

Abschiebungshaft im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG

Dr. Stephan Beichel-Benedetti, Stuttgart*

Verfahrensrecht zur Sicherung der Freiheit der Person

Das Recht der Abschiebungshaft betrifft einen ausgesprochen grundrechtssensiblen Bereich. Haft bedeutet Freiheitsentziehung, die einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darstellt.¹ Das ist dem Verfassungsgesetzgeber wohl bewusst gewesen, weswegen er Freiheitsentziehungen dem Richtervorbehalt unterstellte:

»Für den schwersten Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht. Gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden. Die Freiheitsentziehung setzt danach grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus (vgl. nur BVerfGE 10, 302 <321>; 22, 311 <317>).«²

Mit Art. 104 Abs. 1 GG wurde zudem eine verfassungsunmittelbare Aufwertung der verfahrensrechtlichen Sicherungen von Haftverfahren normiert: Den einfachrechtlichen Verfahrensvorschriften kommt verfassungsrechtliche Bedeutung zu und Verstöße gegen freiheitsschützende Verfahrensvorschriften können mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.³ Mit dieser verfassungsrechtlichen Aufwertung des Verfahrensrechts wird der Erkenntnis Rechnung getragen, dass ein formalisiertes richterliches Prüfverfahren – so es denn eingehalten wird – besonders geeignet ist, den schwerwiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen und unnötige oder gar unzulässige Inhaftierungen zu verhindern. Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften soll sicherstellen, dass die für die Haftentscheidung wesentlichen Voraussetzungen erkannt und beachtet werden und die Entscheidung durch eine unabhängige Instanz mit besonderer Sachkenntnis, sowie nach umfassender Aufklärung des Sachverhalts erfolgt. Insofern besteht eine enge Verzahnung von Verfahrensrecht und Sachaufklärungspflicht des Gerichts – in Haftsachen dient gerade auch die penible Einhaltung der Verfahrensregeln der Sicherung des Freiheitsgrundrechts. Oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

»Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet die Freiheit der Person als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 29, 312 <316>). Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen (vgl. BVerfGE 94, 166 <198>; 96, 10 <21>), also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs (vgl. BVerfGE 22, 21 <26>). Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Per-

son nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz ausdrücklich die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, als Verfassungsgebot formuliert (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>; 58, 208 <220>). Inhalt und Reichweite der Formvorschriften eines freiheitsbeschränkenden Gesetzes sind von den Gerichten so auszulegen, dass sie eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung entfalten (vgl. BVerfGE 65, 317 <322 f.>; 96, 68 <97>).«⁴

Grundrechtsferne Verfahrenspraxis – fehlende »best practice«

Damit sind die wesentlichen Problemfelder des Rechts der Abschiebungshaft benannt. Deutlich wird ihre praktische Brisanz etwa dann, wenn man sich die jüngsten Entscheidungen der zuständigen Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vor Augen hält und dabei feststellen muss, dass nicht etwa »innovative« Fortentwicklungen des Verfassungsrechts ursächlich für den Erfolg von Verfassungsbeschwerden gegen die Anordnung von Abschiebungshaft waren, sondern die schlichte Missachtung unumstrittener grundrechtlicher Regeln und Rechte, die dazu noch keineswegs schwer zu verstehen und zu beachten gewesen wären. Einige Beispiele:

Ausländerbehörden lassen Ausländer – in der rechtsirrigen Annahme, hierzu berechtigt zu sein – regelmäßig ohne vorherige richterliche Haftanordnung festnehmen und missachten hierdurch den Richtervorbehalt, dessen Konturen eigentlich scharf gezeichnet sind:

»Eine nachträgliche richterliche Entscheidung genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste (vgl. BVerfGE 22, 311 <317>). Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG fordert dann, die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen (dazu näher BVerfGE 105, 239 <248 f.> m. w. N.).«⁵

* Dr. Stephan Beichel-Benedetti ist Richter am Amtsgericht Rottweil. Bis Ende 2007 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht und dort unter anderem mit dem Abschiebungshaftrecht befasst. Der Aufsatz gibt seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Hinzu kommt die mit der (staatlichen) Freiheitsentziehung einhergehende negative (soziale) Beurteilung des Betroffenen, die dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht tangiert, die im Folgenden aber ausgeblendet bleibt.

² Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 7.9.2006 - 2 BvR 129/04 -, InfAuslR 2006, S. 462 ff. = ASYLMAGAZIN 11/2006, S. 33.

³ Das wurde bislang vom Bundesverfassungsgericht bei Verstößen gegen die Pflicht zur mündlichen Anhörung des Betroffenen nach § 5 Freih-EntzG festgestellt, die nicht nur den Aspekt der Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG, sondern eben auch Art. 104 Abs. 1 GG betrifft.

⁴ Vgl. Fn. 2

⁵ Vgl. Fn. 2

An diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben hat sich auch durch die Einführung eines vorläufigen Festnahmerechts in § 62 Abs. 4 AufenthG nichts geändert.

Gerichte begnügen sich im Weiteren bei der Beurteilung teilweise erschreckend begründungsarmer Haftanträge mit bloßen Schlüssigkeitsprüfungen; die Beiziehung der Ausländerakten, die im Regelfall erst die Grundlage für eine sachangemessene und unabhängige richterliche Prüfung des Sachverhalts ermöglichen würden, wird erst gar nicht erwogen. Auch hierzu hat sich das Bundesverfassungsgericht schon geäußert:

»Die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung (vgl. BVerfGE 83, 24 <32>) darf nicht dadurch gefährdet werden, dass das Gericht die durch die behördliche Verfahrensgestaltung erzeugte Eile zum Anlass nimmt, um die Beteiligungsrechte des Betroffenen gänzlich unbeachtet zu lassen und eine formal vorläufige, in der Sache aber endgültige Entscheidung allein auf der Grundlage der von der Ausländerbehörde vorgetragenen Umstände zu treffen. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen nicht auf die Prüfung der Plausibilität der von der antragstellenden Behörde vorgetragenen Gründe für die Sicherungshaft beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Hierfür ist die persönliche Anhörung des Betroffenen, namentlich bei eilbedürftigen Entscheidungen, ein geeignetes Mittel (vgl. BVerfGE 83, 24 <34>).«⁶

Und:

»Hätte die Ausländerbehörde rechtzeitig Haftantrag gestellt, wäre das Amtsgericht unschwer in der Lage gewesen, die vorgetragenen Haftgründe, wie geboten, selbstständig und unter Beiziehung der Akten der Ausländerbehörde zu prüfen und gegebenenfalls Haft auf der Grundlage des § 11 FreiHEntzG vorläufig anzuordnen, wenn zu befürchten stand, dass der Beschwerdeführer eine Ladung zur Anhörung zum Anlass nehmen würde, um unterzutauchen. Es hätte den Beschwerdeführer nach seiner Festnahme unverzüglich mündlich anhören können, um auf der Grundlage umfassender Informationen und bei Berücksichtigung des Vorbringens des Beschwerdeführers und des von ihm gewonnenen Eindrucks eine endgültige Entscheidung zu treffen, die den Anforderungen an eine angemessene Aufklärung des Sachverhalts mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gerecht wird (BVerfGE 70, 297 <308>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 1998 - 2 BvR 2270/96 -, NJW 1998, S. 1774 f.).«⁷

Auch die Zusammenarbeit der verschiedenen am Verfahren beteiligten staatlichen Stellen funktioniert nicht immer reibungslos (und in diesem Sinne grundrechtsschonend); es fehlt zuweilen an einer Koordinierung, bei der die notwendige Beschleunigung des Verfahrens einerseits und die Möglichkeit zur angemessenen Sachaufklärung durch das Gericht andererseits im Fokus bleiben:

»Mit Blick auf die hohe Bedeutung des Richtervorbehalts sind alle an der freiheitsentziehenden Maßnahme beteiligten staatlichen Organe verpflichtet, ihr Vorgehen so zu gestalten, dass dieser als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl.

BVerfGE 103, 142 <151 ff.>; 105, 239 <248>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2005 - 2 BvR 447/05 -, NVwZ 2006, S. 579 <580> m. w. N.). Daraus kann nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls die Verpflichtung der beteiligten Behörden folgen, ihrerseits dafür zu sorgen, dass ein für die Ermittlung des Sachverhalts und die Durchführung einer unverzüglich richterlichen Anhörung erkennbar notwendiger Dolmetscher baldmöglichst zur Verfügung steht (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. September 2006 - 2 BvR 129/04 -, InfAusIR 2006, S. 462 <466>). ...

(Denn) ausweislich des in den beigezogenen Akten der Ausländerbehörde und des Amtsgerichts dokumentierten Geschehensablaufs ist das Freiheitsrecht des Beschwerdeführers jedenfalls dadurch verletzt worden, dass die Behörden ihre Pflichten zur Sicherung des Richtervorbehalts in verfassungsrechtlich erheblicher Weise vernachlässigt haben. Die Annahme der Gerichte, dass sachlich zwingende Gründe der Vorführung des Beschwerdeführers vor den Richter am 28. Oktober 2003 entgegenstanden hätten, ist danach unzutreffend. Die Ausländerbehörde wurde unmittelbar nach dem Aufgriff des Beschwerdeführers am 28. Oktober 2003 um 1.40 Uhr durch die Polizei beteiligt. Schon bei der ersten Vernehmung des Beschwerdeführers unmittelbar nach seiner Festnahme wurde deutlich, dass die Beiziehung eines Dolmetschers für die somalische Sprache unumgänglich war. Im Hinblick auf die Verpflichtung aller staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. BVerfGE 105, 239 <248>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2005, a. a. O.), hätten Polizei und Ausländerbehörde sich spätestens am Morgen des 28. Oktober 2003 um einen Dolmetscher bemühen müssen. Dass ein derartiger Versuch seitens der Behörden unternommen wurde, ist nicht aktenkundig. Wegen der erkannten Verständigungsschwierigkeiten durften sie sich nicht darauf beschränken, das Ergebnis der Überprüfung der Fingerabdrücke des Beschwerdeführers abzuwarten, ohne zugleich in Rechnung zu stellen, dass dessen vermeintliche Weigerung, seine wahre Identität preiszugeben, die Folge dieser Verständigungsschwierigkeiten sein könnte. Es hätte auch aus diesem Grund nahe gelegen, mit der Beiziehung eines Dolmetschers nicht zu warten und damit das Problem der Erreichbarkeit eines Dolmetschers am selben Tag noch zu verschärfen.

Die weitere Vorgehensweise entsprach entgegen der Ansicht der Gerichte in den angefochtenen Entscheidungen ebenfalls nicht den Erfordernissen des Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG. Die Behörden sahen von der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung sogar dann noch ab, als feststand, dass die Identität des Beschwerdeführers durch Polizei und Ausländerbehörde in absehbarer Zeit nicht mehr würde geklärt werden können. Sind weitere kurzfristig erfolgversprechende Maßnahmen zur Ermittlung der Identität des Festgenommenen nicht mehr ersichtlich, darf die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung nicht weiter zurückgestellt werden (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 28. April 2003 - 2 W 207/02 -, InfAusIR 2003, S. 292 <293>). Spätestens am 28. Oktober 2003 gegen 16.00 Uhr, als die Überprüfung der Fingerabdrücke des Beschwerdeführers sich als ergebnislos erwiesen hatte, lag eine solche Situation vor.«⁸

⁶ Vgl. Fn. 2.

⁷ Vgl. Fn. 2.

⁸ Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Januar 2007 - 2 BvR 1206/04 -, InfAusIR 2007, S. 244 ff. = ASYLMAGAZIN 3/2007, S. 36.

Und selbst fundamentale grundrechtliche Gebote, wie etwa das Analogieverbot im Haftrecht, wurden zuweilen schon verkannt und erforderten ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts:

»Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen sich dabei unmittelbar und hinreichend bestimmt aus dem Gesetz selbst ergeben (vgl. – insbesondere zu den Konsequenzen für Androhung von Freiheitsstrafen – BVerfGE 14, 174 <187>; 51, 60 <70>; 75, 329 <342 f.>; 78, 374 <383>; BGHZ 15, 61 <63 f.>). Vor allem steht Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG einer analogen Heranziehung materiell-rechtlicher Ermächtigungsgrundlagen für Freiheitsentziehungen entgegen (vgl. BVerfGE 29, 183 <196>; 83, 24 <32>). ... Das Oberlandesgericht hat den Gesetzesvorbehalt des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG verkannt. Nach der hier allein in Betracht zu ziehenden Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist ein Ausländer zur Sicherung der Abschiebung auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen (Sicherungshaft), wenn weitere, in sechs Ziffern näher bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Das Oberlandesgericht stellt den Rechtssatz auf, zwar gelte grundsätzlich für die Anordnung von Abschiebehaft, dass ihr vorrangiger Zweck allein die Sicherung der anstehenden Abschiebung sei, von dieser Regel könne aber bei Vorliegen besonderer Umstände abgewichen werden. Mit dieser Auslegung gibt das Oberlandesgericht § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG eine Normstruktur, die in der Vorschrift nicht angelegt ist und für die es bei einer systematischen Betrachtung des Aufenthaltsgesetzes keinen Anhalt gibt (vgl. z. B. § 53, § 54 AufenthG zu Ist- und Regel-Ausweisung). Darin liegt zugleich ein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, weil die in dieser Verfassungsvorschrift geforderte strikte Gesetzesbindung jeglicher Freiheitsentziehung zugunsten der Möglichkeit aufgegeben wird, bei besonderen Umständen eine Freiheitsentziehung auch aus anderen als den im Gesetz genannten Gründen anzuordnen. Die Auffassung des Oberlandesgerichts findet keine Stütze in der Vorschrift des § 62 AufenthG, sondern läuft auf deren entsprechende Anwendung hinaus und ist daher mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar. Das Oberlandesgericht hat die Aufrechterhaltung der Haft über den für eine Durchführung der Abschiebung erforderlichen Zeitraum hinaus unter Berufung auf eine Vorgehensweise der Ausländerbehörde gerechtfertigt, die nicht der Sicherung der Abschiebung, sondern der Verhinderung weiterer illegaler Einreisen dienen sollte. Das Oberlandesgericht erkennt zwar, dass Abschiebungshaft ausweislich des klaren Wortlauts des § 62 AufenthG und nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur einzig der Sicherung der Abschiebung dient (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 1986 - V ZB 9/86 -, NJW 1986, S. 3024 f.; OLG München, Beschluss vom 3. August 2005 - 34 Wx 79/95 -, a. a. O.; Hailbronner, Ausländerrecht, April 2006, § 62 AufenthG, Rn. 1; Beichel-Benedetti/Gutmann, NJW 2004, S. 3015 <3016>; Piorreck, in: Barwig u. a. (Hrsg.), Neue Regierung – neue Ausländerpolitik?, Baden-Baden 1999, S. 465), es hält sich jedoch für berechtigt, die Vorschrift entsprechend anzuwenden. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG verleiht dem Haftrichter eine derartige Befugnis indes nicht.«⁹

Erkennbar handelt sich bei den vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Grundrechtsverstößen um solche, die leicht zu vermeiden gewesen wären. Und dennoch stellt sich die Praxis unprofessionell fehleranfällig dar. Man sieht dies den Verfahren schon bei einer Durchsicht der Gerichtsakten an: Es fehlt an professionellen Routinen – jeder Richter bastelt sich sein Anhörungsformular selbst zusammen,

und auch die Haftbeschlüsse folgen in Form, Aufbau und Inhalt keinen einheitlichen Standards. Zuweilen lässt sich von einem Protokoll oder einer dem zugrundeliegenden Sachverhalt auch nur im Ansatz gerecht werdenden Begründung der richterlichen Haftanordnung schon nicht sprechen. Das hat Ursachen. Abschiebungshaftverfahren werden als unbeliebte Nischenverfahren, freihändig und mit zu geringem Problembewusstsein betrieben.¹⁰ Und in diese Kritik müssen auch die Anwälte einbezogen werden, die – wenn sie an den Verfahren überhaupt beteiligt werden – zuweilen ein erstaunliches Maß an prozessualer und materiespezifischer Unwissenheit an den Tag legen. Ihre Rolle ist zwar zugegebenermaßen eine schwierige, weil ihnen in der konkreten Festnahmesituation nur wenige ad-hoc-wirksame Mittel zur Verfügung stehen. Das sollte dann aber nicht dazu führen, dass sich etwa ihre Tätigkeit während der Anhörung des Mandanten in erdulder Passivität erschöpft. Auch der mandatierte Anwalt sollte einen Blick in die Ausländerakten nicht scheuen und – sofern nicht vorhanden – deren unverzügliche Beiziehung verlangen und gegebenenfalls seine Beschwerdemacht nutzen, um die Einhaltung der Verfahrensregeln einzufordern.

Dass auch dies zuweilen nicht geschieht, ist zunächst erstaunlich, da die für die Abschiebungshaft zuständigen ordentlichen Gerichte regelmäßig Erfahrungen mit strafrechtlichen Haftverfahren haben und in diesem Bereich professionelle Standards und Übungen ganz selbstverständlich existieren und im Großen und Ganzen auch beachtet werden. Strafrechtliche Haftanträge werden in einer bewährten Form und mit konziser Begründung gestellt, deren tatsächliches Fundament unter Verweis auf die Ermittlungsakten zu belegen ist. Selbstverständlich muss dem Richter diese Akte vorgelegt und von diesem geprüft werden. Kein Verteidiger würde es sich bieten lassen, wenn ihm diese Unterlagen vorenthalten würden.

Auf die Ursachen für die schlechte Praxis gerade im Bereich der Abschiebungshaft kann an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden. Es spricht aber zumindest einiges dafür, dass die starke ausländer- und asylrechtliche Vorprägung des Rechts der Abschiebungshaft zumindest mitursächlich ist, weil die dadurch entstehende rechtliche Unsicherheit der Verfahrensbeteiligten sich in einer Verfahrenspraxis niederschlägt, die einen allzu engen Kontakt mit diesen Untiefen zu vermeiden sucht.¹¹ Die komplexen Problemkonstellationen, etwa zur vollziehbaren Ausreisepflicht (einer Voraussetzung für die Anordnung von Abschiebungshaft) und den damit zusammenhängenden asyl- bzw. europarechtlichen Fragen (Wirkung von Asylgesuch

⁹ Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Mai 2007 - 2 BvR 2106/05 -, InfAuslR 2007, S. 290 f. = ASYLMAGAZIN 7–8/2007, S. 50.

¹⁰ Beichel-Benedetti, Weshalb die Abschiebungshaft zu den Verwaltungsgerichten gehört, in: Barwig u. a. (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Baden-Baden 2007, S. 310 (313).

¹¹ Vgl. auch Beichel-Benedetti, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Abschiebungshaft, in: Barwig u. a. (Hrsg.), Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?, Baden-Baden 2004, S. 188 ff.

und Asylantrag, Heirat mit einem europa- oder assoziationsrechtlich Freizügigkeitsberechtigten, Dublin II-Verfahren¹² etc.) können es erforderlich machen, tief in eine asyl- oder ausländerrechtliche Problematik einzusteigen, was ad hoc in einem laufenden Haftverfahren unter Geltung des Gebots, eine richterliche Haftentscheidung unverzüglich herbeizuführen, kaum leistbar ist. Da derartige Fragen für die sonstige Tätigkeit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit allenfalls eine geringe Bedeutung haben, fehlt es auch bei den originär zuständigen Richtern nicht selten an einer vertieften Beschäftigung mit dem Recht der Abschiebungshaft (von der Schwierigkeit, dass sich ein ansonsten mit Haftsachen nicht befasster Kollege im Bereitschaftsdienst erstmals mit dieser Thematik konfrontiert sehen könnte, ganz zu schweigen).¹³ Die Versuchung ist dann groß, sich im »Notfall« mit einer eher schlanken Prüfung unter Berufung auf die gerne bemühte eingeschränkte Prüfungskompetenz des Haftrichters zu begnügen, um das Verfahren noch handhabbar zu halten.¹⁴

Dabei ist der beste Schutz vor einer gefühlten Überforderung durch die Verfahrensregeln nicht, diese contra legem beiseite zu schieben, sondern sich mit ihnen adäquat auseinanderzusetzen und sie in die richterliche Entscheidungsroutine zu integrieren. Dass dies geschieht, haben die Obergerichte zu überwachen.

Es verwundert daher, dass in jüngster Zeit Obergerichte mit dem Gedanken liebäugeln, festgestellte Verfahrensfehler unter Berufung auf – im Übrigen höchst unklare – Gesamtabwägungen für unerheblich zu erklären.¹⁵ Dem steht schon die in Art. 104 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende, klare verfassungsrechtliche Vorgabe der Erheblichkeit von Verfahrensfehlern entgegen. Ganz abgesehen davon besteht für ein solches Nachgeben gegenüber einer schlechten Übung in der Praxis in dem Sinne, dass man der schlechten Praxis gleich noch eine schlechte Theorie beigibt, kein Anlass. Denn selbst wenn die Abschiebungshaft für die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine schwierige Materie darstellt, ergibt sich daraus kein Recht, sich der notwendigen Erkenntnis zur Bewältigung der Aufgabe durch Nichtstun zu verschließen.

Das FGG-Reformgesetz: Gefahr der Zersplitterung der Rechtspraxis

Sicherlich wäre es mit Blick auf die dargestellten Schwierigkeiten der Praxis ökonomisch und im Sinne des Grundrechtsschutzes sinnvoll, die Abschiebungshaft bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verorten, bei der der erforderliche fachliche Background schon vorhanden ist.¹⁶ Zweifelsohne würde dies zu einer Professionalisierung der Verfahren beitragen. Doch dieser Weg soll anscheinend weiterhin nicht beschritten werden, wie die anstehende Novellierung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG), die zu einer Implementierung der Vorschriften des FreiHEntzG in das FGG führen soll, zeigt: Eine Änderung der Zuständigkeit für die Abschiebungshaft

ist nicht vorgesehen; für eine rechtsstaatliche Entwarnung besteht also kein Anlass.

Im Gegenteil dürfte das Gesetzesvorhaben zu einer weiteren Verschärfung der Problematik führen, wenn die vorgesehene Kappung des Beschwerderechts in Verfahren der Freiheitsentziehung Gesetz werden sollte. Durch den geplanten Wegfall der Oberlandesgerichte als Rechtsbeschwerdeinstanzen und die dafür einzuführende und zulassungsabhängige Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof – bei der keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Nichtzulassungsentscheidung des Landgerichts vorgesehen ist (!) – dürfte ein weiteres Absinken der Standards in Verfahren der Abschiebungshaft und eine Zersplitterung der Rechtslandschaft zu befürchten sein.

Es stellt sich daher die Frage, ob die geplante Beschneidung der Rechtsschutzmöglichkeiten gerade in einem derart grundrechtsintensiven Bereich, angesichts der hohen Komplexität der Materie und der ohnehin schon bestehenden Rechtswegspaltung¹⁷ juristisch folgenlos bleiben kann. Neben der Problematik, dass damit der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz tangiert sein könnte, ist möglicherweise auch die Konstruktion der Sicherstellung einer angemessenen Rechtsverfolgung über das Institut der Prozesskostenhilfe kritisch zu hinterfragen. Weder passen die Regelungen der Prozesskostenhilfe mit ihrer schlichten Ausrichtung auf die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung wirklich auf Haftverfahren, noch gibt die Praxis Anlass zu der Hoffnung, die Landgerichte könnten nunmehr als letzte Instanz bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe generöser als bislang verfahren, um so die strukturell schwache Stellung der Betroffenen angesichts der Komplexität und Fehleranfälligkeit der Verfahren wenigstens ansatzweise zu verbessern.

Ausblick

Die Handhabung der Abschiebungshaft in der Praxis wird problematisch bleiben. Verschärft wird dies noch durch die voranschreitende Europäisierung des Asyl- und Migrationsrechts, bei deren gesetzgeberischer Umsetzung zuweilen die Problemfelder aus dem Blick zu geraten scheinen, mit

¹² Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.2007 - 2 BvR 1033/06 -, ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 47 (in diesem Heft).

¹³ Die von Richter am OLG a.D. Klaus Melchior betriebene Homepage www.abschiebungshaft.de ist als Erkenntnisquelle nachdrücklich zu empfehlen.

¹⁴ Zu dieser zuweilen fehlgehenden Argumentation: Beichel-Benedetti/Gutmann, NJW 2005, S. 3015 ff.

¹⁵ Vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 19. September 2006 - 34 Wx 80/06, 34 Wx 080/06 -, FGPrax 2006, S. 280 f. (10 S., M8917).

¹⁶ Damit möglicherweise einhergehenden logistischen Problemen (Haft Räume bei den Verwaltungsgerichten, Bereitschaftsdienst) kämen angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Freiheitsgrundrechts und der ersichtlich schlechten Praxis kein durchschlagendes Gewicht zu.

¹⁷ Vgl. hierzu, Beichel-Benedetti/Gutmann, NJW 2005, S. 3015; OVG NRW, Beschluss vom 28. Juni 2006 - 18 B 1088/06 -, InfAusIR 2007, S. 110 f. (2 S., M8475)

der Folge, dass für die Praxis wesentliche Fragen unregelt bleiben oder es schlicht an Materialien fehlt, die eine Wegweisung durch das Gestrüpp der Regelungen ermöglichen würden.¹⁸ Nichtsdestotrotz – oder gerade deswegen – sind auch die nichtstaatlichen Akteure im Flüchtlingsbereich in der Pflicht, ihren Teil zur Aufklärung zu leisten.

Und zuweilen würde man sich – auch das soll nicht verschwiegen werden – als Richter wünschen, dass die Helfer – insbesondere auch die Anwälte – ihrer ebenfalls hohen Verantwortung gegenüber den von Aufenthaltsbeendigung Betroffenen auch in solchen Fällen gerecht würden, in denen eine Aufenthaltsbeendigung unausweichlich ist und in denen die Hilfe zur Rückkehr das Ziel der Beratung und Betreuung sein muss.

Die UNHCR-Studie zur Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie

*Dr. Roland Bank und Michael Kalkmann, Berlin**

Die am 6. November 2007 vorgestellte Studie des UNHCR¹ zur Anwendung der sog. Qualifikationsrichtlinie² untersucht, wie sechs Schlüsselthemen der Richtlinie in fünf ausgewählten EU-Staaten (in Deutschland, Frankreich, Griechenland, Schweden und in der Slowakischen Republik) umgesetzt bzw. angewendet wurden. Durch die Analyse der nationalen Umsetzungsgesetze in den einzelnen Ländern sowie von über 1400 erstinstanzlichen und Berufungsentscheidungen sollte geklärt werden, ob das wesentliche Ziel der Richtlinie erreicht wurde, gemeinsame Kriterien zur Identifizierung von Personen zu schaffen, die des internationalen Schutzes bedürfen.

Die Analyse wurde in dem Zeitraum von März bis Juli 2007 durchgeführt. Zu diesem Zeitpunkt war in Frankreich und der Slowakischen Republik der Prozess der Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie in das innerstaatliche Recht bereits abgeschlossen, in Deutschland und Schweden waren die Bestimmungen teilweise umgesetzt, während in Griechenland noch keine Umsetzung erfolgt war. Die ausgewerteten Entscheidungen umfassen mit wenigen Ausnahmen einen Zeitraum vom Stichtag für die Umsetzung der Richtlinie, dem 10. Oktober 2006, bis zum Juli 2007.

Zu den untersuchten Themen sind folgende Ergebnisse besonders hervorzuheben.

1. Nichtstaatliche Akteure (Art. 6)

Die Richtlinie hat laut der Studie zu einer begrüßenswerten Vereinheitlichung der Praxis hinsichtlich nichtstaatlicher Akteure geführt. Im Mittelpunkt der Prüfung der Flüchtlingeigenschaft stehe nun zunehmend der Schutzgedanke anstelle der Frage nach dem Akteur der Verfolgung. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf die positive Entwicklung in Frankreich und Deutschland hingewiesen, wo im Zusammenhang mit der Verabschiedung der Richtlinie die grundsätzliche Möglichkeit der Anerkennung von Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure geschaffen bzw. verbessert wurde. In Deutschland zeige die Übernahme der entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie in den § 60 Abs. 1 S. 4 AufenthG zunehmend Wirkung: So sei z. B. bei Somalis in einer Reihe von Fällen³ der Flüchtlings-

* Dr. Roland Bank ist Rechtsberater in der UNHCR-Regionalvertretung Berlin. Michael Kalkmann ist Mitarbeiter des Informationsverbunds Asyl. Die hier geäußerten Ansichten sind die der Verfasser und werden nicht unbedingt von den Vereinten Nationen oder von UNHCR geteilt.

¹ UNHCR, *Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brüssel, November 2007, im Folgenden: UNHCR-Studie.

² Richtlinie 2004/83/EG vom 29. April 2004, ABl. L 304/12 (30.9.2004), im Folgenden: Richtlinie.

³ 15,1 % im Jahr 2006, 38 % im ersten Vierteljahr 2007, UNHCR-Studie, S. 88.

¹⁸ Instruktiv hierzu die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit Bezug zu einem länderübergreifenden Asylverfahren in Fn. 12.