

# Das aktuelle Thema

Dominik Bender

## »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts?

– Die ausländerrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nach dem 11. September 2001 –\*

### *A. Einleitung*

Durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz (TerrbekG) vom 9.1.2002<sup>1</sup> erfuhr das deutsche Ausländerrecht in Folge weitreichender Änderungen im Ausländergesetz (AusLG), Asylverfahrensgesetz (AsylVfG), Ausländerzentralregistergesetz (AZRG) und in den entsprechenden Verordnungen<sup>2</sup> sowie Änderungen im Vereinsgesetz (VereinsG) und Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) eine neue Ausrichtung. Nicht alle diese Neuregelungen können und sollen Gegenstand der folgenden Betrachtung sein.<sup>3</sup> Vielmehr richtet sich das Augenmerk auf diejenigen Regelungen, die die Entwicklungen bestätigen können, dass

- die neuen ausländerrechtlichen Normen an Tatbestandsmerkmale anknüpfen, bezüglich deren Definition große Unsicherheiten bestehen (s. Abschnitt C. I.),
- ausländerrechtliche Normen, die zum Ergreifen ausländerrechtlicher Sanktionen und zur Datenübermittlung ermächtigen, tatbestandlich immer geringeren Voraussetzungen unterliegen (s. Abschnitt C. II.) und
- ausländerrechtliche Normen die immer umfassendere Nutzung von zu ausländerrechtlichen Zwecken erhobenen Daten für die Gefahrenabwehr und die Strafverfolgung ermöglichen (s. Abschnitt C. III.).

Die soeben bezeichneten Entwicklungen werden dabei im Folgenden nicht als spezifisch ausländerrechtliche Erscheinung interpretiert, sondern in Beziehung gesetzt zu den Entwicklungen im modernen Polizeirecht. Auf diese Weise sollen Belege für die Ausgangsthese gesucht werden, dass der ausländerrechtliche Regelungsgehalt des TerrbekG Entwicklungen aufgreift und nachvollzieht, die kennzeichnend für das

\* Der Beitrag wurde angeregt durch den »Frankfurter Tag der Rechtspolitik« am 5. Dezember 2002 an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, der unter dem Titel »Gefahrenabwehr, Strafverfolgung und Landesverteidigung: Rechtsstaat im Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit« stand. Die Bearbeitung des Textes wurde im Februar 2003 abgeschlossen.

<sup>1</sup> BGBl. I 2002, 361 ff.; einen umfassenden und kritischen Überblick über die ergriffenen Maßnahmen gibt Deminger, in: StV 2002, 96 ff.

<sup>2</sup> Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes (DVAusLG), Ausländerdateienverordnung (Ausl-DatV), Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über das Ausländerzentralregister (AZRG-DV).

<sup>3</sup> So bleiben folgende sehr einschneidende Änderungen im Weiteren unberücksichtigt: §§ 5, 39, 56 a, 69 AusLG, § 22 DVAusLG und § 63 AsylVfG (Einführung biometrischer Daten in bestimmte Dokumente von Ausländern), § 51 AusLG (Erweiterung der Ausnahmen vom Verbot der Abschiebung politisch Verfolgter), § 64 a AusLG (informationelle Zusammenarbeit der Ausländerbehörden und Auslandsvertretungen mit den Sicherheitsbehörden), § 29 AZRG (Ausbau der AZR-Visadatei zu einer sog. Visaentscheidungsdatei), § 14 VereinsG (Ausdehnung der Verbotsgründe für Ausländer- und ausländische Vereine).

moderne Polizeirecht sind. Rechtsstaatlich bedenklich könnte eine solche Annäherung (»Verpolizeilichung«)<sup>4</sup> sein, wenn und soweit es sich beim Ausländerrecht um einen vom Polizeirecht zu trennenden Bereich des Gefahrenabwehrrechts handelt (s. Abschnitt B.).

Die vorliegende Arbeit will sich nicht auf das beschränken, was im Rahmen des TerrbekG auch tatsächlich beschlossen wurde, sondern auch die Vorschläge mit einbeziehen, die im Gesetzgebungsverfahren zum TerrbekG (noch) nicht mehrheitsfähig waren. Es werden daher neben dem am 14. 12. 2001 vom Bundestag und am 20. 12. 2001 vom Bundesrat verabschiedeten Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN<sup>5</sup> berücksichtigt:

- der erste Entwurf der Bundesregierung für ein TerrbekG vom 12. 10. 2001,<sup>6</sup>
- der zweite Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001<sup>7</sup> und
- die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrates vom 30. 11. 2001.<sup>8</sup>

Die Berücksichtigung der nichtbeschlossenen Vorschläge soll vor allem dazu dienen, die Ausgangsthese nicht nur anhand tatsächlicher Entwicklungen, sondern auch vor dem Hintergrund sich abzeichnender Tendenzen abzusichern. Sie soll aber auch einen Beitrag dazu leisten, auf zukünftige, möglicherweise durch weitere terroristische Bedrohungen oder einen Regierungswechsel ausgelöste Gesetzesnovellen zur Terrorismusbekämpfung vorbereitet zu sein und in der Debatte nicht – wieder<sup>9</sup> – vom Gesetzgeber überrannt zu werden.

## B. Verhältnis von Ausländer- und Polizeirecht

Ist das Ausländerrecht angesichts seiner Vorschriften z.B. über die aufenthalts-, arbeits-, sozial- und familienrechtliche Daseinsvorsorge von seiner Gesamtpprägung her nicht als rein gefahrenabwehrrechtlich zu qualifizieren, so trifft dies aber auf bestimmte Einzelmaßnahmen zu.<sup>10</sup> So stellt beispielsweise die Ausweisung eine Maßnahme ordnungsrechtlicher Gefahrenabwehr dar, die einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen soll.<sup>11</sup> Dies könnte ein Beleg für die Nähe spezifischer ausländerrechtlicher Maßnahmen zu polizeilichen Gefahrenab-

4 Von »Verpolizeilichung« ist bisher a) im Zusammenhang mit der kompetentiellen und befugnisrechtlichen Verweisung der gebotenen Trennung von Polizei- und Verfassungsschutzbehörden (»Verpolizeilichung der Nachrichtendienste«, vgl. *Tetzlaff*, in: KJ 2002, 145 [165 ff.]; *Lisken*, in: ZRP 1994, 264 [266 ff.]) und b) bezüglich der Auflösung der Grenzen zwischen präventivem und repressivem staatlichen Handeln (»Verpolizeilichung des Strafverfahrens«, vgl. *Albrecht*, in: StV 2001, 416 [417 ff.]; *Hefendehl*, in: StV 2001, 700 [702 ff.]; *Schaefer*, in: StraFo 2002, 118 [119 ff.]) gesprochen worden. In der vorliegenden Arbeit soll der Begriff schlagwortartig für die Leitfrage nach einer durch das TerrbekG bedingten Annäherung von Ausländer- und Polizeirecht stehen.

5 BT-Drs. 14/7386.

6 Der Wortlaut des Gesetzentwurfs vom 12. 10. 2001 ist abrufbar unter <http://www.cilip.de/terror/atg-1.htm>; alternativ: [http://www.proasyl.de/texte/gesetze/brd/anti\\_terror/atg\\_gesetz.htm](http://www.proasyl.de/texte/gesetze/brd/anti_terror/atg_gesetz.htm). Die Begründung des Gesetzentwurfs findet sich unter <http://www.cilip.de/terror/atg-2.htm>; alternativ: [http://www.proasyl.de/texte/gesetze/brd/anti\\_terror/atg\\_begrueundung.htm](http://www.proasyl.de/texte/gesetze/brd/anti_terror/atg_begrueundung.htm).

7 Der Gesetzentwurf vom 2. 11. 2001 und die Begründung sind abrufbar unter <http://www.cilip.de/terror/atg02112001.pdf>.

8 BR-Drs. 920/1/01.

9 Vor Verabschiedung des TerrbekG erschien – soweit ersichtlich – nur der kurze Beitrag von *Albrecht*, in: NJ 2001, 626. Die ersten ausführlicheren Auseinandersetzungen mit dem Gesetzespaket von *Groß*, in: KJ 2002, 1 ff. und *Denninger*, in: StV 2002, 96 ff., stammen aus der Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes.

10 Kloesel/Christ/Häußler, Deutsches Ausländerrecht, § 1. Lfg., 2002, Einleitung, Rn. 5; *Sailer*, in: *Denninger/Lisken* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 135 ff., Rn. 1; *Dollinger/Speckmaier*, Einführung in das Ausländerrecht, 1. Aufl., 1997, Rn. 12.

11 Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht (GK-AuslR), bearb. von Fritz u. v. a., 67. Lfg., 2002, § 45, Rn. 21.

wehrmaßnahmen sein. Dafür spricht auch, dass dort, wo Tatbestände die Gefährdung eines bestimmten Schutzguts durch den Ausländer verlangen (z. B. §§ 46 f. AuslG), zur Definition dieses Gefährdungsbegriffes auf den Gefahrenbegriff des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zurückgegriffen wird.<sup>12</sup> Stellen bestimmte ausländerrechtliche Maßnahmen also nur polizeiliche Eingriffe auf dem Gebiet des Ausländerrechts dar, und ist das Ausländerrecht mithin nur »besonderes Polizeirecht«?

Diese Frage mit »Ja« zu beantworten, würde der besonderen Qualität von gefahrenabwehrenden Maßnahmen auf dem Gebiet des Ausländerrechts nicht gerecht werden. Grundrechtlich gesehen ergibt sich bei ausländerrechtlichen Maßnahmen nämlich aufgrund des Personenkreises der Betroffenen und der Art der Betroffenheit eine andere Spannungslage als bei polizeilichen Maßnahmen. Geht es im Polizeirecht »nur« um Aufklärungsmaßnahmen oder sich relativ schnell erledigende Standardmaßnahmen der Gefahrenabwehr, so treffen Aufenthaltsversagung und Ausweisung einen Ausländer in seiner persönlichen Sphäre schwer und dauerhaft. Eine Ausweisung z. B. greift tief in die persönlichen und sozialen Lebensverhältnisse eines Ausländers ein und wirkt für den Betroffenen oft schlimmer als eine strafrechtliche Sanktion. Typischerweise liegt daher bei ausländerrechtlichen Maßnahmen anders als bei polizeilichen häufig ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 I GG vor.<sup>13</sup> Dieser grundlegende Unterschied zu polizeilichen Maßnahmen wird dadurch verstärkt, dass sich der Konflikt mit den Grundrechten anders als bei polizeilichen Maßnahmen immer nur in Bezug auf die Jedermann-Grundrechte des Grundgesetzes abspielt, dafür aber zusätzlich international verbürgte Rechte, z. B. aus der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), eine Rolle spielen.

Aus dieser qualitativen Unterschiedlichkeit lässt sich ableiten, dass ausländerrechtliche Eingriffsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr und ihre Voraussetzungen an anderen Maßstäben zu messen sind als polizeiliche Eingriffsmaßnahmen und ihre Voraussetzungen. Parallelentwicklungen auf dem Gebiet des Polizei- und des Ausländerrechts sollten daher ebenso zu einer kritischen Prüfung veranlassen wie der Einzug polizeilicher Handlungsmechanismen und Bewertungskategorien in das Ausländerrecht. Ob die ausländerrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nach dem 11. September 2001 derartige Entwicklungen und Tendenzen erkennen lassen, und wie diese ggfs. zu bewerten sind, darum soll es im Folgenden gehen.

## *C. Entwicklungen und Tendenzen einer »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts*

### *I. Fehlen von Definitionen für zentrale Tatbestandsvoraussetzungen*

#### *1. Als Kennzeichen moderner Polizeirechtsentwicklungen*

Mit dem »Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität« (OrgKG) vom 15. 7. 1992<sup>14</sup> nahm der Gesetzgeber das Phänomen der Organisierten Kriminalität ins Visier und schuf dazu eine Fülle neuer, schwerwiegender Eingriffsbefugnisse.<sup>15</sup> Eine ver-

<sup>12</sup> BVerwG NJW 1981, 1915; GK-AuslR (Fn. 11), § 46, Rn. 15.

<sup>13</sup> Protokoll der 78. Sitzung des Bundestagsinnenausschusses am 30. 11. 2001, S. 87 ff.

<sup>14</sup> BGBl. I 1992, 1302 ff.

<sup>15</sup> Z. B. die §§ 98 a–c, 100 c–d, 110 a–e, 163 e StPO.

## 2. Als Kennzeichen ausländerrechtlicher Entwicklungen

Mit dem TerrbekG vom 9. 1. 2002 versucht der Gesetzgeber nun, den Erscheinungsformen des internationalen Terrorismus Herr zu werden, und auch in diesem Zusammenhang wurde eine Fülle tief in individuelle Freiheitsrechte eingreifender Tatbestände geschaffen, die an den Begriff des internationalen Terrorismus anknüpfen (z. B. §§ 8 I Nr. 5, 47 II Nr. 4 und 47 II Nr. 5 AuslG).<sup>17</sup> Trotz Hinweisen noch während des Gesetzgebungsverfahrens, dass es an einer Definition dieses zentralen Tatbestandsmerkmals fehle,<sup>18</sup> enthalten die Neuregelungen keine Definition des Begriffes.

## 3. Gemeinsame Probleme der begrifflichen Unklarheiten

Dem Zurechnungsprinzip der individuellen Verantwortlichkeit können staatliche Eingriffsmaßnahmen nur gerecht werden, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen tragfähige Zurechnungs- und Abgrenzungskriterien aufweisen.<sup>19</sup> Wird schon seit langem konstatiert, dass eine rechtsstaatlich erträgliche Fassung der Tatbestände der Eingriffsmaßnahmen im erweiterten Vorfeldbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung nur gelingen kann, wenn der Gesetzgeber sich zu einer klar umrissenen Definition der Organisierten Kriminalität durchringt,<sup>20</sup> so wird bezüglich der neuen Regelungen im TerrbekG jetzt in gleicher Weise gefordert, dass es für die Definition des Terrorismusbegriffes zusätzlicher Merkmale bedarf, damit er zu einem rechtsstaatlich ein- und abgrenzbaren Tatbestandsmerkmal wird.<sup>21</sup> Das Fehlen einer gesetzlichen Terrorismusdefinition und der insofern weite behördliche Ermessensspielraum stellen sich aber nicht nur als möglicher Verstoß gegen den Wesentlichkeits- und den Bestimmtheitsgrundsatz dar; in Kombination mit den herabgesetzten tatbestandlichen Voraussetzungen für ausländerrechtliche Sanktionen (davon im folgenden Abschnitt II.) sowie der umfassenden informationellen Zusammenarbeit zwischen Ausländer- und Sicherheitsbehörden (davon im Abschnitt III.) zeitigt die begriffliche Unschärfe schwerwiegende Folgen für die rechtliche Behandlung von Ausländern.

## II. Herabsetzung von tatbestandlichen Eingriffsschwellen

### 1. Tatsächliche Anhaltspunkte als Voraussetzung für polizeiliches Handeln

In den beiden zentralen Betätigungsfeldern der Polizei, der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung, wird polizeiliches Handeln grundsätzlich vom Vorliegen tatsäch-

<sup>16</sup> Denninger, in: Denninger/Lisken (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 192; Lisken, in: ZRP 1994, 264.

<sup>17</sup> Zu den Regelungen im Einzelnen s. u. im Abschnitt C. II.

<sup>18</sup> Protokoll der 78. Sitzung des Bundestagsinnenausschusses am 30. 11. 2001, S. 54 ff.

<sup>19</sup> LVerfG MV DÖV 2000, 71 [72 ff.].

<sup>20</sup> Denninger, in: Denninger/Lisken (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 198; Lisken, in: ZRP 1994, 264.

<sup>21</sup> Marx, in: ZAR 2002, 127 [129].

licher Anhaltspunkte für eine bevorstehende oder eine bereits eingetretene Rechtsverletzung abhängig gemacht.<sup>22</sup> Im Bereich der Strafverfolgung sind die Strafverfolgungsbehörden – und somit gem. § 163 I StPO auch die Polizei – aufgrund des Legalitätsprinzips einem Ermittlungszwang unterworfen, wenn und soweit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine begangene Straftat vorliegen (§ 152 II StPO).<sup>23</sup> Derartige tatsächliche Anhaltspunkte sind bestimmte Indizien, die für die Möglichkeit der Tatbegehung sprechen, und ihr Vorliegen begründet den sog. Anfangsverdacht.<sup>24</sup> Deuten hingegen bestimmte Anhaltspunkte auf eine zukünftig, bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende Schädigung eines polizeilich geschützten Rechtsguts hin, so wird die Polizei auf dem durch Landesrecht geregelten Gebiet der Gefahrenabwehr aufgrund einer positiven Gefahrenprognose tätig.<sup>25</sup> Reichen die der Polizei vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nur dahin, dass das Bestehen einer Gefahr einerseits nicht ausgeschlossen werden kann, andererseits das tatsächliche Vorliegen einer Gefahr aber auch nicht feststeht, so handelt es sich nur um einen Gefahrverdacht.<sup>26</sup> In diesem Fall ist die Polizei aufgrund des Übermaßverbotes grundsätzlich lediglich zu sog. Gefahrerforschungs- bzw. -aufklärungseingriffen ermächtigt.<sup>27</sup> Ob tatsächliche Anhaltspunkte im Ausländerrecht ausreichen, um bestimmte Eingriffsmaßnahmen auszulösen, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

## 2. Tatsächliche Anhaltspunkte als Voraussetzung für ausländerbehördliches Handeln

### a) Der neue Versagungsgrund des § 8 I Nr. 5 AuslG: Versagung aufgrund bloßen »Verdachts«?

Auch wenn bei einem Ausländer die Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung erfüllt sind, ist diese ausgeschlossen, wenn ein gesetzlicher Versagungsgrund vorliegt. Gem. § 8 AuslG, der die sog. besonderen Versagungsgründe regelt, war die zwingende Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung tatbestandlich bisher an Formalien wie z.B. die Einreise ohne erforderliches Visum (§ 8 I Nr. 1 AuslG) geknüpft. Der Entwurf der Bundesregierung vom 12. 10. 2001 sah nun die Einführung eines neuen § 8 I Nr. 5 AuslG vor, demzufolge eine beantragte Aufenthaltsgenehmigung zu versagen gewesen wäre, »wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen«, dass sich ein Ausländer an Bestrebungen gegen die in § 3 I Nr. 1 und 3 BVerfSchG genannten Schutzgüter beteiligt oder beteiligt hat.<sup>28</sup>

Was ist mit den Worten »tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht« gemeint? Bezüglich der Einordnung dieser Formulierung herrschte Unsicherheit. Vom Bundesjustizministerium wurde sie in einer Stellungnahme vom 17. 10. 2001<sup>29</sup> als Umschrei-

<sup>22</sup> Zum Handeln der Polizei bereits im Vorfeld tatsächlicher Anhaltspunkte s. Müller, in: StV 1995, 602 [603 ff.] und Albrecht, in: StV 2001, 416 [417 f.].

<sup>23</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2002, Rn. 17; zu den Ausnahmen vom Verfolgungszwang siehe ebd., Rn. 333 ff.

<sup>24</sup> Ebd., Rn. 114.

<sup>25</sup> Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., 2000, Rn. 111.

<sup>26</sup> Ebd., Rn. 186.

<sup>27</sup> Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001, Rn. 155.

<sup>28</sup> Entwurf der Bundesregierung vom 12. 10. 2001 (Fn. 6), Art. 9 Nr. 3 b.

<sup>29</sup> Stellungnahme des Bundesjustizministeriums vom 17. 10. 2001, abrufbar unter <http://www.cilip.de/terror/bmj.pdf>.

bung für den Begriff des Anfangsverdachts und daher als Verdacht im strafprozessualen Sinne interpretiert.<sup>30</sup> Der Bundesratsinnenausschuss deutete die Formulierung hingegen nicht strafprozessual, sondern als begriffliche Kategorie des Gefahrenabwehrrechts.<sup>31</sup> Er schlug deswegen als Alternative zur Regierungsfassung die Formulierung »tatsächliche Anhaltspunkte [für] die Annahme« vor.<sup>32</sup> Die formal-begrifflichen Unklarheiten lassen sich aber unter Heranziehung der Vorschlagsbegründung beseitigen, die deutlich macht, worum es inhaltlich ging:

»Bereits das Vorliegen hinreichend konkreter Verdachtsmomente [...] muss genügen, um einem Ausländer die Einreise ins Bundesgebiet oder die Gewährung von Aufenthaltsrechten in Deutschland zu verweigern. Unter Gesichtspunkten der Abwägung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland und der hier lebenden Bevölkerung und die des einreise- bzw. aufenthaltswilligen Ausländers in solchen Fällen nur dahingehen, den Sicherheitsinteressen Deutschlands den Vorrang einzuräumen. [...] Soweit [...] hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung bestehen, kann regelmäßig auch ein bis dahin rechtmäßiger Aufenthalt nicht weiter hingenommen werden. Bei Gefahren und Bedrohungen von derartigem Gewicht darf nicht darauf abgestellt werden, ob dem einzelnen Ausländer sein Fehlverhalten ohne jeden Zweifel nachweisbar ist.«<sup>33</sup>

Inhaltlich war demnach eine Vorverlagerung des Versagungstatbestandes angestrebt; denn um »tatsächliche Anhaltspunkte für eine Annahme« bejahen zu können, muss – im Gegensatz zu »Tatsachen« – nicht ein bestimmter Sachverhalt nachgewiesen werden, sondern genügt es vielmehr, wenn es als möglich erscheint, dass der Sachverhalt vorliegen könnte und hierfür bestimmte Indizien sprechen.<sup>34</sup> Statt des Nachweises von als gefährlich angesehenen Bestrebungen anhand bestimmter Tatsachen, was gefahrenabwehrrechtlich einer positiven Gefahrenprognose entspräche, war nun also die Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung wegen einer auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Annahme<sup>35</sup> geplant. In der Systematik der Versagungs- und Ausweisungsgründe wäre das ein Novum, denn Rechtsfolgen aufgrund der (bloßen) Möglichkeit eines Gefährdungstatbestandes statt aufgrund einer auf Tatsachen beruhenden Gefahrenprognose kannten die §§ 7 f., 45 ff. AuslG bisher nicht.<sup>36</sup> Die beabsichtigte Neuregelung war daher sehr umstritten und wurde von der Bundesregierung schon in ihrem zweiten Entwurf vom 2. 11. 2001 nicht mehr weiterverfolgt. Auch im Bundesrat fand sie keine Zustimmung.<sup>37</sup> Der von der Bundesregierung stattdessen am 2. 11. 2001 vorgeschlagene und mit leichten Änderungen auch beschlossene neue Versagungsgrund des § 8 I Nr. 5 AuslG setzt nun voraus, dass

»er [der Ausländer, Anm.d. Verf.] die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder sich bei der Verfolgung politischer Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zu Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht oder wenn Tatsachen belegen, dass er einer Vereinigung angehört, die den internationalen Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt«.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Ebd., S. 21.

<sup>31</sup> BR-Drs. 920/1/01, S. 41.

<sup>32</sup> Ebd., S. 31.

<sup>33</sup> Ebd., S. 33.

<sup>34</sup> Meixner, HSOG, 9. Aufl., § 13, Rn. 9; vgl. auch Drs. 15/3755 des Hessischen Landtags, S. 3.

<sup>35</sup> Bzw. in der Wortwahl des Vorschlags der Bundesregierung: wegen eines auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Verdachts (daher »Verdachtsversagung«).

<sup>36</sup> BVerwG NJW 1981, 1915: Die »bloß entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts« reicht nicht aus; so auch: GK-AuslR (Fn. 11), § 46, Rn. 15; auch die Wendung »wenn aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist« (§ 51 III 2 AuslG n. F.) umfasst nicht bloße Möglichkeiten, vgl. Protokoll der 78. Sitzung des Bundestagsinnenausschusses am 30. 11. 2001, S. 84 f. sowie Dollinger/Speckmaier (Fn. 10), Rn. 436 und GK-AuslR (Fn. 11), § 45, Rn. 394.

<sup>37</sup> Plenarprotokoll der 770. Sitzung des Bundesrates am 30. 11. 2001, S. 662.

<sup>38</sup> BGBl. I 2002, 368; Der Wortlaut des neuen § 8 I Nr. 5 AuslG ist stark an den Ermessensausweisungstatbestand des bisherigen § 46 Nr. 1 AuslG angelehnt.

Dieser neue Tatbestand erfordert also nachweisbare Gefahrenprognosen bzw. den Beleg durch Tatsachen.<sup>39</sup> Nicht ausreichend sind auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützte Annahmen oder – um die von der Bundesregierung gewählte Formulierung aufzugreifen – ein Verdacht.<sup>40</sup> Eine »Verdachtsversagung« wurde nicht eingeführt.<sup>41</sup>

*b) Der neue Ausweisungsgrund des § 47 II Nr. 5 AuslG: Ausweisung aufgrund bloßen »Verdachts«?*

§ 47 II AuslG normiert die Tatbestände, die regelmäßig die Ausweisung des betreffenden Ausländers auslösen. Der Bundesratsinnenausschuss schlug diesbezüglich eine Erweiterung vor, derzufolge es für die Regelausweisung eines Ausländers ausreichen sollte, wenn »Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er einer Vereinigung angehört, die den internationalen Terrorismus unterstützt, oder dass er eine derartige Vereinigung unterstützt«.<sup>42</sup> Damit wurde der schon bezüglich des neuen Versagungsgrundes gem. § 8 I Nr. 5 geäußerte Gedanke aufgegriffen, dass der Nachweis eines bestimmten Sachverhalts nicht mehr erforderlich sein solle.<sup>43</sup> Zur Begründung wurde dabei ähnlich argumentiert:

»Bereits der Verdacht der Unterstützung des Terrorismus muss regelmäßig zur Ausweisung führen. [...] Es kann hier nicht so lange gewartet werden, bis die Ermittlungen im Einzelfall zweifelsfrei das genannte Fehlverhalten nachweisen können, da das mit einem solchen Zuwarten verbundene Risiko für die Gesellschaft nicht tragbar ist.«<sup>44</sup>

Der Vorschlag fand jedoch am Ende des Gesetzgebungsverfahrens weder im Bundesrat noch im Bundestag eine Mehrheit. Verabschiedet wurde stattdessen eine Neuregelung, die bereits der Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001 vorgesehen hatte.<sup>45</sup> Mit einer Regelausweisung wird nun gem. § 47 II Nr. 5 AuslG sanktioniert,

»wer in einer Befragung, die der Klärung von Bedenken gegen die Einreise oder den weiteren Aufenthalt dient, der deutschen Auslandsvertretung oder der Ausländerbehörde gegenüber frühere Aufenthalte in Deutschland oder anderen Staaten verheimlicht oder in wesentlichen Punkten falsche oder unvollständige Angaben über Verbindungen zu Personen oder Organisationen macht, die der Unterstützung des internationalen Terrorismus verdächtig sind.«<sup>46</sup>

Damit eine Ausweisung aufgrund von Verheimlichungen (erste Tatbestandsalternative) oder Falschangaben (zweite Tatbestandsalternative) zulässig ist, setzt § 47 II Nr. 5 Satz 2 AuslG zusätzlich voraus, dass der Ausländer vor der Befragung ausdrücklich auf ihren sicherheitsrechtlichen Zweck und die Rechtsfolgen falscher oder unvollständiger Angaben hingewiesen worden ist.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber mit der verabschiedeten Fassung tatsächlich von dem ursprünglichen Ansinnen Abschied genommen hat, bestimmte ausländerrechtliche Rechtsfolgen tatbestandlich von dem Erfordernis tatsächengestützter Gefahrenprognosen bzw. eines Nachweises abzukoppeln. Das Gegenteil anzunehmen, liegt nicht allein deshalb nahe, weil der Gesetzestext in der zweiten Tatbestandsalternative von

39 So auch erste Kommentierungen, vgl. Kloesel/Christ/Häußler (Fn. 10), ONr. 110, § 8, Rn. 24a.

40 Das Vorliegen der Voraussetzungen des Versagungsgrundes gem. § 8 I Nr. 5 AuslG führt gem. dem ebenfalls neu eingeführten § 47 II Nr. 4 AuslG zur Ausweisung. Die soeben bezüglich § 8 I Nr. 5 AuslG gemachten Ausführungen gelten insofern auch für § 47 II Nr. 4 AuslG, wobei dessen Rechtsfolge im Gegensatz zu der des § 8 I Nr. 5 AuslG nicht zwingend, sondern nur die Regel ist.

41 Zur Gefahr eines wegen der Definitionsprobleme hinsichtlich des tatbestandlich verlangten »Angehörens« oder »Unterstützens« dennoch ausufernden Tatbestandes vgl. Marx, in: ZAR 2002, 127 [129 ff.].

42 BR-Drs. 920/1/01, S. 40.

43 S. soeben unter a).

44 BR-Drs. 920/1/01, S. 40.

45 Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001 (Fn. 7), S. 22.

46 BGBl. I 2002, 370.

»des internationalen Terrorismus verdächtig[en]« Personen und Organisationen spricht und insofern bereits einen Verdacht genügen lässt, sondern vor allem deshalb, weil als Anknüpfungstatbestand ja gerade nicht *Unterstützungshandlungen* für solche Personen oder Organisationen gewählt wurden, sondern *falsche oder unvollständige Angaben* über die Verbindungen zu solchen Personen oder Organisationen. Worin dabei der qualitative Unterschied besteht, lässt sich an der ersten Alternative des § 47 II Nr. 5 AuslG, dem Verheimlichungstatbestand, verdeutlichen: Wer in einer Befragung frühere Aufenthalte in der BRD oder irgend einem anderen Land verheimlicht, wird – wenn er vorher auf diese mögliche Konsequenz hingewiesen wurde – in der Regel ausgewiesen. Dazu muss dem betroffenen Ausländer der Verheimlichungstatbestand auch nachgewiesen werden. Aber was hat man ihm damit letztendlich nachgewiesen? Einen Tatbestand, der allenfalls einen *tatsächlichen Anhaltspunkt für die Annahme* darstellen könnte, er verfolge terroristische Absichten. Darin liegt aber gerade kein Nachweis dafür, dass diese Gefahren von dem Ausländer tatsächlich ausgehen. Ein solcher zweifelsfreier Schluss vom Verheimlichungstatbestand auf einen terroristischen Hintergrund ist gar nicht möglich. Zwar würde ein Terrorist wahrscheinlich versuchen, frühere Aufenthalte in bestimmten Staaten, durch die er sich verdächtig machen könnte, zu verschleiern. Aber nicht jeder, der frühere Aufenthalte in bestimmten Staaten verheimlicht, tut dies mit der eben genannten Absicht. Denn Gründe für das Verheimlichen früherer Aufenthalte gibt es viele, so z. B. die Drittstaatenregelung, und ebenso unterschiedlich können auch die Beweggründe für Falschangaben über Verbindungen zu terrorismusverdächtigen Personen und Organisationen sein. Vom Erfordernis des Nachweises, das Verheimlichungen und Falschangaben gerade dadurch motiviert sind, terroristische Absichten zu verdecken, will sich der Gesetzgeber aber ausweislich der Gesetzesbegründung gerade befreien:

»Falsche Angaben in diesem Bereich deuten auf ein erhebliches Sicherheitsrisiko hin. Dementsprechend genügt hier regelmäßig der Nachweis solcher unrichtiger Angaben für eine Ausweisung. Ein darüber hinausgehender Nachweis des Kontaktes zum Terrorismus ist nicht erforderlich.«<sup>47</sup>

Den Nachweis, der die tatsächlichen Anhaltspunkte zu Tatsachen, den Gefahrenverdacht zu einer stichhaltigen Gefahrenprognose erstarken lassen könnte, sollen die Behörden nach dem Willen des Gesetzgebers nicht antreten müssen. Er wird gewissermaßen ersetzt durch die gesetzgeberische Vermutung, Verheimlichungen und Falschangaben »deuteten« auf eine terroristische Motivation hin. Dass ihm, dem Gesetzgeber, dabei selbst nicht ganz wohl war, dafür mag sprechen, dass die Regelausweisung nach § 47 II Nr. 5 AuslG einen Ausländer nur dann treffen soll, wenn er vor der Befragung auf deren sicherheitsrechtlichen Zweck und die möglichen Rechtsfolgen hingewiesen wurde. An der Tatsache, dass es sich um einen Ausweisungstatbestand aufgrund eines bloßen »Verdachts« handelt, ändert das allerdings nichts.<sup>48</sup>

### c) Die neue Übermittlungsregelung des § 18 I a BVerfSchG: Übermittlungspflicht aufgrund bloßen »Verdachts«?

Bis zum TerrbekG kannte das deutsche Verfassungsschutzrecht keine Unterrichtungspflicht der Ausländerbehörden gegenüber den Verfassungsschutzbehörden, und für das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (BAFl) bestand

<sup>47</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 56.

<sup>48</sup> Auf den neuen Ermessensausweisungsgrund des § 46 Nr. 1 AuslG, der tatbestandlich falsche Angaben zum Zwecke der Erlangung einer Aufenthaltsgenehmigung bzw. Duldung oder die Verletzung von Mitwirkungspflichten im ausländerrechtlichen Verfahren voraussetzt, sind die soeben gemachten Ausführungen



eine Übermittlungspflicht nur unter den engen Voraussetzungen des § 18 I BVerfSchG. Im Rahmen des neuen § 18 Ia neu BVerfSchG wurde nun erstmals eine Berichtspflicht der Ausländerbehörden gegenüber den Landesverfassungsschutzämtern eingeführt und die bereits bestehende Berichtspflicht des BAFI gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz inhaltlich erweitert. Der Neuregelung zufolge haben die Ausländerbehörden und das BAFI von sich aus die ihnen bezüglich Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 I BVerfSchG bekannt gewordenen Informationen und personenbezogenen Daten zu übermitteln, wenn »tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde erforderlich ist«.<sup>49</sup>

Bemerkenswert an dieser Neuregelung ist, dass die Übermittlungspflicht nicht von der tatsächlichen Erforderlichkeit der Datenübermittlung abhängig gemacht wird, sondern dass *tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit* der Datenübermittlung ausreichen sollen. Der Gesetzgeber begründet diese niedrigen, übermittlungspflichtauslösenden materiellen Voraussetzungen damit, dass ausländer- und asylverfahrensrechtlich beteiligte Behörden häufig nicht erkennen könnten, ob sich der Antragsteller an geheimdienstlichen Tätigkeiten oder gewaltgeneigten Bestrebungen in Deutschland beteiligt oder beteiligen wird.<sup>50</sup> Deswegen wird die Pflicht zur Datenübermittlung gem. § 18 Ia BVerfSchG zukünftig nicht mehr von der tatsächlichen Erforderlichkeit der Übermittlung abhängig gemacht, sondern es soll bereits eine mögliche Erforderlichkeit ausreichen. Der Gesetzgeber hat im Zuge des TerrbekG also gewissermaßen eine Art »Verdachtsübermittlungspflicht« für das BAFI und die Ausländerbehörden statuiert.<sup>51</sup>

### 3. Zwischenergebnis: »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts?

An dieser Stelle soll bezüglich der Ausgangsthese ein Zwischenfazit gezogen werden. Zur Charakterisierung des präventivpolizeilichen Handelns und zu seiner Abgrenzung gegenüber repressivem Polizeihandeln können folgende Kennzeichen dienen: Präventives polizeiliches Handeln ist primär ereignisbezogen, prognostisch und wahrscheinlichkeitsfundiert; im Vordergrund steht nicht der Gedanke von Einzelfallgerechtigkeit, sondern der einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr.<sup>52</sup> Die neueren Entwicklungen im Polizeirecht verstärken diese Eigentümlichkeiten, indem immer weiter im Vorfeld einer Gefahr oder Straftat angesiedelte Eingriffsbefugnisse geschaffen werden und die Entkopplung von individuellen Zurechenbarkeitskriterien vorangetrieben wird.<sup>53</sup> Gegen die Aufgabe individueller Zurechnungskriterien und des Erfordernisses konkreter Gefahren im Polizeirecht sind schwerwiegende rechtsstaatliche Bedenken vorgebracht worden.<sup>54</sup> Wenn solche Entwicklungen – insbesondere ein Zurücktreten des Gedankens der Einzelfallgerechtigkeit hinter die Prämisse einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr für die Allgemeinheit – nun

rungen nur bedingt übertragbar. Hier ist insofern zu differenzieren, ob die Falschangaben oder die Verletzung von Mitwirkungspflichten als ausweisungs begründender Anhaltspunkt für eine bestehende terroristische Gefährlichkeit des Ausländers herangezogen werden oder ob sie gerade als Behinderung und Manipulation des ausländerrechtlichen Verfahrens mit der Ausweisung sanktioniert werden. Der Gesetzgeber hat dem behördlichen Handeln beide Optionen offen gelassen, vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 56.

49 BGBl. I 2002, 363.

50 BT-Drs. 14/7386, S. 41.

51 So im Ergebnis auch Huber, in: NVwZ 2002, 787 [793].

52 Denninger, in: Denninger/Lisken (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 158.

53 Lisken, in: NVwZ 1998, 22 [24].

54 LVerfG MV DÖV 2000, 71 [72 ff.]; Denninger, in: Denninger/Lisken (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 194.

auch auf dem Gebiet des Ausländerrechts Platz greifen, dann sind diese Bedenken auch hier angebracht, wiegen allerdings vor dem Hintergrund der qualitativen Unterschiede zwischen polizeilicher und ausländerrechtlicher Gefahrenabwehr (s. o. Abschnitt B.) um so schwerer.

Dass in dem ausländerrechtlichen Regelungsgehalt des TerrbekG tatsächlich Entwicklungen wie im modernen Polizeirecht zu sehen sind, soll folgender, die Abschnitte C. I. und C. II. spannender Gedanke verdeutlichen:

§ 47 II Nr. 5 AuslG setzt in der zweiten Alternative tatbestandlich im wesentlichen voraus, dass ein Ausländer falsche oder unvollständige Angaben über Verbindungen zu Personen oder Organisationen gemacht hat, die des Terrorismus verdächtig sind. Zergliedert man den Tatbestand in seine drei Merkmale, so stellt man fest, dass kein Merkmal mehr den Erfordernissen einer möglichst zweifelsfreien individuellen Zurechenbarkeit gerecht wird:

- a) Die Personen oder Organisationen müssen des Terrorismus (nur) verdächtig sein, d. h. es bedarf zwar tatsächlicher Anhaltspunkte für terroristische Absichten, ein diesbezüglicher Nachweis ist aber nicht erforderlich.
- b) Dem betroffenen Ausländer müssen (nur) falsche oder unvollständige Angaben über Verbindungen zu diesen terrorismusverdächtigen Personen oder Organisationen nachgewiesen werden, gerade aber nicht ein gefährliches Verhalten, das z. B. im Unterstützen dieser Personen oder Organisationen bestehen könnte.
- c) Der bei alledem tatbestandlich zugrundegelegte Terrorismusbegriff ist vom Gesetzgeber nicht weiter definiert worden, und es bleibt daher dem behördlichen Ermessensspielraum überlassen, Bestrebungen von Personen oder Organisationen als terroristisch zu qualifizieren oder nicht.

Die Unschärfe dieser drei Tatbestandsmerkmale potenziert sich durch ihre Verschachtelung: Das Merkmal des »Terrorismus-Verdachts« ist zweifach unscharf, weil erstens eine ein- und abgrenzbare Terrorismusdefinition nicht existiert – s. o. Abschnitt C. I. – und zweitens nur ein diesbezüglicher Verdacht – s. o. Abschnitt C. II. – vorliegen muss. Diese zweifache Unschärfe wird dadurch verstärkt, dass dem Betroffenen nur Falschangaben zur Last gelegt werden, die ihrerseits nur einen Verdacht – s. o. Abschnitt C. II. – begründen können. Im Ergebnis wird somit deutlich, dass bei der neuen Regelung die Sanktion individuell zurechenbaren Fehlverhaltens völlig hinter den Gedanken einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr zurücktritt – es kommt sozusagen zu einer Ausweisung aufgrund doppelten Verdachts unter Zugrundelegung eines nicht näher definierten Terrorismusbegriffs. Der Effekt ist der gleiche, den der Einzug der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung in den polizeilichen Aufgabenkatalog hatte: die Vorverlagerung des – nun ausländerrechtlichen – Eingriffs in das Vorfeld der Gefahr.

### *III. Erleichterung der erhebungszweckfremden Datennutzung*

#### *1. Umwidmung von zu präventiv-polizeilichen Zwecken gewonnenen Daten*

Häufig werden für die Strafverfolgung Daten verwendet, die zu anderen, insbesondere präventiv-polizeilichen Zwecken erhoben worden sind. In welchem Maße die von der Polizei aufgrund präventiv-polizeilicher Befugnisse gewonnenen Daten im Rahmen der Strafverfolgung genutzt werden dürfen, ist auch nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) vom 2. 8. 2000 umstritten. Angesichts des

durch das StVÄG geschaffenen § 161 II StPO sowie den diesbezüglichen Ausführungen des Gesetzgebers während des Gesetzgebungsverfahrens<sup>55</sup> und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verwertbarkeit polizeirechtlich gewonnener Daten im Strafverfahren<sup>56</sup> muss jedoch von der grundsätzlichen Zulässigkeit der strafprozessualen Verwertung präventiv-polizeilich gewonnener Daten ausgegangen werden.<sup>57</sup> Daraus folgt, dass jeder Datengewinnung zu präventiv-polizeilichen Zwecken immer auch die Möglichkeit der Datenverwendung zu repressiven Zwecken innewohnt, die Datengewinnung also eine doppelfunktionale Maßnahme ist.<sup>58</sup>

## 2. Umwidmung von zu ausländerrechtlichen Zwecken gewonnenen Daten

Die Datenerhebung auf ausländerrechtlicher Grundlage erfolgt grundsätzlich zweckgebunden.<sup>59</sup> So sind beispielsweise erkennungsdienstliche Maßnahmen – d. h. Fingerabdruckabnahme und Lichtbildaufnahme – gem. § 41 I AuslG zulässig zur Klärung von Zweifeln über die Person und die Staatsangehörigkeit des Ausländers sowie gem. § 16 I AsylVfG zur Sicherung der Identität für das Asylverfahren.<sup>60</sup> Eine Verwendung der Daten für Zwecke der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr durch andere Behörden ist vom Erhebungszweck nicht gedeckt und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche hat der Gesetzgeber mit § 78 III AuslG und § 16 V AsylVfG geschaffen. § 16 V AsylVfG wurde durch das TerrbekG erheblich verändert und soll daher einer genaueren Betrachtung unterzogen werden; dieser schließen sich dann Ausführungen zu § 12 AZRG an, der ebenfalls zur multifunktionalen Nutzung von zu ausländerrechtlichen Zwecken erlangten Daten ermächtigt.

### a) Verwertung für Zwecke des Strafverfahrens oder der Gefahrenabwehr gem. § 16 V AsylVfG

Bisher räumte das AsylVfG die Möglichkeit zur Nutzung der Daten eines Asylsuchenden zu Zwecken der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr ein, wenn – so § 16 V 1 AsylVfG in seiner alten Fassung – »bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass dies zur Aufklärung einer Straftat führen wird, oder wenn es zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit erforderlich ist«. Diese Voraussetzungen für eine andere als dem ursprünglichen Erhebungszweck entsprechende Verwendung der Daten wurden vom Gesetzgeber als zu restriktiv empfunden.<sup>61</sup> In Übernahme eines Neuregelungsvorschlags der Bundesregierung<sup>62</sup> wurde folgende Verwertungsregelung, § 16 V 1 neu AsylVfG, beschlossen:

<sup>55</sup> BT-Drs. 14/2886, S. 3.

<sup>56</sup> BGH NStZ 1992, 44 [45].

<sup>57</sup> Beulke (Fn. 23), Rn. 105; Brodersen, in: NJW 2000, 2536 [2538 f.]; Albrecht, in: StV 2001, 416 [419]; Wollweber, in: NJW 2000, 3623; anders: Hefendehl, in: StV 2001, 700 [706].

<sup>58</sup> Denninger, in: Denninger/Liskén (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 190.

<sup>59</sup> Kloesel/Christ/Häußler (Fn. 10), ONr. 110, § 41, Rn. 7 u. § 78, Rn. 5 bzw. ONr. 213, § 16, Rn. 2 u. 16.

<sup>60</sup> Mit Inkrafttreten des TerrbekG sind gem. § 41 II 2, 3 AuslG und gem. § 16 I 3, 4 AsylVfG auch Sprachaufzeichnungen im Rahmen einer offenen Datenerhebung möglich (BGBI. I 2002, 369 bzw. 371). Als Erhebungszweck hat der Gesetzgeber angegeben: bzgl. § 41 II 2, 3 AuslG die Bestimmung der Herkunftsregion zur Identifizierung von Angehörigen aus Problemstaaten und zur Beseitigung von Rückführungsschwierigkeiten, vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 55; bzgl. § 16 I 3, 4 AsylVfG die Bestimmung der Herkunftsregion zur Klärung des Verfolgungsschicksals und zur Beurteilung inländischer Fluchialternativen, vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 59. Inwiefern eine darüber hinausgehende Nutzung der Sprachaufzeichnungen stattfinden wird, bleibt abzuwarten.

<sup>61</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 59.

<sup>62</sup> Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001 (Fn. 7), S. 25.

»Die Verarbeitung und Nutzung der nach Absatz 1 gewonnenen Unterlagen ist auch zulässig zur Feststellung der Identität oder Zuordnung von Beweismitteln für Zwecke des Strafverfahrens oder zur Gefahrenabwehr.«<sup>63</sup>

Diese Verwertungsregelung mutet wie eine Parallelregelung zur Zulässigkeit der strafprozessualen Nutzung präventiv-polizeilichen Datenmaterials an. Ist gegen die doppelfunktionale Nutzung von präventiv-polizeilichen Daten der Einwand erhoben worden, mit dem Ausweichen auf das Polizeirecht könnten die speziellen Eingriffsvoraussetzungen der StPO umgangen werden,<sup>64</sup> so gilt diese Befürchtung bzgl. § 16 V AsylVfG umso mehr: Hier geht es nämlich um Datenmaterial, das nicht (einmal) zu polizeilichen Zwecken, sondern zur Durchführung des ausländer- und asylrechtlichen Verfahrens erhoben worden ist. Und diese Datenerhebung unterliegt ihrerseits noch niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen als die präventiv-polizeiliche. In dem Maße, wie sie noch geringeren Anforderungen unterliegt, steigt auch die Gefahr, dass bei einer multifunktionalen Verwendung der zu ausländerrechtlichen Zwecken gewonnenen Daten strafprozessuale und sogar präventiv-polizeiliche Verfahrensgarantien unterlaufen werden. Dass solche Bedenken begründet sind, soll am Beispiel daktyloskopischen Datenmaterials von Asylsuchenden gezeigt werden:

Nach der alten Fassung von § 16 I 1 AsylVfG waren von der Abnahme der Fingerabdrücke zur Identitätssicherung für das Asylverfahren Ausländer ausgeschlossen, die eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung besitzen oder das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Im Zuge des TerrbekG wurde die Ausnahme für Ausländer, die im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltsgenehmigung sind, aufgehoben. Dies hat der Gesetzgeber mit einem Verweis auf die Verordnung des Europäischen Rates über die Einrichtung eines »Europäischen daktyloskopischen Fingerabdruck-Systems zur Identifizierung von Asylbewerbern« (EURODAC) begründet.<sup>65</sup> Gem. Art. 4 I 1 dieser Verordnung ist jeder Mitgliedstaat dazu verpflichtet, allen Asylbewerbern, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, unverzüglich Fingerabdrücke abzunehmen und diese an die bei der Kommission eingerichtete Zentraleinheit zu übermitteln.<sup>66</sup> Im Ergebnis gelangt das BKA, das gem. § 16 III und IV AsylVfG bei der Auswertung der Daten Amtshilfe leistet und diese aufbewahrt, nach der neuen Rechtslage in den Besitz der Fingerabdrücke aller Asylbewerber, die das 14. Lebensjahr abgeschlossen haben. *Erhebungszweck* dabei ist gem. § 16 I AsylVfG die Sicherung der Identität des Asylbewerbers für das Asylverfahren<sup>67</sup> bzw. gem. Art. 1 III EURODAC-VO i.V.m. Art. 15 I des Dubliner Übereinkommens<sup>68</sup> die Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrages zuständigen Mitgliedstaates.

Aus der neuen Fassung des § 16 V 1 AsylVfG ergibt sich jedoch auch die Zulässigkeit der *Datenverwendung* für andere Zwecke, und zwar ganz allgemein zur Feststellung der Identität oder der Zuordnung von Beweismitteln für Zwecke des Strafverfahrens oder der Gefahrenabwehr.<sup>69</sup> Weitere verfahrensrechtliche Bedingungen gibt es nicht.

63 BGBl. I 2002, 371.

64 Beulke (Fn. 23), Rn. 105; Denninger, in: Denninger/Lisken (Fn. 10), S. 263 ff., Rn. 161 ff.; Hefendehl, in: StV 2001, 700 [705].

65 BT-Drs. 14/7386, S. 59; ebenfalls durch die EURODAC-VO motiviert sind laut Gesetzgeber die Änderungen in § 41 IV und V AuslG, durch die unter bestimmten Bedingungen auch bei Ausländern, die kein Asyl beantragen, eine Pflicht zur Abnahme von Fingerabdrücken begründet wird, vgl. ebd. S. 55 f. und BGBl. I 2002, 369.

66 Abl. L 316 vom 15. 12. 2000.

67 Kloesel/Christ/Häußler (Fn. 10), ONr. 213, § 16, Rn. 16; s. a. oben unter 2.).

68 Abl. C 254 vom 19. 8. 1997.

69 Eine solche Verwertung der Fingerabdruckdaten sieht die EURODAC-VO nicht vor, weshalb die Argumentation des Gesetzgebers, die Neuregelung der § 16 I 1 AsylVfG und § 41 IV, V AuslG diene der Umsetzung der EURODAC-VO, insofern ins Leere läuft, als durch § 16 V AsylVfG und § 78 III AuslG die in der Verordnung vorgesehene enge Zweckbindung durchbrochen wird.

Folge dieser Regelung ist die Zweckänderung von für ausländer- oder asylverfahrensrechtliche Zwecke erhobenen Daten für jegliche präventiven und repressiven Zwecke, und zwar – bedingt durch die Abschaffung der in § 16 V 1 AsylVfG bisher vorgeschriebenen Einzelfallprüfung – unabhängig von einem konkreten Verdacht. Was als polizeiliche verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrolle auf schwerwiegende verfassungsrechtliche Kritik gestoßen ist,<sup>70</sup> findet nun sein Pendant im Ausländerrecht: Die verdachtsunabhängige Abnahme von Fingerabdrücken aller Asylsuchenden über 14 Jahren und ihr verdachtsunabhängiger Abgleich mit den polizeilichen Tatortspurenbeständen. Ohne dass Anhaltspunkte für eine Straftat oder Gefahr vorliegen müssen, gelangen Polizei und Strafverfolgungsbehörden so an erkennungsdienstliche Daten, die sie sonst nur auf der Grundlage des § 81 b StPO bzw. der Länderpolizeigesetze (z. B. § 19 HSOg) unter den dort normierten Eingriffsvoraussetzungen und Verfahrensgarantien hätten erheben können. Die asylrechtlichen erkennungsdienstlichen Unterlagen werden auf diese Weise den polizeilichen erkennungsdienstlichen Unterlagen von Störern, Beschuldigten und Verdächtigen gleichgestellt. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass erkennungsdienstliche Maßnahmen nach dem AsylVfG schon bisher nicht nur bei einem im Einzelfall bestehenden Verdacht des missbräuchlich gestellten Asylantrags oder sonstigen Zweifeln an der Identität des Asylbewerbers durchgeführt wurden, sondern grundsätzlich bei jedem Asylbewerber.<sup>71</sup> Denn hier geht es nicht darum, ob die Daten sowieso erhoben worden wären und welche anderweitige Nutzung möglich sein könnte, sondern darum, zu welchem asylverfahrensrechtsfremden Zweck die erhobenen Daten *auf jeden Fall* genutzt werden. Und das ist den Worten des Gesetzgebers zufolge ein »genereller automatisierter Abgleich der Fingerabdrücke von Asylbewerbern gegen den polizeilichen Tatortspurenbestand« zur Strafverfolgung bzw. Gefahrenabwehr.<sup>72</sup> Bezüglich der Ausgangsthese lässt sich daher feststellen: Die identitätssichernden Maßnahmen im Rahmen des Asylverfahrens werden im Ergebnis zum verdachts- und ereignisunabhängigen Vorfeldeingriff der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden, wie sie in dieser Intensität – hier Abgleich von Fingerabdrücken, dort grundsätzlich nur Identitätsfeststellung – nicht einmal die Gesetzgebung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung im Polizeirecht hervorgebracht hat; man könnte von einer »daktyloskopischen Schleierfahndung« sprechen.

*b) Verwertung von freiwillig gemachten Angaben zur Religionszugehörigkeit für sicherheitsbehördliche Gruppenauskünfte gem. § 12 AZRG*

Das Ausländerzentralregister (AZR) ist ein beim Bundesverwaltungsamt (BVA) geführtes automatisiertes Informationssystem, das in einen Allgemeinen Datenbestand und eine gesonderte Visadatei unterteilt ist. Gem. § 12 AZRG ist aus dem Allgemeinen Datenbestand des AZR – und gem. § 31 III AZRG neue Fassung nun auch aus der Visadatei – eine sog. Gruppenauskunft möglich.<sup>73</sup> Dabei handelt es sich um die Übermittlung von Daten einer Mehrzahl von Ausländern, die aufgrund im Übermittlungsersuchen angegebener gemeinsamer Merkmale zu einer Gruppe gehören und deren Identität der ersuchenden Behörde bisher nicht bekannt ist. Aus-

<sup>70</sup> Liskén, in: NVwZ 1998, 22 ff. und Denninger, in: Faber/Götz (Hrsg.), Festschrift für Ekkehart Stein, 2002, S. 15 ff.

<sup>71</sup> Kloesel/Christ/Häußler (Fn. 10), ONr. 213, § 16, Rn. 4.

<sup>72</sup> BT-Drs. 14/7386, S. 60.

<sup>73</sup> Zur Gruppenauskunft vgl. Weichert, Kommentar zum Ausländerzentralregistergesetz, 1. Aufl., 1998, § 12, Rn. 1 ff.; zu den gegen sie erhobenen rechtsstaatlichen Bedenken vgl. Frankenberg, in: Simon/Weiss (Hrsg.), *liber amicorum Spiros Simitis*, 2000, S. 99 [108 ff.].

kunftsberechtigt sind u. a.: Ausländerbehörden, Staatsanwaltschaften, Gerichte, Polizei-behörden, Nachrichtendienste und – neu – Luftfahrtbehörden. Zulässig sind Gruppenauskünfte zu Zwecken der Gefahrenabwehr (§ 12 I 2 Nr. 2 a AZRG), der Strafverfolgung (§ 12 I 2 Nr. 2 b AZRG) und zur Abwehr einer Gefahr im Ausland (§ 12 I 2 Nr. 3 AZRG).

Bezüglich der Leitfrage nach einer Annäherung des Ausländerrechts an das Polizeirecht drängt sich hier natürlich die Parallele zwischen der Gruppenauskunft und dem polizeilichen bzw. strafprozessualen Instrument der Rasterfahndung auf.<sup>74</sup> Aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit von Gruppenauskunft und Rasterfahndung lassen sich bzgl. beider die gleichen Entwicklungen beobachten, nämlich die Absenkung der tatbestandlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen durch das TerrbekG<sup>75</sup> bzw. durch Änderungen in den Länderpolizeigesetzen.<sup>76</sup> Noch mehr Aufschlüsse bzgl. der Ausgangsthese lässt jedoch eine andere, im Rahmen des TerrbekG getroffene Neu-regelung zu:

Der Entwurf der Bundesregierung vom 12. 10. 2001 enthielt den Vorschlag, dass in Zukunft Angaben von Ausländern über ihre Religionszugehörigkeit unabhängig von einer Einwilligung erhoben und im AZR gespeichert werden dürfen (§ 3 Nr. 5 AZRG-E).<sup>77</sup> Dieser Plan sah sich jedoch umgehend dem Einwand gegenüber, dass gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 III 1 WRV grundsätzlich niemand verpflichtet werden darf, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren.<sup>78</sup> Die daraufhin vorgeschla-gene<sup>79</sup> und auch beschlossene Regelung<sup>80</sup> sieht nun die Speicherung von *freiwillig* gemachten Angaben zur Religionszugehörigkeit im allgemeinen Datenbestand des AZR vor (§ 3 Nr. 5 AZRG).

Inwiefern in diesem Zusammenhang das Kriterium der Freiwilligkeit geeignet ist, den Grundrechtsschutz der betroffenen Ausländer tatsächlich zu gewährleisten, und inwiefern hier Parallelen zu den umstrittenen, in der polizeilichen Praxis jedoch üblichen »freiwilligen« DNA-Reihenuntersuchungen bestehen, kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden. Die bezüglich der Ausgangsthese interessantere Frage ist, ob mit der Neuregelung die Voraussetzungen für eine Datenerhebung im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren geschaffen wurde, die *von vornherein* nicht mehr zu Zwecken des ausländerrechtlichen Verfahrens, sondern für Zwecke der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr erfolgt. Pointiert formuliert: Wurden durch das TerrbekG im Ausländerrecht Befugnisse geschaffen, die nicht dem ausländerrecht-lichen Verfahren, sondern der Gewinnung von »operativem Polizeiwissen«<sup>81</sup> die-nen?

Für eine solche Annahme könnte sprechen, dass das Merkmal der islamischen Religionszugehörigkeit im Rahmen der Ermittlungsmaßnahmen nach dem 11. Sep-tember 2001 für die Sicherheitsbehörden größte Bedeutung gewonnen hat. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber diesem polizeilichen Bedürfnis mit der Neuregelung von § 3 Nr. 5 AZRG nachkommen wollte, und zwar unabhängig davon, ob eine Erhebung

74 Zur strafprozessualen Rasterfahndung vgl. Wittig, in: JuS 1997, 961 [968]; zur polizeilichen Rasterfahndung vgl. Liskén, in: NVwZ 2002, 513 [514].

75 So wurde i. R. d. TerrbekG das Erfordernis einer im Einzelfall bestehenden Gefahr in § 12 I 2 Nr. 2 a AZRG mit dem Argument gestrichen, die Gruppenauskunft müsse bereits weit im Vorfeld terroristischer Aktivitäten, also bereits zu einer Zeit, in der für die Behörden noch keine konkrete Gefahr erkennbar ist, zulässig sein, vgl. BT-Drs. 14/7386, S. 61.

76 So senkte z. B. der Hessische Landtag mit Gesetz vom 6. 9. 2002 die materiellen Voraussetzungen für eine Rasterfahndung gem. § 26 HSOG ab, vgl. GVBl. I 2002, S. 546.

77 Entwurf der Bundesregierung vom 12. 10. 01 (Fn. 6), Art. 11 Nr. 3 a.

78 Stellungnahme des Bundesjustizministeriums vom 17. 10. 2001 (Fn. 29), S. 29.

79 Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001 (Fn. 7), S. 27.

80 BGBl. I 2002, 371.

81 Vgl. zu diesem Begriff Preuß, in: KJ 1981, 109 [120 f.].

von Daten über die Religionszugehörigkeit auch für ausländerrechtliche Zwecke notwendig ist. Für eine solche Motivation des Gesetzgebers spricht auch, dass auf das Merkmal der Religionszugehörigkeit gestützte Rasterfahndungsmaßnahmen bisher kaum möglich waren,<sup>82</sup> nun aber mit der Aufnahme von Angaben über die Religionszugehörigkeit Gruppenauskünfte aus dem AZR gerade an diesem Kriterium ausgerichtet werden können. Der Charakter weiterer ausländerrechtlicher Neuregelungen zur Speicherung und Übermittlung unterstützt die These, dass für den Gesetzgeber nicht die Bedeutung der Daten für einen ausländerrechtlichen Verfahrenszweck regelungsleitend war, sondern ihre Bereitstellung und Aufbewahrung für eine Verwertung zu sicherheitsbehördlichen Zwecken: So werden zukünftig

- die Nachrichtendienste durch eine Änderung von § 22 AZRG zum Zugriff auf alle ihnen gem. § 20 AZRG übermittelbaren Daten im automatisierten Verfahren ermächtigt,<sup>83</sup>
- im Falle der Einbürgerung eines Ausländers seine Daten nicht mehr wie bisher unmittelbar nach seiner Einbürgerung aus den bei den Ausländerbehörden geführten Ausländerdateien gelöscht, sondern erst fünf Jahre danach (§ 6 I 2 Ausl-DatV)<sup>84</sup> und
- die im Rahmen von identitätssichernden Maßnahmen während eines Asylverfahrens gewonnenen Unterlagen nach unanfechtbarem Abschluss des Asylverfahrens generell für die Dauer von zehn Jahren aufbewahrt (§ 16 VI AsylVfG),<sup>85</sup> während bisher je nach Tatbestand die sofortige Löschung oder Aufbewahrung für bis zu acht Jahren vorgesehen war.

Dass bei diesen Neuregelungen das Interesse an der sicherheitsbehördlichen Verwendung der Daten dominiert hat, kommt darin zum Ausdruck, dass der ursprüngliche Erhebungszweck der Daten nach einer erfolgten Einbürgerung oder nach dem unanfechtbaren Abschluss des Asylverfahrens grundsätzlich verloren geht.<sup>86</sup> Im Ergebnis deutet daher alles auf (1) die Operationalisierung des Ausländer- und Asylverfahrens zur Gewinnung präventiv- und repressivrelevanter Daten – Stichwort Gruppenauskunft und Religionszugehörigkeit – und (2) die Bereithaltung von zu ausländerrechtlichen Zwecken gewonnenen Daten für die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr auch nach Wegfall des ausländerrechtlichen Erhebungszweckes und somit »auf Vorrat« – Stichwort verlängerte Speicherfristen und Online-Zugriff – hin.<sup>87</sup>

## D. Abschlussbemerkung

Der ausländerrechtliche Regelungsgehalt des TerrbekG ist von der bedenklichen Tendenz gekennzeichnet, das Ausländerrecht als reines Gefahrenabwehrrecht zu interpretieren. Es konnte gezeigt werden, dass die gesetzgeberischen Maßnahmen auf dem Gebiet des Ausländerrechts vom Denken in polizeirechtlichen Kategorien

<sup>82</sup> Vgl. *Groß*, in: KJ 2002, 1 [5 f.].

<sup>83</sup> BGBl. I 2002, 372.

<sup>84</sup> BGBl. I 2002, 373.

<sup>85</sup> BGBl. I 2002, 371.

<sup>86</sup> Der Bundesratsinnenausschuss betont allerdings die Bedeutung der Daten »auch nach der Einbürgerung für die Bekämpfung politisch motivierter Ausländerkriminalität [...] und den Verdacht von Scheinehen«, vgl. BR-Drs. 920/1/01, S. 57.

<sup>87</sup> Auf die Gefahr, dass sich die so gewonnenen Daten als »operatives Polizeiwissen« verselbständigen, ist v. a. im Zusammenhang mit der Einführung des § 18 I a BVerfSchG [s. o. Abschnitt C. II. 2.) c)] hingewiesen worden, vgl. *Huber*, in: NVwZ 2002, 787 [793].

und dem (Miss-)Verständnis von ausländerrechtlichen Eingriffsmaßnahmen als polizeiliche Maßnahmen geprägt sind. Die Parallele zwischen dem Vorschlag, die sofortige Vollziehbarkeit sämtlicher Ausweisungsentscheidungen nach §§ 45–48 AuslG gesetzlich anzuordnen,<sup>88</sup> und der sofortigen Vollziehbarkeit von unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten gem. § 80 II Nr. 2 VwGO soll nicht überbewertet werden, aber an dieser Stelle als Versinnbildlichung dieses Ergebnisses herangezogen werden.

Eine durch dieses Denken bedingte »Verpolizeilichung« des Ausländerrechts wurde anhand von Maßnahmen herausgearbeitet, die von einer Vorverlagerung des Eingriffs in das Vorfeld der Gefahr und der verdachts- und ereignisunabhängigen Mehrfachnutzung personenbezogener Daten – beides Charakteristika von polizeilichen Eingriffsbefugnissen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – gekennzeichnet sind:

- das tatbestandliche Anknüpfen an tatsächliche Anhaltspunkte zur Begründung einer Regelausweisung nach § 47 II Nr. 5 AuslG und einer Datenübermittlungspflicht nach § 18 I a BVerfSchG [s. o. Abschnitte C. II. 2.) b) und c)],
- die generelle Verwertbarkeit von im Rahmen des asylrechtlichen Verfahrens gewonnenen erkennungsdienstlichen Unterlagen für Zwecke der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr gem. § 16 V AsylVfG [s. o. Abschnitt C. III. 2.) a)] und
- die Operationalisierung des Ausländer- und Asylverfahrens zur Gewinnung präventiv- und repressivrelevanter Daten und ihre Bereithaltung auch über den Zeitpunkt des Wegfalls des ausländerrechtlichen Erhebungszwecks hinaus für sicherheitsbehördliche Gruppenauskünfte und den Online-Zugriff von Nachrichtendiensten im Rahmen der §§ 3 Nr. 5, 12, 22 AZRG, § 6 I 2 AuslDatV und § 16 VI AsylVfG [s. o. Abschnitt C. III. 2.) b)].

Vor dem Hintergrund dieser Analyse stellt sich die Frage, wie alternative Szenarien zu dieser Entwicklung aussehen könnten. Ausgehend von der Erkenntnis, dass ausländerrechtliches und polizeiliches Gefahrenabwehrrecht zu trennen sind, soll dazu folgender Vorschlag gemacht werden: Präventive Maßnahmen sollten – unabhängig davon, ob sie sich gegen deutsche Staatsangehörige oder gegen Ausländer richten – grundsätzlich auf der gleichen gesetzlichen Grundlage stattfinden. Dies gebietet nicht nur der grundgesetzlich verbürgte Gleichheitsgrundsatz, sondern wird auch dem Gedanken gerecht, dass die im Ausländerrecht für die Gefahrenabwehr zur Verfügung stehenden Maßnahmen besonders schwerwiegende Sanktionen darstellen und daher angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Ausnahme sein müssen. So, wie die Genfer Flüchtlingskonvention von der Vorstellung geleitet ist, dass kriminellem Verhalten von Ausländern mit strafrechtlichen Mitteln im Aufenthaltsstaat – und nicht etwa mit Ausweisung – zu begegnen ist, muss auch in Bezug auf die Prävention argumentiert werden: Wenn terroristische Gefährdungen von bestimmten Personen ausgehen, können diese wie auch bei Deutschen mit den zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Instrumentarien bekämpft werden. Einer Verschärfung des Ausländerrechts bedarf es dazu aber nicht.

88 Entwurf der Bundesregierung vom 12. 10. 2001 (Fn. 6), Art. 9 Nr. 12 (§ 72 AuslG-E); vgl. auch Entwurf der Bundesregierung vom 2. 11. 2001 (Fn. 7), S. 24, und BT-Drs. 920/1/01, S. 50. Der Vorschlag konnte sich nicht durchsetzen.