatsachen, die auf den Einzelfall bezogen sind. Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.⁴⁷ Mit der Einschränkung, dass eine richterliche Durchsuchungsanordnung bei „Gefahr im Verzug“ entbehrlich sei, werden der Polizei und den Ausländerbehörden keine Beurteilungsspielräume eröffnet, die einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sind: „Allein Recht und Pflicht der Gerichte zu unbeschränkter Kontrolle des Merkmals ‚Gefahr im Verzug‘ werden der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 13 I GG für den Schutz der persönlichen Lebenssphäre des Einzelnen und der grundrechtssichernden Funktion von Art. 13 II GG gerecht. Jeder Spielraum nichtrichterlicher Organe bei der Feststellung von Gefahr im Verzug würde die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme ihrer Eilkompetenz erweitern und damit den Schutz des Grundrechts schwächen“.⁴⁸ Deshalb ergeben sich aus Art. 19 IV GG zusätzliche – und gegenüber der gerichtlichen Beantragung von Durchsuchung und Abschiebehaft schwer zu erfüllende – Dokumentations- und Begründungspflichten, weshalb auf eine gerichtliche Überprüfung gerade verzichtet worden ist. Dazu müssten konkrete Tatsachen fest-

38 Zur Maßgeblichkeit der Einzelfallbetrachtung: *Beichel-Benedetti*, in: Huber, Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 62, Rn. 19 m. w. N.

39 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.7.1981 – 2 Ws 289/81, NJW 1981, 2133, 2134.

40 Siehe etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.9.2012 – 3 M 154.11, BeckRS 2012, 58008, zur zwangsweisen Vorführung bei der Botschaft des Landes, deren Staatsangehörigkeit eine Person mutmaßlich hat, zur Erlangung von Identitätspapieren.

41 OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 19.7.2006 – 20 W 181/06, FGPrax 2007, 42; Beschl. v. 14.1.2014 – 20 W 205/13, juris, Rn. 23 ff.

42 OVG Koblenz, LKRZ 2009, 417.

43 VG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 14.11.2006 – 2 K 1949/06; Beschl. v. 2.5.2007 – 2 K 633/07, beide juris.

44 VG Stuttgart, Beschl. v. 7.2.2005 – 10 K 105/05, juris.

45 Vgl. BVerfGE 51, 97, 111 = NJW 1979, 1539; BVerfGE 103, 142, 154 = NJW 2001, 1121.

46 BVerfG, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 BvR 1046/08, juris, Rn. 35.

47 BVerfG, NJW 2001, 1121, 1123.

48 BVerfGE 103, 142, 158 = NJW 2001, 1121.

gehalten werden, welche die Annahme rechtfertigen, schon der Versuch zur Erwirkung einer gerichtlichen Durchsuchungsanordnung hätte den Erfolg der Durchsuchung gefährdet. Auch die Anhaltspunkte dafür, dass ein in der Gemeinschaftsunterkunft untergebrachter Flüchtling plane, sich den Behörden und der Abschiebung zu entziehen und „abzutauchen“, bedürfen konkreter Anknüpfungstatsachen.

3. Notwendige Abwägungen zur Erforderlichkeit der Durchsuchung

Der auf Art. 13 II GG beruhende Richtervorbehalt sichert eine vorbeugende Kontrolle der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Wohnungsdurchsuchung. Dies erfordert eine eigenverantwortliche Prüfung durch den Amtsrichter, ob die im Antrag behaupteten Voraussetzungen erfüllt sind und unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechtes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Durchsuchungsanordnung rechtfertigen. Des Weiteren bedarf es auch im Falle einer auf Polizei- und Ordnungsrecht beruhenden Durchsuchungsanordnung einer hinreichend konkreten Begründung, die geeignet ist, eine Kontrolle durch ein Rechtsmittelgericht zu ermöglichen.⁴⁹

Die aufenthaltsrechtliche Durchsuchung einer Wohnung ist regelmäßig erst erforderlich, wenn die Abschiebung bereits einmal daran gescheitert ist, dass sich der Betroffene in seiner Wohnung oder Unterkunft *verborgen* gehalten hat, oder dass aufgrund anderer Umstände konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die geplante Maßnahme hieran scheitern könnte.⁵⁰ Das OLG Hamm hat schon 2004 eine polizeiliche Durchsuchung beanstandet, weil die Erforderlichkeit der Wohnungsdurchsuchung vor der Maßnahme nicht ausreichend dargelegt und geprüft worden war⁵¹: Die Durchsuchungsanordnung zur Ermöglichung einer Abschiebung setze voraus, dass die Durchsuchung erforderlich ist, um in der Wohnung eine Person aufzufinden, deren Ingewahrsamnahme unerlässlich ist, um die strafbare Fortsetzung des Aufenthalts im Inland zu verhindern. Diese Voraussetzungen sowie die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes habe das Amtsgericht in eigener Verantwortung zu prüfen und den maßgebenden Sachverhalt im erforderlichen Umfang aufzuklären. Die Rechtmäßigkeit der zur vollziehbaren Ausreisepflicht führenden Verwaltungsakte sei allerdings der Nachprüfung entzogen.⁵² Grundsätzlich bedürfe aber die Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung einer besonderen Begründung. Regelmäßig genüge dafür und sei die Durchsuchung erforderlich, wenn sich der abzuschubende Ausländer so in der Wohnung verborgen gehalten hat, dass er nur durch eine Durchsuchung hätte gefunden werden können, oder aufgrund anderer Umstände konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die geplante Ingewahrsamnahme hieran scheitern könnte.

Als allgemeiner Maßstab dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁵³ Der schwerwiegende Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung des Betroffenen ist nur gerechtfertigt, wenn er zur Ergreifung des nicht mitwirkungswilligen Betroffenen geeignet und erforderlich ist. Aus Sicht des OLG Naumburg war

jedenfalls eine Durchsuchung nicht erforderlich zur Durchsetzung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. Im Einzelfall wurden auch konkrete Verdachtsmomente nicht dargelegt, dass sich der Betroffene der erkennungsdienstlichen Maßnahme tatsächlich entziehen werde und freiwillig keinen Zugang zu seiner Wohnung gewähren wird. Allein der Umstand, dass ein Betroffener einer Vorladung nicht Folge leiste, rechtfertigt für sich betrachtet jedenfalls noch nicht die Annahme, dass er den die Vorführung vollziehenden Polizeibeamten die Wohnungstür nicht öffnen, sich der zwangsweisen Vorführung durch Flucht entziehen werde bzw. sich in seiner Wohnung versteckt hält. Der Antrag auf eine richterliche Durchsuchungsanordnung setze die Darlegung voraus, dass eine Ergreifung oder Vorführung bisher daran gescheitert ist, dass sich der Betroffene in seiner Wohnung verborgen gehalten hat.⁵⁴

Allein der fortgesetzte Aufenthalt rechtfertigt demnach noch keine Durchsuchungsanordnung der Unterkunft des ausreisepflichtigen Ausländers. Zu den Gründen für die Anordnung von Abschiebehaft ist bereits anerkannt, dass auch der ungemeldete Wohnortwechsel nur eine widerlegliche Vermutung begründet, dass die Abschiebung damit erschwert oder vereitelt werden soll, und die Feststellung der Absicht des Untertauchens nicht ersetzt.⁵⁵ Selbst ein Wohnortwechsel kann dem Ausländer nicht als Haftgrund entgegengehalten werden, wenn ihn die Ausländerbehörde nicht über die Anzeigepflicht gem. § 50 IV AufenthG hingewiesen hat.⁵⁶ Das Vorbringen von Tatsachen und Gründen, die einer Abschiebung entgegenstehen, stellt auch für die Anordnung der Abschiebehaft noch keine Entziehung i. S. v. § 62 III Nr. 4 AufenthG dar.⁵⁷

Eine Durchsuchungsanordnung kommt danach nur in Betracht, wenn die Ausländerbehörde anhand konkreter Tatsachen darlegt, dass ein Abschiebungsversuch erfolglos blieb (z. B. durch das Maßnahmenprotokoll), weil die ausreisepflichtige Person sich in der Wohnung versteckt hielt und auf Aufforderung nicht die Tür öffnete oder auf sonstige Weise schuldhaft die Abschiebung vereitelt hat. Bei Gemeinschaftsunterkünften mit gemeinsam genutzten Sanitär- und Kücheneinrichtungen ist dazu eine Darlegung erforderlich, dass die Mitarbeiter der Ausländerbehörde eine ausreichende Zeitdauer auf die Rückkehr des Ausländers in sein Zimmer gewartet haben, und zwar zu einem Zeitpunkt, als allgemein mit seiner Rückkehr zu rechnen war. Weil sich die Ausländer am Wohnort grundsätzlich frei bewegen können, um sich über Hilfsangebote der Kommune

49 vgl. OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 19.7.2006 – 20 W 181/06, FGPrax 2007, 42, unter Bezug auf BVerfG, NJW 2002, 1941, sowie BVerfG, Beschl. v. 3.7.2006 - 2 BvR 2030/04, juris.

50 OLG Hamm, Beschl. v. 13.4.2012 – I-15 W 131/12, juris, Rn. 14.

51 OLG Hamm, Beschl. v. 27.5.2004 – 15 W 307/03, juris, Rn. 4.

52 BVerfG, NJW 1981, 2111; OLG Köln, ZMR 2000, 458; ebenso *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11. Auflage 2016, § 62 Rn. 58, zur Nachprüfung der die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsentscheidungen bei Anordnung der Abschiebehaft.

53 Vgl. BayObLG, Beschl. v. 20.7.1983 - BReg. 3 Z 106/83, BayObLGZ 1983, 199 ff.

54 OLG Naumburg, Beschl. v. 6.12.2005 – 10 Wx 14/05, juris, Rn. 39.

55 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.2.1993 - 4 W 20/93, NVwZ 1993, 813.

56 *Bauer*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, § 50, Rn. 15 m. w. N.

57 *Winkelmann*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, § 62 Rn. 74; *Keßler*, in: Hofmann, *Ausländerrecht*, 2. Auflage 2016, § 62, Rn. 30 m. w. N.

zu unterrichten und soziale Hilfen in Anspruch nehmen oder Kontakte zu Landsleuten bzw. Sprachmittlern aufnehmen zu können, Kinder in Kindertageseinrichtungen betreuen oder sich ärztlich behandeln zu lassen, müssen sie sich nicht zu jeder Tages- und Nachtzeit in ihrem Unterkunftsraum aufhalten. Deshalb ist auch wegen des bloßen Nichtantretrens solange keine Vereitelungsabsicht zu vermuten, wie der Ausländer nicht ausdrücklich aufgefordert worden ist, sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort aufzuhalten (vgl. zur Versäumung eines Abschiebetermins § 62 III Nr. 3 AufenthG). Anzugeben sind dann konkrete Gründe für das Nichtantretren zum mitgeteilten Abschiebetermin und dafür, dass dies vom Ausländer wenigstens grob fahrlässig versäumt worden ist⁵⁸; daran kann es fehlen, wenn die Ausländerbehörde den Termin nicht ordnungsgemäß und konkret genug bestimmt hat oder der Ausländer wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund verhindert war⁵⁹.

In der Praxis werden Durchsuchungen zur Vorbereitung der Abschiebung zur Nachtzeit regelmäßig ausscheiden. Soweit die Polizeigesetze der Länder die Durchsuchung zur Nachtzeit nicht bereits ausdrücklich auf Beseitigung erheblicher Beeinträchtigungen der Nachbarschaft oder die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert beschränken (so § 23 II i. V. m. I Nr. 3 u. 4 BbgPolG), ergibt sich dies aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Insbesondere soll die Gewährleistung einer verwaltungsseitig geplanten Durchführung der Abschiebung zu einer bestimmten Flugzeit oder durch eine abgestimmte Sammelrückführung nicht die hohen Anforderungen für eine Durchsuchung zur Nachtzeit rechtfertigen.⁶⁰

Die hier aufgezeigten Anforderungen, die für die Beantragung einer Durchsuchungsanordnung bei einem ganz bestimmten ausreisepflichtigen Ausländer zu erfüllen sind, machen deutlich, welcher Arbeitsaufwand mit der Abschiebung und der Ergreifung der ausreisepflichtigen Ausländer verbunden ist. Jedoch stellen die Erleichterung des Verwaltungsablaufs, die Vermeidung womöglich unergiebigere – gleichwohl unangekündigter – Besuche in Gemeinschaftsunterkünften und die Verhinderung der Nachprüfung von und Auseinandersetzung mit Einwänden des Ausländers gegen die Abschiebung keine Rechtfertigungsgründe für die Durchsuchung der Unterkunftsraum dar. An der Eignung und erst recht an der Erforderlichkeit fehlt es einer beantragten Durchsuchung der *gesamten* Gemeinschaftsunterkunft mit mehreren Hundert Bewohnern zur Ergreifung *einer* bestimmten ausreisepflichtigen Person. Das „Durchkämmen“ von Gemeinschaftsunterkünften zur Suche nach einzelnen Flüchtlingen genügt rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen offensichtlich nicht. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 I GG ist nicht „weniger“ geschützt, nur weil es um die Unterkunft für Flüchtlinge geht. Dass ein Richter die Wohnungsgrundrechte aller anderen Bewohner bei seiner Abwägung und Bemessung der Verhältnismäßigkeit hinter Gründe der Verwaltungspraktikabilität zurückstellt, ist zwar schwer vorstellbar – kam aber trotzdem schon vor.⁶¹

4. Fazit

Bei der Rück- und Abschiebung ausreisepflichtiger Ausländer sind die Ausländerbehörden und die Vollzugshilfe leistenden Polizeibeamten der Länder zwar grundsätzlich befugt, einen entgegenstehenden Willen mit Zwangsmitteln zu überwinden. Sofern zur Ergreifung die Wohnräume oder Unterkunftsraum in Gemeinschaftsunterkünften betreten werden müssen, um nach den Flüchtlingen oder deren persönlichen Sachen (vor allem Identitätspapieren) zu suchen, liegt eine Durchsuchung vor, die nach Art. 13 II GG einer richterlichen Anordnung bedarf. Die zur Absicherung der gegenwärtigen Praxis und Vollzugserleichterung aufgefahrene Theorien, die Zwangsbefugnis ermächtige auch zur Durchsuchung von Wohnräumen und stelle eine Beschränkung des Wohnungsgrundrechts i. S. v. Art. 13 VII GG dar, genügen den in der Rechtsprechung des BVerfG formulierten Anforderungen nicht ansatzweise. Vor einer Anordnung der Wohnungsdurchsuchung haben die Richter die Voraussetzungen und insbesondere die Erforderlichkeit der Maßnahme eigenverantwortlich zu prüfen. Dazu sind konkrete Darlegungen der Ausländerbehörden notwendig, warum sich der Flüchtling der Abschiebung entziehen oder diese sonst schuldhaft vereiteln wird.

58 Vgl. *Beichel-Benedetti*, in: Huber, Aufenthaltsgesetz, § 62 Rn. 16.

59 *Keßler*, in: Hofmann, Ausländerrecht, § 62, Rn. 29 m. w. N.

60 AG Kerpen, Beschl. v. 22.1.2004 - 68 XIV 3/04, BeckRS 2015, 07026.

61 AG Potsdam, Beschl. v. 30.1.2017 - 78 XIV 1/17, n.V.