

Beitrag aus dem ASYLMAGAZIN 5/2012, S. 142–147

Stefan Keßler

**Der Einzelfall zählt – Die Rückführungsrichtlinie
und das deutsche Ausländerrecht**

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Mai 2012. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

ASYLMAGAZIN, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das ASYLMAGAZIN liefert aktuelle Hintergrundinformationen zu rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration. Weitere Informationen finden Sie bei www.asyl.net.

Das ASYLMAGAZIN erscheint zehnmal im Jahr zusammen mit dem Asyl-Info von Amnesty International zum gemeinsamen Abonnement-Preis von 72 € jährlich. Ein kostenloses Probeexemplar können Sie unverbindlich bei asyl@amnesty.de anfordern.

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbunds Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Der Einzelfall zählt

Die Rückführungsrichtlinie und das deutsche Ausländerrecht

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Rückführungsrichtlinie und Dublin-II-Verordnung
- III. Rückkehrentscheidung, freiwillige Ausreise und Wiedereinreiseverbot
 1. Rückkehrentscheidung
 2. Freiwillige Ausreise
 3. Wiedereinreiseverbot
 4. Befristung bei Ausweisung
 5. Wiedereinreiseverbot und Bezahlung von Abschiebungskosten
 6. Zurückweisungen
- IV. Strafverfahren wegen illegalen Aufenthalts
- V. Abschiebungshaft
 1. Alternativen zur Abschiebungshaft
 2. Keine Abschiebungshaft gegen Asylsuchende im Erstverfahren
 3. Hafthöchstdauer
 4. Anwaltlicher Beistand
 5. Keine Abschiebungshaft in Strafvollzugseinrichtungen
 6. Erleichterter Kontakt zur Außenwelt
- VI. Fazit

I. Einleitung

Zum Zeitpunkt ihrer Verabschiedung war die sogenannte EU-Rückführungsrichtlinie (RückfRL)¹ hochumstritten und stieß auf heftige Kritik.² Wider Erwarten hat die Richtlinie jedoch in einigen Fällen die Rechtsposition bestimmter Gruppen von Drittstaatsangehörigen gestärkt, ohne dass dies bei ihrer Umsetzung in deutsches Recht angemessen berücksichtigt worden wäre. Bei einer unvollständigen Umsetzung in nationales Recht sind einzelne Regelungen einer Richtlinie unmittelbar wirksam, wenn

sie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind. Einzelne Personen können sich dann unmittelbar auf sie berufen. Außerdem ist nationales Recht richtlinienkonform auszulegen.³

Mit einigen solcher Regelungen, bei denen Lücken zwischen der Richtlinie und dem gegenwärtigen deutschen Ausländerrecht bestehen, beschäftigt sich der vorliegende Beitrag. Aus Platzgründen können nur wenige Probleme behandelt werden: Zu Beginn ist kurz zu klären, ob die RückfRL auch im »Dublin-Verfahren« Anwendung findet. Danach werden die Auswirkungen der Richtlinie und des mit ihr geschaffenen Instituts der Rückkehrentscheidung auf den Vorrang der freiwilligen Ausreise und die Festlegung des Wiedereinreiseverbots behandelt. Des Weiteren wird auf die Strafbarkeit des ungenehmigten Aufenthalts und die Ausgestaltung der Abschiebungshaft eingegangen.

II. Rückführungsrichtlinie und Dublin-II-VO

In einigen Fällen, in denen es um die Zurückschiebung bzw. die Überstellung von Asylsuchenden in einen anderen EU-Mitgliedstaat geht, stellt sich die Frage, ob die RückfRL auch in Verfahren nach der Dublin-II-VO⁴ anzuwenden ist. Dies ist zu verneinen. Dublin-II-VO und RückfRL regeln unterschiedliche Sachverhalte. Art. 19 Abs. 3 und 4 sowie Art. 20 Bst. d) und e) Dublin-II-VO regeln die Überstellung eines Asylsuchenden vom Aufenthaltsstaat in den für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Mitgliedstaat, also *innerhalb* der EU. Demgegenüber regelt die RückfRL die Beendigung des ungenehmigten Aufenthalts durch die – unter Umständen zwangsweise durchgesetzte – Ausreise in einen Staat *aufserhalb* der EU (sei es der Herkunfts-, sei es ein Transitstaat)⁵. Der von einigen Verwaltungsgerichten vertretenen Auffassung, die RückfRL sei auch in Verfahren nach der Dub-

* Der Verfasser ist Referent beim Jesuiten-Flüchtlingsdienst Europa in Brüssel.

¹ Richtlinie 2008/113/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Standards und Verfahren in den Mitgliedstaaten für die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. EU Nr. L 348, S. 98).

² Siehe z. B. die Pressemitteilung der Kommission der Bischofskonferenzen der Europäischen Gemeinschaft (COMECE) vom 5.6.2008: »Rückführungsrichtlinie: Große Bedenken von Kirchen und christlichen Organisationen«; European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Press Release, 18/06/2008: »Returns Directive – EU fails to uphold human rights«; Amnesty International, Press Release 18/06/2008: »EU Office Reaction to Return Directive Vote«. Zur scharfen Kritik aus Lateinamerika siehe etwa Migration News Sheet, August 2008, p. 8: »EU provides an issue on which all Member States of Mercosur can stand united«.

³ Zum Vorstehenden siehe *Vedder*, Art. 288 AEUV Rn. 63 ff. in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Europäisches Unionsrecht. Handkommentar, Baden-Baden 2012.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (ABl. EU Nr. L 50, S. 1).

⁵ Siehe die Definition der »Rückführung« in Art. 3 Nr. 3 RückfRL.

lin-II-VO anzuwenden⁶, ist daher nicht zu folgen (zur Zurückweisung außerhalb des Dublin-Verfahrens siehe allerdings unten III.6).

III. Rückkehrentscheidung, freiwillige Ausreise und Wiedereinreiseverbot

1. Rückkehrentscheidung

Grundsätzlich sollen die Mitgliedstaaten im Falle eines illegalen Aufenthalts entweder einen Aufenthaltstitel erteilen oder eine »Rückkehr-Entscheidung«⁷ treffen. Letztere begründet nicht die Illegalität des Aufenthalts und eine Ausreisepflicht, sondern stellt beides fest. Wie bei der Festlegung der Ausreisefrist sind bei der Rückkehrentscheidung die Umstände des Einzelfalls vorrangig zu berücksichtigen. Den Mitgliedstaaten wird ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, eine Rückkehrentscheidung jederzeit zugunsten einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zurückzuziehen.⁸ Eine Rückkehrentscheidung muss in jedem Fall *vor* Ergreifen von Zwangsmaßnahmen ergehen, auch im Falle der illegalen Einreise.⁹ Es ist schwer, das Institut der Rückkehrentscheidung in die Struktur des deutschen Ausländerrechts zu übertragen, da sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, es nicht einzuführen. Klar dürfte sein, dass die Ausweisung für sich genommen keine solche Rückkehrentscheidung darstellt, denn sie führt dazu, dass der Aufenthalt rechtswidrig wird, aber nicht notwendigerweise zu seiner Beendigung. Allenfalls die Ausreiseaufforderung, verbunden mit einer Abschiebungsandrohung (oder in den Fällen des § 58 a AufenthG eine Abschiebungsanordnung), könnte eine solche Rückkehrentscheidung darstellen.¹⁰

2. Freiwillige Ausreise

Stärker als gegenwärtig das deutsche Ausländerrecht betont die RückfRL den Vorrang der freiwilligen Ausreise vor Zwangsmaßnahmen.¹¹ Bei der Festsetzung einer Ausreisefrist, die zunächst zwischen 7 und 30 Tagen liegen kann, und vor allem bei der Entscheidung über ihre Verlängerung sind wieder alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, einschließlich der Dauer des bisher-

gen Aufenthalts, des Schulbesuchs von Kindern und des Vorhandenseins anderer familiärer oder sozialer Bindungen. Solche Umstände muss die Ausländerbehörde in ihr Ermessen über die Festlegung der Frist für die freiwillige Ausreise einstellen – anderenfalls könnte ihre Entscheidung wegen Ermessensunterschreitung rechtswidrig sein.

3. Wiedereinreiseverbot

Auch bei der Regelung des Wiedereinreiseverbots muss es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Nach Art. 11 RückfRL geht eine Rückkehrentscheidung in bestimmten Fällen mit einem Verbot der Wiedereinreise in das gesamte Gebiet der EU einher. Die Dauer des Verbots ist unter Berücksichtigung der individuellen Umstände festzulegen und darf grundsätzlich fünf Jahre nicht überschreiten. Ein »Lebenslänglich« gibt es hier nicht. Damit ist die Regelung in § 11 Abs. 1 AufenthG, die an die Abschiebung die automatische Folge des zunächst unbefristeten Wiedereinreiseverbots knüpft und erst auf Antrag die nachträgliche Befristung vorsieht, nicht vereinbar. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts gilt jedoch, dass die Ausländerbehörde von Amts wegen über die Festsetzung des Einreiseverbots und seine Dauer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden muss.¹²

4. Befristung bei Ausweisung

Die Ausweisungsverfügung ist für sich genommen noch keine Rückkehrentscheidung. Sie wird allerdings in der Regel mit einer Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung verbunden. Zumindest dieser Teil des Bescheides stellt eine Rückkehrentscheidung dar und ist nach dem Vorstehenden mit einer Entscheidung über die Befristung der Wiedereinreisesperre zu verbinden.

Die Dauer der verfügten Sperrwirkung richtet sich im Hinblick auf deren Akzessorietät nach dem mit der Ausweisung verfolgten zulässigen konkreten Zweck und darf grundsätzlich nur so lange fortbestehen, wie es der Ausweisungszweck erfordert. Dabei sind die Umstände des Einzelfalls – auch etwa vorhandene familiäre Bindungen – angemessen zu berücksichtigen. Ist der Zweck bereits erreicht, ohne dass der Ausländer ausgereist ist, so ist das der Ausländerbehörde eingeräumte Befristungsermessen in der Regel auf Null reduziert. Grundsätzlich darf auch eine mit einer Ausweisungsverfügung verbundene Wiedereinreisesperre nicht länger als fünf Jahre gelten:

»Die behördliche Ermessensentscheidung über die Dauer der Frist wird nunmehr nicht mehr allein durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die sich unter anderem aus Art. 6 GG und Art. 8

⁶ So VG Weimar, Beschluss vom 1.5.2011 – 7 E 20068/11 We –, VG Meiningen, Beschluss vom 24.2.2011 – 2 E 20040/11 Me – (asyl.net, M18312), VG Gera, Beschluss vom 23.2.2011 – 4 E 20033/11 Ge – (asyl.net, M18311); dagegen wie hier etwa VG Trier, Beschluss vom 11.4.2011 – 5 L 425/11.TH – (asyl.net, M18487)..

⁷ Zu dieser siehe vor allem Art. 3 Nr. 4 und Art. 6 RückfRL.

⁸ Siehe Art. 6 Abs. 4 RückfRL.

⁹ So etwa LG Hannover, Beschluss vom 19.12.2011 – 8 T 72/11 –, ASYL-MAGAZIN 1-2/2012, S. 54.

¹⁰ Wie hier auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 7.12.2011 – 11 S 897/11 – (asyl.net, M19443), Abschnitt IV m. w. N.

¹¹ Erwägungsgrund 10 und Art. 7 RückfRL.

¹² Wie hier auch VGH Baden-Württemberg, a. a. O., Fn. 10; Oberhäuser, Einfluss der Rückführungsrichtlinie auf Einreise- und Aufenthaltsverbote, ANA-ZAR 2011, S. 33-34.

EMRK ergebenden schutzwürdigen Belange des Ausländers, sondern darüber hinausgehend in zeitlicher Hinsicht konkret begrenzt¹³.

5. Wiedereinreiseverbot und Bezahlung von Abschiebungskosten

Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 RückfRL kann die Dauer des Einreiseverbots nur dann fünf Jahre überschreiten, wenn der betreffende Ausländer »eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt«. Daraus folgt, dass eine Verlängerung der Sperrfrist wegen nicht bezahlter Abschiebungskosten nicht zulässig ist, denn das Nichtbezahlen mag zwar für die Behörde ein Ärgernis sein, stellt aber keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Die Ausländerbehörde kann also lediglich versuchen, die Kosten bei dem wieder eingereisten Ausländer einzutreiben – ein noch offener Kostenbescheid kann aber ein Festhalten an der Wiedereinreisesperre auch nach Ablauf der Frist nicht tragen.¹⁴

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die Höchstdauer von fünf Jahren auch für »Altfälle« gilt, in denen eine Abschiebung vor Inkrafttreten der RückfRL durchgeführt worden ist. Die Richtlinie ist auch auf Sachverhalte anzuwenden, die vor ihrem Inkrafttreten entstanden sind.¹⁵

6. Zurückweisungen

Nach Art. 6 Abs. 3 RückfRL können die Mitgliedstaaten vom Erlass einer Rückkehrenscheidungs absehen, wenn der betreffende Ausländer von einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines bilateralen Abkommens oder einer Vereinbarung wieder aufgenommen wird. In einem solchen Fall ist der Mitgliedstaat, der den Ausländer wieder aufnimmt, für den Erlass der Rückkehrenscheidungs zuständig. Dies hat der deutsche Gesetzgeber aufgegriffen und in § 57 Abs. 2 Satz 1 AufenthG bestimmt, dass ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer, der von einem anderen EU-Mitgliedstaat, Norwegen oder der Schweiz auf Grund einer am 13. Januar 2009 geltenden zwischenstaatlichen Übereinkunft wieder aufgenommen wird, in diesen Staat zurückgeschoben werden soll. Entgegen dem Wortlaut des deutschen Gesetzes ist die

Zurückschiebung ohne vorherige Rückkehrenscheidungs allerdings nicht in die EU-Mitgliedsstaaten Irland und Vereinigtes Königreich möglich, da diese sich nicht der RückfRL unterworfen haben und mit ihnen auch keine bilateralen Abkommen bestehen. Damit ist die Ausnahmeregelung des Art. 6 Abs. 3 RückfRL nicht auf Zurückschiebungen in diese Staaten anwendbar.

Die sonstigen Bestimmungen der Richtlinie bleiben aber auch in den Fällen des § 57 Abs. 2 Satz 1 AufenthG anwendbar. Dazu gehört der Vorrang der freiwilligen Ausreise. Eine zwangsweise Zurückschiebung darf somit nur dann durchgeführt werden, wenn der Ausländer nicht freiwillig in den anderen Mitgliedstaat zurückkehrt. Auch hat eine Zurückschiebung nach § 57 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kein Einreiseverbot nach § 11 AufenthG zur Folge, denn über ein »ob« und ein »wie lange« eines schengenweit geltenden Verbots entscheidet der Staat, der den Ausländer wieder aufgenommen hat (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 RückfRL). § 11 AufenthG ist somit in den Fällen des § 57 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht anwendbar.¹⁶

IV. Strafverfahren wegen illegalen Aufenthalts

Nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird ein Ausländer mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wenn er sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel oder Duldung im Bundesgebiet aufhält, er vollziehbar ausreisepflichtig und die Ausreisefrist abgelaufen ist. Strafrechtliche Verfahren gegen solche Ausländer sind jedoch unter der Geltung der RückfRL schwieriger geworden.

Im ASYLMAGAZIN wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass die Vorschriften des AufenthG über die Strafbarkeit des gesetzeswidrigen Aufenthalts sehr eingeschränkt auszulegen sind.¹⁷ Zwar mag es verwundern, eine europäische Richtlinie im Kontext nationalen Strafrechts anzuwenden zu wollen. In beiden Fällen, bei § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wie bei der RückfRL, geht es aber um die Sanktionierung bzw. Beendigung des Aufenthalts eines Drittausländers ohne erforderliche Erlaubnis oder Duldung. Wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden hat, ist Strafrecht zwar nationale Domäne, kann aber durch Unionsrecht beeinflusst werden. Der Richter hat nationales Strafrecht unangewandt zu lassen, wenn dieses der RückfRL widerspricht. Hierbei gilt das aus der gemeinsamen Verfassungstradition der EU-Mitgliedstaaten herrührende Prinzip, dass das mildeste Strafgesetz (rückwirkend) anzuwenden ist. Im Einzelfall ist der Aufenthaltsbeendigung in dem durch die RückfRL geregelten stufenweisen Verfahren:

¹³ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011, – 12 B 19.11 – (asyl.net, M19369).

¹⁴ So ebenfalls die Verfahrenshinweise des Berliner Ausländerbehörde (Stand 9.3.2012, S. 84), offen gelassen von OVG NRW, Beschluss vom 18.11.2011, – 18 E 1238/10 –, Rn. 5–7.

¹⁵ So hinsichtlich Art. 15 Abs. 5 und 6 RückfRL: EuGH, Urteil vom 30.11.2009, – C-357/09 PPU – (*Kadzoev*), Rn. 38–39. Dies soll nach Auffassung des OVG NRW, Beschluss vom 18.11.2011 (a. a. O., Fn. 14), Rn. 3 »mit Blick auf die fortdauernde Wirkung eines Einreiseverbots auch für Abschiebungen gelten, die vor dem Inkrafttreten der Richtlinie durchgeführt wurden«.

¹⁶ Ebenso *Westphal/Stoppa*, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24, November 2011, <http://www.westphal-stoppa.de>.

¹⁷ *Lam*, Die Strafbarkeit des erlaubnislosen Aufenthalts und der erlaubnislosen Einreise, ASYLMAGAZIN 7-8/2011, S. 228–233.

1. Erlass einer Rückkehrentscheidung
2. Ermöglichung der freiwilligen Ausreise
3. Durchführung der Abschiebung

immer Vorrang zu geben vor der Anwendung des Strafrechts.¹⁸

Daraus ergibt sich, dass alleine wegen der Nichtbefolgung einer Ausreiseaufforderung keine Strafe verhängt werden darf. Erst wenn alle anderen Maßnahmen zur Sicherung und Durchführung einer ansonsten zulässigen und tatsächlich möglichen Abschiebung am aktiven Handeln des Ausländers gescheitert sind, mag eine strafrechtliche Sanktion in Betracht kommen. Es genügt nicht, dass der Ausländer eine von ihm geforderte Handlung (wie etwa die Beschaffung von Passersatzdokumenten) nicht unternimmt, sondern er muss aktiv die Abschiebung verhindern. Der Aufenthalt ohne erforderliche Erlaubnis oder Duldung ist dagegen durch die in der RückfRL vorgesehenen Maßnahmen zu beenden, aber für sich genommen noch nicht zu bestrafen.

Dementsprechend haben einige deutsche Obergerichte inzwischen entschieden, dass eine Bestrafung eines Ausländers nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zumindest dann nicht in Frage kommt, wenn der Aufenthaltsort des Ausländers der Behörde bekannt ist und sich der Ausländer nicht durch »Untertauchen« dem laufenden Abschiebungsverfahren entzieht.¹⁹ Damit wird auf ältere Rechtsprechung rekurriert, die sich infolge einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2003 entwickelt hat.²⁰

Auch französische Gerichte haben unter Berufung auf die EuGH-Rechtsprechung (Untersuchungs-)Haftbefehle gegen Ausländer, denen ausschließlich der illegale Aufenthalt vorgeworfen wurde, aufgehoben und die Freilassung der Betroffenen angeordnet.²¹

V. Abschiebungshaft

Die größten Lücken zwischen den Vorgaben aus der RückfRL und der deutschen Rechtslage finden sich – trotz

der jüngeren Gesetzesänderungen²² – im Bereich der Abschiebungshaft.²³

1. Alternativen zur Abschiebungshaft

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt Abschiebungshaft – wie jeder Grundrechtseingriff – dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, muss also zum Erreichen eines legitimen Zweckes geeignet und erforderlich sein und darf den Ausländer nicht übermäßig belasten.²⁴ Dies wird durch die RückfRL bestätigt, die mehrfach dem »Ultima ratio«-Charakter der Abschiebungshaft betont.²⁵ Vor allem nimmt sie ausdrücklich Bezug auf die vom Europarat am 9.5.2005 verabschiedeten *Zwanzig Richtlinien zur Abschiebung*.²⁶ Hiernach ist Abschiebungshaft nur dann zulässig, wenn sich die Behörden davon überzeugt haben, dass im Einzelfall andere Mittel unterhalb des Freiheitsentzuges – wie Überwachungssysteme, Meldeauflagen, Kautions- oder andere Garantien – zur Sicherstellung der Abschiebung nicht möglich sind. Vor der Verhängung von Abschiebungshaft müssen somit ausdrücklich Alternativen geprüft und mit nachvollziehbaren Gründen verneint worden sein.

Dieser Vorrang von Alternativen wird auch durch die Erfahrung im Alltag bestätigt: Abschiebungshaft kann schon dadurch vermieden werden, dass Behörden den davon bedrohten Flüchtlingen und Migranten auf Augenhöhe begegnen. Die Betroffenen sind bereit, mit den Behörden zu kooperieren, wenn sie den Eindruck haben, mit ihren Anliegen ernst genommen zu werden. Das ist das Ergebnis einer Studie in mehreren EU-Ländern, die der Jesuiten-Flüchtlingsdienst vorgelegt hat.²⁷

Infolgedessen darf auch niemand alleine auf Grund des illegalen Aufenthalts inhaftiert werden, sondern es muss immer eine fallbezogene Abwägung des Freiheitsgrundrechtes mit der Gefahr des »Untertauchens« stattfinden.²⁸

Dies wird insoweit in § 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG aufgegriffen, als dass hiernach Abschiebungshaft unzulässig ist, wenn ein anderes, milderer Mittel zur Verfügung steht. Somit reichen die in § 62 Abs. 3 AufenthG aufgezählten

¹⁸ EuGH, Urteil vom 28.4.2011, – C-41/11 PPU – (*El Dridi*), ASYLMAGAZIN 6/2011, 216, Rn. 51, 61 mit Nachweisen aus seiner Rechtsprechung; EuGH, Urteil vom 6.12.2011, – C-329/11 – (*Achughbabian*); asyl.net, M19253), Rn. 33, 38.

¹⁹ OLG Hamburg, Beschluss vom 28.1.2012, 3-1/12 (Rev) – 1 Ss 196/11 –; KG, Beschluss vom 26.3.2012, – (4) 1 Ss 393/11 (20/12) –, jew. m. w. N.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 6.3.2003, – 2 BvR 397/02 –; BGH, Urteil vom 6.10.2004, – 1 StR 76/04 – (asyl.net, M6030); OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 12.3.2009, – 3 Ss 71/09 – (asyl.net, M15710).

²¹ Z. B. Cour d'appel (CA) Nîmes, ordonnance (ord.), 6 mai 2011, n° 11/00186, Rasul D.; und ord., 14 déc. 2011, n° 11/01675, Jaafar B.; CA Metz, ord., 12 déc. 2011, n° 11/0039, Hani Jouini; CA Aix-en-Provence, ord., 29 déc. 2011, n° 11/00407, Kefi Klai; CA Rennes, ord., 23 déc. 2011, n° 11/273, M. Hilali. Alle zitiert nach GISTI, Cahier de jurisprudence: Irrégularité, séjour et directive « retour »: un délit par intermence. Plein droit n° 92, mars 2012, pp. I-VIII.

²² Vor allem Art. 1 Nr. 34 und 35 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BGBl. 2011 Abs. 1 S. 2258).

²³ Siehe zum Folgenden *Keßler*, Auswirkungen der EU-Rückführungsrichtlinie auf die Abschiebungshaft in Deutschland, InfAusR 2008, S. 450-453; *Habbe*, Bundesrepublik verfehlt europäische Vorgaben zur Abschiebungshaft, ZAR 2011, S. 286-292 m. w. N.

²⁴ BVerfG in st. Rspr., vgl. BVerfGE 23, 127 <133>; 48, 396 <402>; 83, 1 <19>; 107, 299; 109, 279.

²⁵ Erwägungsgrund 16 und Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RückfRL.

²⁶ *Twenty guidelines on forced return*, CM(2005)40 final, 9 May 2005; auf diese nimmt Erwägungsgrund 3 RückfRL Bezug.

²⁷ Siehe www.detention-in-europe.org und www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de.

²⁸ Erwägungsgrund 6 Satz 2 RückfRL

Gründe – einschließlich der Tatsache einer illegalen Einreise – alleine nicht für eine Haftanordnung aus. Sie dürfen nur Anhaltspunkte sein, die eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls nicht ersetzen. Allerdings hat es der Gesetzgeber versäumt, konkrete Möglichkeiten (Kautionsstellung, Meldeauflagen oder dergleichen) vorzusehen, um die Haft zu vermeiden. Hier ist noch konzeptionelle Arbeit erforderlich.

2. Keine Abschiebungshaft gegen Asylsuchende im Erstverfahren

Abschiebungshaft darf nach der RückfRL nur gegen sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige verhängt werden. Gemäß Erwägungsgrund 9 darf in Übereinstimmung mit der Asylverfahrensrichtlinie »ein Drittstaatsangehöriger, der in einem Mitgliedstaat Asyl beantragt hat, so lange nicht als illegal im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufhältige Person betrachtet werden, bis eine abschlägige Entscheidung über den Antrag oder eine Entscheidung, mit der sein Aufenthaltsrecht als Asylbewerber beendet wird, rechtskräftig geworden ist«. Ein Asylantrag macht den Aufenthalt für die Dauer des Verfahrens somit grundsätzlich legal bis zum Eintritt der Rechtskraft einer Ablehnungsentscheidung. Infolgedessen darf, sobald ein (Erst-)Asylantrag gestellt worden ist, keine Abschiebungshaft verhängt bzw. muss verhängte Abschiebungshaft grundsätzlich beendet werden. Dieses Verständnis der RückfRL wird auch durch Art. 15 Abs. 1 gestützt. Hiernach ist eine Inhaftierung nur zu rechtfertigen, wenn und soweit ein Abschiebungsverfahren betrieben wird, d.h. die Abschiebung vorbereitet und bei der zuständigen Auslandsvertretung erforderlichenfalls Rückkehrdokumente beantragt werden. Während der Prüfung eines Asylantrages muss aber ein solches Abschiebungsverfahren unterbleiben, so dass der Rechtfertigungsgrund für die Abschiebungshaft wegfällt. Da infolge der Vorschrift in Art. 9 Abs. 1 RückfRL während der Prüfung eines Asylantrages die Abschiebung aufgeschoben werden muss, weil sie sonst unter Umständen das Refoulementverbot verletzt, zwingt auch Art. 15 Abs. 4 RückfRL zur Entlassung aus der Haft. Selbst bei einer Fluchtgefahr soll während eines solchen Aufschubs der Betreffende nach Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 RückfRL ausdrücklich nicht inhaftiert, sondern es sollen ihm Verpflichtungen wie regelmäßige Meldung, Hinterlegung einer Kautions- oder Ähnliches auferlegt werden.

Die somit notwendige Änderung des § 14 Abs. 3 Satz 1 AsylVfG hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen. Daher zwingt die RückfRL zur eingeschränkten Anwendung dieser Norm: Zumindest im Falle eines in der Haft gestellten Asylerstantrages muss dieser zur Entlassung aus der Abschiebungshaft führen. Einer etwaigen Untertauchgefahr ist mit den in Art. 7 Abs. 3 RückfRL genannten Maßnahmen zu begegnen.

3. Hafthöchstdauer

Die Hafthöchstdauer ist absolut. Wie der EuGH entschieden hat, lässt es die RückfRL nach Ablauf der maximalen Haftdauer nicht zu, den Betreffenden weiter im Gewahrsam zu behalten, etwa weil er keine gültigen Dokumente besitzt, sich aggressiv verhält und weder über eigene Unterhaltungsmittel noch über eine Unterkunft, noch über vom Mitgliedstaat für diese Zwecke gestellte Mittel verfügt.²⁹ Auch eine auf eine kurzzeitige Freilassung folgende erneute Inhaftierung ist somit, sofern sich die Sachlage im Einzelfall nicht entscheidend geändert hat, unzulässig.

4. Anwaltlicher Beistand

Die Inhaftnahme wird nach Art. 15 Abs. 3 RückfRL »in jedem Fall – entweder auf Antrag des betreffenden Drittstaatsangehörigen oder von Amts wegen – in gebührenden Zeitabständen überprüft. Bei längerer Haftdauer müssen die Überprüfungen der Aufsicht einer Justizbehörde unterliegen.« Auf den ersten Blick entsteht kein Änderungsbedarf für das deutsche Recht, da nach § 106 Abs. 2 Satz 1 AufenthG bei der Abschiebungshaft das FamFG anzuwenden ist, was dem Betreffenden grundsätzlich die Möglichkeit gibt, einen Haftbeschluss mit der Beschwerde anzufechten oder einen Aufhebungsantrag zu stellen. Fraglich ist nur, ob ein Abschiebungsgefangener auch *tatsächlich* über solche Möglichkeiten verfügt, da in der Haft keine Rechtsberatung sichergestellt ist und ein Anwalt nicht – wie im Strafprozess unter den Bedingungen der §§ 140 ff. StPO – von Staats wegen beigeordnet wird.

Gerade in der Haft kommt es in erhöhtem Maße auf den Beistand durch qualifizierte Anwälte an. Hierauf haben die Betroffenen durch den Grundsatz des fairen Verfahrens einen Anspruch. Die Beiordnung von Pflichtanwältinnen bei mittellosen Ausländern sollte deshalb die Regel sein, zumindest in den Fällen, in denen die Abschiebungshaft verlängert werden soll. Denn der inhaftierte Betroffene kann ohne anwaltlichen Beistand kaum kontrollieren, ob die Ausländerbehörde dem Beschleunigungsgebot entsprechend die Abschiebung betreibt, was für die Haftfortdauer entscheidend ist.

Gleichwohl wird die Beiordnung eines Pflichtanwaltes im Abschiebungshaftverfahren in der Regel unter Verweis auf das Institut der Prozesskostenhilfe abgelehnt. Dabei wird übersehen, dass es sich hierbei um ein langwieriges und in den Erfolgsaussichten nicht einfach vorhersehbares Verfahren handelt, das viele Anwälte von der Übernahme solcher Mandate eher abschreckt.

Art. 13 Abs. 3 und 4 RückfRL betont jedoch sehr stark die Bedeutung anwaltlichen Beistandes für die Durchführung fairer Verfahren. Es würde daher der klaren Intention des Richtliniengebers widersprechen, wenn man

²⁹ EuGH, *Kadzoev* (a. a. O., Fn. 15), Rn. 37, 54, 61, 69-71.

weiterhin die anwaltliche Hilfe für Abschiebungshäftlinge von den unsicheren Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe abhängig machte, auf die faktische Selbstausschüttung von Anwälten im Rahmen der in einigen Bundesländern organisierten Rechtsberatung setzte oder die Bezahlung der Anwälte bei mittellosen Mandanten von Rechtshilfefonds abhängig machte, wie sie der Jesuiten-Flüchtlingsdienst und andere Organisationen eingerichtet haben. Art. 15 Abs. 3 RückfRL sollte somit zumindest Anlass für die Diskussion darüber geben, ob nicht die Regelungen der §§ 140 ff. StPO mutatis mutandis auf das Verfahren der Abschiebungshaft übertragen werden müssen.

5. Keine Abschiebungshaft in Strafvollzugseinrichtungen

Nach Art. 16 Abs. 1 RückfRL muss Abschiebungshaft im Regelfall in eigenen Einrichtungen vollzogen werden. Die Unterbringung kann nur in gewöhnlichen Hafteinrichtungen erfolgen, wenn dem gesamten Mitgliedstaat keine speziellen Einrichtungen zur Verfügung stehen. In Deutschland gibt es mehrere spezielle Einrichtungen für den Vollzug der Abschiebungshaft. Ein Verweis auf die föderale Ordnung der Bundesrepublik und darauf, dass es in einem bestimmten Bundesland keine solche spezialisierte Einrichtung gebe, reicht zur Rechtfertigung des Vollzugs von Abschiebungshaft in gewöhnlichen Justizvollzugsanstalten nicht mehr aus. Diese Auffassung vertritt auch die Europäische Kommission.³⁰

Ebenso reichen gesonderte Trakte innerhalb von JVA für sich genommen nicht aus. Abschiebungsgefangene müssen getrennt von allen anderen Häftlingen untergebracht werden.³¹ Denn hinter der Regelung des Art. 16 Abs. 1 RückfRL steht die klare Erkenntnis, dass Abschiebungshäftlinge nicht wie Straftäter behandelt und dementsprechend auch nicht den Strafvollzugsregelungen unterworfen werden dürfen. Dies wäre mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch für die Ausgestaltung der Haftbedingungen gilt, nicht vereinbar. Die Bedingungen der Abschiebungshaft müssen so gestaltet sein, dass sie den geringstmöglichen Eingriff in die Rechte der Häftlinge darstellen. Dies ist mit der bloßen Unterbringung in eigenen Gebäudeteilen, wie sie etwa in der JVA München-Stadelheim praktiziert wird, nicht gewährleistet. Durch die entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 62 a Abs. 1 Satz 2 AufenthG entsteht erheblicher Änderungsbedarf in der Vollzugspraxis der Bundesländer.

³⁰ Siehe *Habbe* (a. a. O., Fn. 16), S. 288–290.

³¹ Die Unterbringung muss sowohl getrennt von Straf- wie von Untersuchungshäftlingen erfolgen. Siehe dazu etwa LG Leipzig, Beschluss vom 20.9.2011 – 07 T 104/11 – (asyl.net, M19185); LG München I, Beschluss vom 13.3.2012 – 13 T 1606/12 – (in diesem Heft: ASYLMAGAZIN 5/2012, S. 179).

6. Erleichterter Kontakt zur Außenwelt

Art. 16 Abs. 4 RückfRL schreibt vor, dass einschlägig tätigen Organisationen der Besuch von Abschiebungshaft-einrichtungen zu ermöglichen ist. Abs. 5 Satz 2 ergänzt, dass die Gefangenen regelmäßig über die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit solchen Organisationen informiert werden müssen. Zumindest in der Vollzugspraxis führt dies dazu, dass Betreuungsorganisationen der Zugang zu Abschiebungshäftlingen erleichtert werden muss und nicht nur darin bestehen darf, einen vorher namentlich bezeichneten Häftling gelegentlich besuchen zu dürfen.

Nach Art. 16 Abs. 2 RückfRL müssen die Inhaftierten die Möglichkeit haben, auch mit Rechtsvertretern, Familienangehörigen und Konsularbehörden Kontakt aufzunehmen. Insbesondere die Bedeutung des Kontakts zu Familienangehörigen kann nicht genug betont werden. Die Möglichkeit, »Kontakt aufzunehmen« darf sich nicht auf Telefonate oder Briefaustausch beschränken, sondern meint erkennbar vor allem Besuchsmöglichkeiten.

Somit sind die Vollzugsregelungen zur Abschiebungshaft zu ändern. Zu den Problemen, bei denen Regelungsbedarf besteht, gehören etwa die nicht ausreichenden Besuchszeiten in vielen Einrichtungen. Insbesondere Familienangehörige sollten wie Rechtsvertreter uneingeschränkt den Abschiebungshäftling besuchen können. Auch sollte es ein einheitliches Verfahren der Zulassung für Betreuungsorganisationen geben.

VI. Fazit

Die RückfRL war, das zeigt ihre Entstehungsgeschichte deutlich, Ergebnis eines mühsam ausgehandelten politischen Kompromisses.³² Umso bedauerlicher ist, dass der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben allenfalls unvollständig umgesetzt hat. Erneut muss somit vor Behörden und Gerichten für die korrekte Anwendung europäischen Rechts gestritten werden – immer unter dem Motto: Der Einzelfall zählt.

³² Siehe dazu *Lutz*, *The Negotiations on the Return Directive. Comments and materials*, Njimegen 2010.

Der Beitrag wurde gefördert durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge aus Mitteln der Europäischen Union – Europäischer Flüchtlingsfonds. Er gibt die Meinung des Verfassers wieder. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge und die Europäische Kommission zeichnen für die Verwendung der Informationen nicht verantwortlich.



Bundesamt
für Migration
und Flüchtlinge