

Beitrag aus dem Asylmagazin 9/2020, S. 292–298

Johanna Schmidt-Räntsch

Vorgaben des Art. 5 EMRK für die Abschiebungshaft

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., September 2020. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autorin sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das Asylmagazin erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 65 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

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



In Kooperation mit



Im Asylmagazin 9/2020 finden Sie:

Nachrichten289
Arbeitshilfen und Stellungnahmen290
Buchbesprechung291
Mark Swatek zu Kaniess: Abschiebungshaft – Rechtshandbuch für die Praxis291
Themen des Berliner Symposiums 2020292
Johanna Schmidt-Räntsch: Vorgaben des Art. 5 EMRK für die Abschiebungshaft292
Beitrag299
Julius Becker: Folgen der Schutzgewährung in einem anderen europäischen Staat299
Neue internationale Entscheidungen303
Lea Hupke zu aktuellen Entscheidungen des EuGH303
Ländermaterialien305
VG Karlsruhe: Abschiebungsverbot für irakischen Jesiden307
VG Sigmaringen: Subsidiärer Schutz aufgrund drohender ritueller Zwangsbeschneidung in Nigeria309
VG Aachen: Keine Abschiebung »Anerkannter« nach Rumänien wegen Folgen der Corona-Pandemie310
VG Trier: Flüchtlingsschutz für Zeugen Jehovas aus der Russischen Föderation310
Asylrecht, internationaler Schutz und nationale Abschiebungsverbote313
OVG Niedersachsen: Familienasyl auch bei internationalem Schutz in anderem EU-Staat313
Asylverfahrens- und -prozessrecht314
EuGH: Persönliche Anhörung durch BAMF auch vor Unzulässigkeitsentscheidung314
VG Münster: Entlassung aus Aufnahmeeinrichtung bei Klage gegen einfache Asylantragsablehnung315
BVerwG: Keine Unzulässigkeit des Asylantrags »Anerkannter« bei Verletzung von Art. 4 GR-Charta316
BVerwG: Zuständigkeit Deutschlands für die Asylverfahren nachgeborener Kinder von »Anerkannten«318
BVerwG: Kein »Flüchtigsein« bei offenem Kirchenasyl319
OVG Berlin-Brandenburg: Kein »Flüchtigsein« bei Nichterscheinen zur Selbstgestaltung320
VG Gießen: Übergang der Verantwortung führt zur Gewährung aller Rechte eines GFK-Flüchtlings321
Aufenthaltsrecht323
BVerwG: Familiennachzug zu deutschem Kind trotz »missbräuchlicher« Anerkennung der Vaterschaft323
OVG Berlin-Brandenburg: Aufenthaltsbeendigung auch bei vorübergehender Reiseunfähigkeit möglich325
Abschiebungshaft und Ingewahrsamnahme326
EuGH: Zum Umgang mit Schutzersuchen durch ein Haftgericht326
Sozialrecht327
LSG Hessen: Keine Verweigerung von Analogleistungen wegen Kirchenasyl327

Redaktionsschluss: 14. September 2020

Impressum:

Herausgeber: Informationsverbund Asyl und Migration e. V.
Greifswalder Straße 4, 10405 Berlin
Fax: (0)30/467 93 329, E-Mail: redaktion@asyl.net
Internet: www.asyl.net

V. i. S. d. P. u. Redaktion: Lea Hupke, Michael Kalkmann
c/o Informationsverbund Asyl und Migration

Abonnementverwaltung, Vertrieb und Herstellung:
Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst,
Daimlerstraße 23, 76185 Karlsruhe
E-Mail: info@vonLoeper.de

Internet: www.vonLoeper.de/Asylmagazin
Abonnement-Preis: 65,- € jährlich (Inland).

© Informationsverbund Asyl und Migration
ISSN 1613-7450

Zitiervorschlag: Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings-
u. Migrationsrecht 8/2020

Der Abdruck von bis zu 10 Originalseiten pro Ausgabe ist unter Quellenangabe gegen Belegexemplar generell freigestellt, sofern es sich nicht um namentlich gekennzeichnete Beiträge oder Dokumente handelt. Wir stellen Ihnen gerne Dateien zur Verfügung. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Auffassung des Herausgebers wieder. Alle Dokumente, die mit einer Bestellnummer (z. B. M12143 oder ecoi.net 10543) versehen sind, können Sie bei IBIS e. V. bestellen (s. hintere Umschlagseite). Dokumente mit einer ecoi.net-ID-Nummer (z. B. ID 10543 oder ecoi.net 10543) finden Sie auch bei www.ecoi.net, Gerichtsentscheidungen in der Rechtsprechungsdatenbank auf www.asyl.net. Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im Asylmagazin eignen, senden Sie bitte an den: Informationsverbund Asyl und Migration, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin.

Themen des Berliner Symposiums 2020

Im Juni 2020 fand das 20. Symposium zum Flüchtlingsschutz als Online-Veranstaltung statt. Der folgende Beitrag wurde für ein Arbeitsforum konzipiert und für das Asylmagazin ausgearbeitet. Aufzeichnungen des Symposiums sowie von drei Online-Veranstaltungen, die im Vorfeld stattfanden, sind auf dem Youtube-Kanal der Evangelischen Akademie zu finden.



Johanna Schmidt-Räntsch, Berlin*

Vorgaben des Art. 5 EMRK für die Abschiebungshaft

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 EMRK
 1. Anwendungsbereich
 2. Sonderfall: Aufenthalt im Transitbereich
 3. Sachliche Voraussetzungen der Sicherungshaft
 4. Vorgeschriebenes Verfahren
- III. Rechte auf Gerichtsentscheidung und Übersetzung nach Art. 5 Abs. 2 und 4 EMRK
 1. Anordnung nur durch das Gericht – Festnahmerecht der Behörde
 2. Übersetzungsgebot
- IV. Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 5 Abs. 5 EMRK
 1. Haftende Körperschaft
 2. Maßstab der Konventionswidrigkeit
 3. Bindungswirkung der Feststellung der Rechtswidrigkeit
 4. Trennungsgebot und andere strukturelle Defizite
- V. Entsprechende Anwendung von Art. 6 EMRK
 1. Faires Verfahren
 2. Hinzuziehung einer anwaltlichen Vertretung
 3. Frage der Öffentlichkeitsbeteiligung
 4. Übersetzungskosten
- VI. Fazit

I. Einleitung

Das Recht auf Freiheit ist eines der elementarsten Grund- und Menschenrechte, das im deutschen Grundgesetz in Art. 2 Abs. 2 festgeschrieben ist. Die Einschränkung der Freiheit eines Menschen unterliegt dem Gesetzesvorbehalt, weitere Vorgaben für eine Freiheitsentziehung finden sich in Art. 104 GG. Die im deutschen Recht ebenfalls vorgesehene Möglichkeit, Abschiebungshaft anzuordnen, stellt eine Einschränkung des Freiheitsrechts dar, ohne dass ein bestimmtes Verhalten der Betroffenen sanktioniert wird. Einziger Zweck dieser Anordnung ist die Sicherung des Vollzugs der Ausreisepflicht. Die Verfahrensregeln zur Anordnung von Abschiebungshaft finden sich in den Vorschriften der §§ 415 ff. FamFG. Die Rechte auf

Freiheit und Sicherheit und auf ein faires Verfahren werden zusätzlich auch durch Art. 5 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) abgesichert.

Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag über den Schutz von Menschenrechten, der im Europarat ausgearbeitet und bislang von 47 Staaten unterzeichnet und ratifiziert wurde. Durch die Ratifikation werden die völkerrechtlichen Regeln in das innerstaatliche Recht integriert. Im Fall der EMRK erforderte die Ratifikation in Deutschland ein Bundesgesetz, durch dessen Erlass die Regeln der Konvention – und der später vereinbarten und ratifizierten Zusatzprotokolle – den Rang eines »einfachen« Bundesgesetz erhalten haben. Die praktische Bedeutung der Menschenrechtskonvention und der Zusatzprotokolle ist aber stärker als ihr Rang. Sie formuliert nämlich Menschenrechte, die in Deutschland den in Art. 1 bis 19 GG festgelegten Grundrechten entsprechen und ähnlich wie Bestimmungen durch das Bundesverfassungsrecht durch einen internationalen Gerichtshof ausgelegt werden, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Das Bundesverfassungsgericht und die obersten Gerichtshöfe in Deutschland orientieren sich an der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs, weil er die maßgeblichen internationalen Standards formuliert. Deshalb ist gerade die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Freiheitsrechten nach Art. 5 und 6 EMRK bedeutsam auch für die Auslegung von Art. 104 GG und der Vorschriften der

* Die Verfasserin ist Honorarprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin und Mitglied des bislang für das Abschiebungshaftrecht zuständigen V. Zivilsenats und des jetzt dafür zuständigen XIII. Zivilsenats des BGH. Der Beitrag entspricht dem Vortrag, den die Verfasserin auf dem 20. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz – Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für den Flüchtlingsschutz – am 23.6.2020 im Forum Abschiebungshaft gehalten hat.

§§ 415 ff. FamFG über das Verfahren in Freiheitsentziehungssachen. Die Europäische Union ist der Konvention nicht beigetreten, obwohl sie dies nach der Konvention könnte. Sie hat eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Europäische Grundrechte-Charta (EuGRCh) erlassen, die Teil des Vertragsrechts der Europäischen Union ist. Diese wird durch den Gerichtshof der Europäischen Union ausgelegt, der sich ebenfalls an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte orientiert. Im folgenden Beitrag soll das nationale Abschiebungshaftrecht im Hinblick auf die europäischen Vorgaben analysiert werden, wobei ein Schwerpunkt auf der Rechtsprechung des BGH liegt.

II. Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 EMRK

Art. 5 Abs. 1 EMRK

(1) ¹Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. ²Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: [...]

b) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung; [...]

f) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

1. Anwendungsbereich

Art. 5 EMRK regelt das Recht auf Freiheit und Sicherheit ebenso wie mögliche Einschränkungen dieses Rechts. Die Vorschrift gilt nicht nur für die in Buchstabe f der Vorschrift ausdrücklich angesprochene Haft zur Sicherung der behördlich überwachten Ausweisung, also der in Deutschland sogenannten Abschiebungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG, sondern auch für die Überstellungshaft nach Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung, für die Zurückweisungshaft nach § 15 Abs. 5 AufenthG, die Vorbereitungshaft nach § 62 Abs. 2 AufenthG, den Ausreisegewahrsam nach § 62b Abs. 1 AufenthG und die Mitwirkungshaft nach § 62 Abs. 6 AufenthG. Die Vorgaben des Art. 5 EMRK sind weiter zu berücksichtigen bei den Befugnissen der Ausländerbehörden zur Ingewahrsamnahme von Personen nach § 2 Abs. 14 Satz 3, § 62 Abs. 5 und § 62b Abs. 4 AufenthG.

2. Sonderfall: Aufenthalt im Transitbereich

Art. 5 EMRK ist ferner auch beim Transitaufenthalt nach § 15 Abs. 6 AufenthG zu beachten. Transitaufenthalt bedeutet nach dieser Vorschrift das Festhalten ausländischer Staatsangehöriger in einem abgesonderten Bereich eines internationalen deutschen Flughafens. Entgegen der landläufigen Bezeichnung »Transitbereich« handelt es sich dabei nicht um ein Festhalten von Personen in dem Bereich, in dem sich Transitreisende üblicherweise aufhalten. Vielmehr bedeutet Aufenthalt im Transitbereich die Ingewahrsamnahme von Personen ohne Einreiseerlaubnis in einem abgeschlossenen Gebäude auf dem Flughafen-gelände. Solche Transitbereiche gibt es auf den Flughäfen Berlin-Schönefeld, Düsseldorf, Frankfurt/Main, Hamburg und München, aber nicht in jedem internationalen deutschen Flughafen. In Flughäfen, die keine Transitbereiche haben, wird statt des Aufenthalts im Transitbereich häufig die Zurückweisung nach § 15 Abs. 1 bis 4 AufenthG, § 18 AsylG angeordnet, die aber für Kontrollen an den EU-Binnengrenzen ihre Bedeutung verlieren wird.¹

Die Regelung über den Transitbereich kann aus der Sicht der EMRK überraschen. Nach § 15 Abs. 6 AufenthG können nicht einreiserechtigte Personen nämlich bis zu 30 Tage ohne richterliche Haftanordnung in solchen Transitgewahrsamen festgehalten werden. Erst für ein darüber hinausgehendes Festhalten muss eine richterliche Entscheidung herbeigeführt werden. Diese Regelung beruht auf der Rechtsprechung des BVerfG, das den Gewahrsam im Transitbereich eines Flughafens nicht als Problem der Freiheitsentziehung gesehen hat, sondern als Problem der Einreisefreiheit, die Drittstaatsangehörige nicht haben.² Der BGH hat den Akzent darauf gelegt, dass Betroffene rechtlich jederzeit wieder abreisen dürfen und deshalb keine Freiheitsentziehung gegeben sei.³ Der EGMR folgt diesem Ansatz nicht, akzeptiert aber das legislative Ergebnis. Aus der Sicht des EGMR gehört auch der Transitaufenthalt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK, wenn er von einer Freiheitsbeschränkung in eine Freiheitsentziehung umschlägt, also wenn er übermäßig lange dauert.⁴ Dabei muss von der konkreten Situation der Betroffenen ausgegangen und es muss eine Vielzahl von Kriterien wie Art, Dauer,

¹ BGH, Beschlüsse vom 12.2.2020 – XIII ZB 65/19 – juris, Rn. 8 und vom 14.7.2020 – XIII ZB 81/19 – Rn. 11 f., z. Veröff. best.

² BVerfG, Urteil vom 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93 (= BVerfGE 94, 166, 198 f.).

³ BGH, Beschluss vom 12.10.2016 – V ZB 29/15 – asyl.net: M24483; Asylmagazin 1–2/2017, S. 60 und Beschluss vom selben Tag – V ZB 28/15.

⁴ EGMR, Urteil vom 6.11.1980 – Serie A Nr. 39, *Guzzardi gg. Italien* – S. 33 Rn. 92 und Urteil vom 25.6.1996 – 17/1995/523/609, *Amuur gg. Frankreich* – NVwZ 1997, 1102 Rn. 42; für Art. 104 GG: BVerfG, Beschluss vom 10.2.1960 – 1 BvR 526/53, 1 BvR 29/58 – BVerfGE 10, 302, 323; BVerfG, Beschluss vom 23.10.2014 – 2 BvR 2566/10 – asyl.net: M22402; Asylmagazin 1–2/2015, S. 53 f., Rn. 16; BVerwG, Urteil vom 23.6.1981 – 1 C 78/77 – BVerwGE 62, 325, 327 f.

Auswirkungen und Umstände in Betracht gezogen werden.⁵ Zu diesen Kriterien könnte auch die Möglichkeit der Abreise gehören, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs allerdings nur, wenn sie nicht nur theoretischen Charakter hat.⁶ Es spricht viel dafür, dass der EGMR die deutsche 30-Tage-Regelung als noch nicht übermäßig lang ansehen würde.⁷ Das Problem hat viel von seiner praktischen Bedeutung verloren, weil ein Festhalten im Transitgewahrsam nach der Rechtsprechung des BGH schon vor Ablauf von 30 Tagen jedenfalls dann zu einer Freiheitsentziehung wird, wenn ein Asylantrag im Flughafenverfahren nach § 18a AsylG abschlägig beschieden wurde, ein Verwaltungsgericht einen möglichen Eilantrag abgelehnt und seine Entscheidung der Grenzbehörde bekannt gemacht hat und wenn die Betroffenen Zeit hatten, diese Entscheidung zu prüfen. Den dafür erforderlichen Zeitraum setzt der BGH mit drei Kalendertagen an.⁸

Im Ergebnis kann es somit – jedenfalls nach Einleitung eines Flughafenverfahrens – nicht zu einer Ausschöpfung der gesetzlich vorgesehenen Höchstdauer von 30 Tagen für das Festhalten im Transitbereich ohne richterliche Anordnung kommen: Entweder ist laut Gesetz in verschiedenen Konstellationen deutlich vor Ablauf dieser Frist die Einreise zu gestatten (§ 18a Abs. 6 AsylG) oder nach der hier zitierten Rechtsprechung des BGH wird nach Ablehnung des Asylantrags innerhalb weniger Tage aus der »Freiheitsbeschränkung« eine Freiheitsentziehung, die der Zurückweisungshaft gleichzustellen ist.⁹ In diesem Fall ist dann ebenfalls deutlich vor Ablauf der 30-Tage-Frist eine richterliche Haftanordnung einzuholen.

3. Sachliche Voraussetzungen der Sicherungshaft

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Bst. f EMRK darf die Haft zur Sicherung einer Ausweisung oder zur Verhinderung einer unerlaubten Einreise angeordnet werden. Weitere Voraussetzung hierfür ist, dass die Anordnung auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise geschieht. In dem in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK genannten Gesetz (»gesetzlich vorgeschrieben«) muss nicht nur der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK selbst bestimmte zulässige Zweck der Freiheitsentziehung geregelt werden, sondern auch die sachlichen Voraussetzungen hierfür. Das sind bei der Abschiebungshaft die drei in § 62 Abs. 3 Satz 1 AufenthG genannten Haftgründe,

nämlich die Fluchtgefahr (§ 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AufenthG), die unerlaubte Einreise (§ 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AufenthG) und der Erlass einer Abschiebungsanordnung gegen einen sogenannten »Gefährder« nach § 58a AufenthG (§ 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 AufenthG). Bei der Überstellungshaft gibt es nur einen Haftgrund, der nicht im nationalen Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestimmt wird, sondern in der Verordnung selbst und damit für alle Mitgliedstaaten einheitlich: die erhebliche Fluchtgefahr. Die Fluchtgefahr ist sowohl für die Abschiebungs- als auch für die Rücküberstellungshaft nach der Dublin-III-Verordnung¹⁰ und der Rückführungsrichtlinie 115/2008/EG¹¹ durch Festlegung von konkreten Anhaltspunkten für das Vorliegen von erheblicher Fluchtgefahr im nationalen Recht näher auszuformen. Geschieht das nicht, darf keine Haft angeordnet werden.¹²

4. Vorgeschriebenes Verfahren

Art. 5 Abs. 1 EMRK gibt vor, dass für die Anordnung von Abschiebungs- oder Überstellungshaft auch das im nationalen Recht bzw. im Unionsrecht vorgeschriebene Verfahren eingehalten werden muss. Diese Vorgabe ist auch in der parallelen Regelung des Art. 104 Abs. 1 GG zu finden, sodass die zwingenden Vorgaben des Verfahrensrechts quasi Verfassungsrang haben. Im deutschen Recht bedeutet die Missachtung zwingender Verfahrensvorgaben, dass die angeordnete Haft ohne Rücksicht darauf rechtswidrig ist, ob sich bei Beachtung des Verfahrens ein anderes Ergebnis gezeigt hätte.¹³ Art. 5 Abs. 1 EMRK schreibt so strikt wirkende Verfahrensregelungen nicht vor, wohl aber, dass solche Regelungen, wenn sie erlassen werden, auch einzuhalten sind. In Deutschland gilt nach § 106 Abs. 1 AufenthG für Verfahren bei Freiheitsentziehungen das FamFG.

a. Antragsanforderungen nach § 417 Abs. 2 S. 2 FamFG

Die wichtigste dieser zwingenden Vorgaben des deutschen Rechts ist das Erfordernis eines Haftantrags der zuständigen Behörde. Darin kann sich die Behörde nicht auf die Angabe der Dauer der anzuordnenden Haft sowie der groben Angabe von Gründen beschränken. Sie muss vielmehr einen in § 417 Abs. 2 S. 2 FamFG gesetzlich vorgeschriebenen Katalog von Gesichtspunkten abarbeiten. Macht die Behörde auch nur zu einem dieser Gesichtspunkte keine oder nur allgemein gehaltene Ausführungen

⁵ EGMR, Urteil vom 25.6.1996, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 42.

⁶ EGMR, Urteil vom 25.6.1996, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 48.

⁷ BGH, Beschluss vom 12.7.2018 – V ZB 98/16 – asyl.net: M26482 (= NVwZ 2018, 1742), Rn. 11 ff.

⁸ BGH, Beschluss vom 12.7.2018, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 15; im Ansatz, aber nicht in den Details genauso: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.3.2016 – 20 W 9/15 – asyl.net: M23682; Asylmagazin 6/2016, S. 189 f. (= InfAuslR 2016, 192); Auslöser der Rechtsprechung ist BVerfG, Beschluss vom 23.10.2014 – 2 BvR 2566/10 – asyl.net: M22402; Asylmagazin 1–2/2015, S. 53 f., Rn. 16.

⁹ BGH, Beschluss vom 12.7.2018, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 15.

¹⁰ VO (EU) Nr. 604/2013 vom 26.6.2013, ABl. EU Nr. L 180, S. 31 ff.

¹¹ RL 2008/115/EG vom 16.12.2008, ABl. EG Nr. L 348 S. 98 ff.

¹² EuGH, Urteil vom 15. 3. 2017 – C-528/15, *Al Chodor gg. Tschechische Republik* – Asylmagazin 5/2017, S. 206, Rn. 43, 47.

¹³ BGH, Beschluss vom 17.6.2010 – V ZB 127/10 (= NVwZ 2010, 1318 Rn. 7 f.).

ohne Bezug zum Fall der konkret betroffenen Person, ist der Haftantrag unzulässig. Haft darf dann nicht angeordnet werden, auch wenn Gründe dafür vorliegen. Ein solcher Verstoß ist nach deutschem Recht heilbar, aber nur durch nachträglichen ausreichenden Vortrag oder entsprechende gerichtliche Feststellungen und durch eine ergänzende persönliche Anhörung des Betroffenen.

b. Persönliche Anhörung und Beziehung der Akten

Die persönliche Anhörung der Betroffenen ist die zweite zwingende Vorgabe des deutschen Rechts. Sie ist in § 420 FamFG sowohl für die erstmalige Anordnung von Haft als auch für jede Verlängerung der einmal angeordneten Haft zwingend vorgeschrieben. Im Beschwerdeverfahren kann auf eine erneute persönliche Anhörung der Betroffenen verzichtet werden, wenn von ihr keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind. Sie ist aber auch hier zwingend vorgeschrieben, wenn der Haftantrag der beteiligten Behörde den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt oder wenn das Beschwerdegericht die Haft auf neue tatsächliche Gesichtspunkte stützen will. Denselben Stellenwert hat das BVerfG in einem Beschluss vom 14. Mai 2020¹⁴ der Beziehung der Ausländerakte beigegeben. Das Gesetz hat die Beziehung der Ausländerakten in § 417 Abs. 2 Satz 3 FamFG allerdings nicht als sogenannte Muss-Vorschrift, sondern als sogenannte Soll-Vorschrift ausgestaltet. Der hierdurch eingeräumte Ermessensspielraum dürfte durch die Entscheidung des BVerfG nun auf ein Minimum bzw. auf atypische Fälle beschränkt worden sein.

c. Abschiebungsandrohung

Zu der im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK »gesetzlich vorgeschriebenen Weise« würden neben den Regelungen im einschlägigen Verfahrensgesetz (FamFG) auch solche Vorgaben gehören, die sich aus den materiell-rechtlichen Vorschriften des Ausländerrechts ergeben. Dazu gehört auch die Abschiebungsandrohung, die den Betroffenen erteilt werden muss. Das verblüfft auf den ersten Blick. Die Erklärung hierfür liefert aber ein Blick in die Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder in Deutschland. Sie sehen nämlich übereinstimmend vor, dass die Verwaltungsvollstreckung wegen einer Handlung – hier ist das die Rückkehr in das Herkunftsland bzw. in den Erstaufnahmestaat der Europäischen Union – erst erfolgen darf, nachdem den Vollstreckungsschuldner*innen – hier bei uns also der Person, die inhaftiert werden soll – die zwangsweise Durchsetzung ihrer Pflichten angedroht und eine Frist zur freiwilligen Vornahme der Handlung – hier also zur freiwilligen Ausreise – verstrichen

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 14.5.2020 – 2 BvR 2345/16 – asyl.net: M28466, Asylmagazin 8/2020, S. 286 f., Rn. 54.

ist.¹⁵ Die Erteilung einer Abschiebungsandrohung ist somit eine Voraussetzung für die Anordnung von Haft, genauer formuliert eine Vollstreckungsvoraussetzung, und muss beachtet werden.¹⁶

d. Zustimmung der Staatsanwaltschaft

Zur Vorgabe der Zustimmung der Staatsanwaltschaft hat der BGH lange Zeit die Regelung des § 72 Abs. 4 AufenthG gerechnet, wonach die Abschiebung oder Überstellung einer Person nur im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft erfolgen darf, wenn gegen die Person ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren anhängig ist.¹⁷ Dieses Verständnis der Einvernehmensregelung hat zu dem verblüffenden Ergebnis geführt, dass sich die betroffenen Personen nach Kräften darum bemüht haben, noch ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen sie selbst ausfindig zu machen, das die Behörde in ihrem Antrag nicht behandelt hatte. Die Folge war dann nämlich, dass die Haft nicht angeordnet werden durfte, bevor das Einvernehmen vorlag, und, wenn sie dennoch angeordnet wurde, rechtswidrig war und einen Entschädigungsanspruch auslöste. Der jetzt für das Abschiebungshaftrecht zuständige XIII. Zivilsenat des BGH fand dieses Ergebnis nicht überzeugend. Er steht auf dem Standpunkt, dass es sich bei dieser Einvernehmensregelung nicht um einen Teil des im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK bzw. von Art. 104 Abs. 1 GG vorgeschriebenen Freiheitsentziehungsverfahrens, sondern um eine Regelung zur Koordinierung verschiedener staatlicher Interessen handelt. Heute wird das fehlende Einvernehmen nur als ein mögliches Abschiebungshindernis angesehen, das der Abschiebung aber nur entgegensteht, wenn es tatsächlich zu einem Konflikt zwischen Ausländerbehörde und Staatsanwaltschaft kommt.¹⁸

¹⁵ Vgl. z. B. § 13 Abs. 1 VwVG des Bundes; die Bestimmungen des Landesrechts sind identisch.

¹⁶ Dazu: BGH, Beschluss vom 21.8.2019 – V ZB 60/17 – asyl.net: M27984 (= InfAusR 2020, 28), Rn. 10–12.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 17.6.2010 – V ZB 93/10 – asyl.net: M18088 (= NVwZ 2010, 1574).

¹⁸ BGH, Beschluss vom 12.2.2020 – XIII ZB 15/19, InfAusR 2020, 242 Rn. 12, 19 f.

III. Rechte auf Gerichtsentscheidung und Übersetzung nach Art. 5 Abs. 2 und 4 EMRK

Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 EMRK

(2) Jeder festgenommenen Person muss innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind [...].

(4) Jede Person, die festgenommen [...] ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist.

Art. 5 Abs. 2 und 4 EMRK regeln, dass einer festgenommenen Person in einer ihr verständlichen Sprache die Haftgründe mitgeteilt werden müssen und dass sie das Recht auf eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung hat.

1. Anordnung nur durch das Gericht und Festnahmerecht der Behörde

Die Regelungen in Art. 5 Abs. 2 und 4 EMRK können auch bei der Anordnung von Abschiebungs- oder Überstellungshaft zu beachten sein. In Deutschland haben diese Vorgaben allerdings für die Abschiebungs- und die Überstellungshaft nur eine eher geringe Bedeutung. Im nationalen Recht gibt es zwar auch einzelne Vorschriften, die die Ausländerbehörde ermächtigen, Personen in Gewahrsam zu nehmen. In diesen Fällen wird dann entsprechend Art. 5 Abs. 4 EMRK auch vorgeschrieben, dass die Entscheidung des Gerichts unverzüglich herbeizuführen ist. Normalerweise wird aber die Abschiebungs- oder Überstellungshaft nicht von der Ausländerbehörde angeordnet, sondern auf ihren Antrag hin durch das Gericht. Dann werden Betroffene aber von vornherein durch das Gericht angehört.

2. Übersetzungsgebot

Der Haftantrag der beteiligten Behörde ist den Betroffenen in eine Sprache zu übersetzen, die sie beherrschen. Denn sonst hätte ihre persönliche Anhörung durch das Haftgericht keinen Sinn. Das wird in Deutschland unmittelbar aus Art. 5 Abs. 2 EMRK abgeleitet.¹⁹

¹⁹ Dazu: BGH, Beschluss vom 4.3.2010 – V ZB 222/09 (=BGHZ 184, 323).

IV. Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 5 Abs. 5 EMRK

Art. 5 Abs. 5 EMRK

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

Den konventionsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz für eine konventionswidrige Festnahme oder Freiheitsentziehung regelt das deutsche Recht nicht besonders. Er folgt unmittelbar aus Art. 5 Abs. 5 EMRK, die in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes hat. Die Einzelheiten dieses Anspruchs hat der für das Staatshaftungsrecht zuständige III. Zivilsenat des BGH in einem Urteil vom 18. April 2019²⁰ näher ausgestaltet.

1. Haftende Körperschaft

Die erste – typisch deutsche – Frage geht dahin, welche staatliche Organisation den Schadensersatz zu bezahlen hat. Nach der Entscheidung des BGH ist das immer das Land, weil dessen Gerichte in erster Instanz die Haftanordnung treffen müssen. Es kommt nicht darauf an, welche Behörde die Haft beantragt hat. Das können außer den Ausländerbehörden der Kommunen auch staatliche Stellen der Länder oder Behörden der Bundespolizei sein.²¹

2. Maßstab der Konventionswidrigkeit

Die Anordnung der Haft ist in Deutschland regelmäßig eine gerichtliche Entscheidung. Im deutschen Amtshaftungsrecht gilt der Grundsatz, dass ein Schadensersatzanspruch nur besteht, wenn eine richterliche Entscheidung unvertretbar ist. Dies soll die richterliche Unabhängigkeit absichern. Es stellt sich die Frage, ob dies auch für den konventionsrechtlichen Schadensersatzanspruch gilt. Nach dem Urteil des BGH ist dies nach Art. 5 Abs. 5 EMRK nicht der Fall. Hier kommt es allein darauf an, ob die Haftanordnung den Vorgaben der EMRK entspricht. Betroffene haben in Deutschland die Möglichkeit, gerichtlich feststellen zu lassen, ob die gegen sie vollzogene Freiheitsentziehung rechtswidrig war.²² Diese Feststellung hat in erster Linie die Funktion, Betroffenen durch eine entsprechende Feststellung Genugtuung zu verschaffen.

²⁰ BGH, Urteil vom 18.4.2019 – III ZR 67/18 – asyl.net: M28774 (=InfAuslR 2019, 295).

²¹ BGH, Urteil vom 18.4.2019, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 11.

²² BGH, Urteil vom 18.4.2019, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 22–25.

3. Bindungswirkung der Feststellung der Rechtswidrigkeit

Die Feststellung der Rechtswidrigkeit hat in Deutschland aber auch noch eine andere Auswirkung. Sie bindet nämlich die für die Zahlung der Entschädigung zuständigen Stellen in der Sache. Diese Bindungswirkung hat der BGH in dem Urteil vom 18. April 2019 jedoch eingeschränkt. Sie gilt hiernach nur, wenn die zuständige Landesstelle den Antrag gestellt hat. Ist der Antrag aber von einer Behörde der Bundespolizei gestellt worden, entfällt die Bindungswirkung.²³ Das bedeutet aber nicht, dass die für die Entschädigungszahlung zuständigen Stellen eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einfach ignorieren könnten. Sie werden sich in aller Regel daran halten, auch wenn keine formelle Bindung besteht.

4. Trennungsgebot und andere strukturelle Defizite

Der problematische Punkt der Entscheidung vom 18. April 2019 betrifft die Frage, ob eine Freiheitsentziehung auch dann den Vorgaben von Art. 5 EMRK widerspricht, wenn sie zwar für sich genommen rechtmäßig ist, aber wegen strukturellen Defiziten des Vollzugs nicht hätte angeordnet werden dürfen. Konkret betrifft die Entscheidung den Fall einer Person, bei der zwar Fluchtgefahr vorlag, die aber nicht entsprechend den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie 115/2008/EG untergebracht werden konnte. Nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie dürfen nämlich Personen, gegen die zur Sicherung ihrer Abschiebung oder Rücküberstellung Haft angeordnet wird, nicht in normalen Gefängnissen inhaftiert werden, in denen auch Strafgefangene einsitzen, sondern nur in besonderen Einrichtungen (sogenanntes »Trennungsgebot«). Deutschland hatte diese Vorgabe der Richtlinie nicht beachtet.

Der damals für das Abschiebungshaftrecht zuständige V. Zivilsenat des BGH hatte im Anschluss an ein Vorabentscheidungsurteil des EuGH²⁴ entschieden, dass im Interesse einer effektiven Durchsetzung der Rückführungsrichtlinie eine Freiheitsentziehung nicht angeordnet werden darf, wenn mit solchen strukturellen Defiziten von vornherein zu rechnen ist.²⁵ Ein Verstoß gegen das Trennungsgebot stellt aus der Sicht des III. Zivilsenats des BGH aber keine ausreichende Grundlage für den konventionsrechtlichen Schadensersatzanspruch dar, weil sich aus Art. 5 Abs. 5 EMRK keine Rechte von inhaftierten Personen in Bezug auf ihre Behandlung in der Haft ergeben

sollen.²⁶ Die Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH beruhte zwar in der Tat nicht auf Art. 5 EMRK, sondern auf der Verpflichtung Deutschlands, seine Richtlinienverpflichtungen umzusetzen. Das ändert aber nichts daran, dass die Freiheitsentziehung nach dem maßgeblichen deutschen Recht mit Rücksicht auf den *effet utile*-Grundsatz rechtswidrig war.

V. Entsprechende Anwendung von Art. 6 EMRK

Art. 6 EMRK

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. [...] Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden [...].

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

- c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen [...];
- e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

1. Faires Verfahren

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person in einem zivilrechtlichen Streitverfahren und in einem Verfahren über eine strafrechtliche Anklage nicht nur Anspruch auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht, sondern auch auf ein faires Verfahren. Das gilt selbstverständlich auch für das Verfahren über einen Antrag der zuständigen Ausländerbehörde auf Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung oder Überstellung. Grundlage hierfür ist aber nicht Art. 6 Abs. 1 EMRK, der auf zivilrechtliche Verfahren und Strafverfahren zugeschnitten ist. Denn zu diesen Verfahren gehört die Anordnung von Abschiebungs- oder Überstellungshaft nicht. Sie dient nicht der Bestrafung, sondern der Durchsetzung der

²³ BGH, Urteil vom 18.4.2019, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 17.

²⁴ EuGH, Urteil vom 17.7.2014 – C-473/13; C-514/13, *Bero u. a. gg. Deutschland* (= Asylmagazin 9/2014, S. 314 f.) – asyl.net: M22086.

²⁵ BGH, Beschluss vom 11.7.2013 – V ZB 40/11 (= Asylmagazin 11/2013, S. 397 f.) – asyl.net: M21046 (= NVwZ 2014, 166), Rn. 20 und Beschluss vom 12.11.2014 – V ZB 40/11, Rn. 6 f.

²⁶ BGH, Urteil vom 18.4.2019, a. a. O. (Fn. 20), Rn. 34.

Rückkehrverpflichtung und hat somit also gewissermaßen verwaltungsrechtliche Zwecke. Sie fällt damit auch nach der Rechtsprechung des EGMR nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK.²⁷ Der selbstverständlich zu gewährleistende Anspruch auf ein faires Verfahren hat vielmehr eine unionsrechtliche Grundlage. Er folgt aus Art. 47 Abs. 2 der Europäischen Grundrechte-Charta (EuGRCh).

Art. 47 EuGRCh

(2) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

2. Hinzuziehung einer anwaltlichen Vertretung

Ebenfalls nicht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, sondern aus Art. 47 Abs. 2 EuGRCh leitet der BGH das Recht der Betroffenen ab, im Verfahren über die Anordnung von Haft zur Sicherung ihrer Abschiebung oder Überstellung eine anwaltliche Vertretung einzuschalten. Wenn Betroffene bei der persönlichen Anhörung erklären, sie wollen eine anwaltliche Vertretung hinzuziehen, darf das Gericht nach der Rechtsprechung des BGH keine endgültige Entscheidung in der Hauptsache erlassen. Es muss sich vielmehr auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung beschränken und einen neuen Termin zur erneuten persönlichen Anhörung der Betroffenen in der Hauptsache anordnen.²⁸ Die einstweilige Anordnung hemmt allerdings den Vollzug der Ausweisungsverfügung nicht. Das entspricht dem dienenden Charakter der Sicherungshaft. Sie dient allein dazu, die Vollstreckung der Ausweisungsentscheidung bzw. der gesetzlichen Ausreisepflicht der Betroffenen abzusichern, aber nicht zu deren Überprüfung. Dafür sind allein die Verwaltungsgerichte zuständig.

3. Frage der Öffentlichkeitsbeteiligung

In Deutschland wird aber teilweise die Auffassung vertreten, auch die Vorschriften über die Öffentlichkeit müssten den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK für das Strafverfah-

ren entsprechen. Dabei geht es nicht um die persönliche Anhörung der Betroffenen, die in Deutschland nicht öffentlich ist und nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK auch nicht öffentlich sein muss. Es geht allein darum, ob die regelmäßig im Anschluss an die Anhörung verkündete Haftanordnung öffentlich verkündet werden muss. Der BGH hat die Frage bislang nicht entschieden.²⁹ Sie ist nach Auffassung der Verfasserin zu verneinen. Die Verkündung einer Haftanordnung hat nicht den gleichen Stellenwert wie die Verkündung eines Strafurteils. Sie ist eher einem Haftbefehl im Strafverfahren zu vergleichen, der ebenfalls nicht öffentlich verkündet wird und nach der EMRK auch nicht öffentlich verkündet werden muss.

4. Übersetzungskosten

Der BGH nimmt in entsprechender Anwendung von Art. 6 Abs. 3 Bst. e EMRK an, dass Übersetzungskosten auch im Verfahren über die Anordnung von Haft zur Sicherung einer Abschiebung oder Überstellung generell nicht erhoben werden dürfen.³⁰ Er kontrolliert auch, ob die unteren Instanzen diese Vorgabe beachten.

VI. Fazit

Die Vorschriften über das Verfahren in Freiheitsentziehungssachen entsprechen danach den Vorgaben der EMRK. Ein entscheidendes Defizit besteht in der »Verteidigung« der Betroffenen. Sie werden durch ein Mitglied der Rechtsanwaltschaft nur vertreten, wenn sie einen Antrag auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe stellen. Die Erfolgsaussichten des Antrags sind an die der Rechtsverteidigung gebunden. Diese können Betroffene jedoch aufgrund der Komplexität des Abschiebungshaftrechts ohne rechtliche Hilfe allein nicht darlegen. Wenn sie Glück haben, steht ein Mitglied einer Flüchtlingshilfsorganisation als Person des Vertrauens zur Verfügung. Das ist aber meist nicht der Fall. Auch wenn also die Regelungen nach der EMRK und dem Recht der Europäischen Union nicht zu beanstanden sind, führen sie dazu, dass Betroffene ihre Rechte letztlich nicht effektiv wahrnehmen können. Das ist nach Ansicht der Verfasserin eines Rechtsstaats nicht würdig und sollte unbedingt geändert werden. Deshalb sollten Betroffene von Anfang an eine Pflichtverteidigung erhalten, wie es auch in Strafsachen üblich ist.

²⁷ EGMR, Urteil vom 5.10.2000 – 39652/98, *Maaouia gg. Frankreich* – InfAuslR 2001, 109 und Urteil vom 16.9.2004 – 11103/03, *M. C. G. gg. Deutschland* – NVwZ 2005, 1046, 1048.

²⁸ BGH, Beschluss vom 6.12.2018 – V ZB 79/18 – Asylmagazin 3/2019, S. 78 f. – asyl.net: M27014, Rn. 7 und Beschluss vom 22.8.2019 – V ZB 39/19 – InfAuslR 2019, 454, Rn. 6 und Beschluss vom 20.5.2020 – XIII ZB 73/19 – asyl.net: M28613.

²⁹ BGH, Beschluss vom 11.1.2018 – V ZB 28/17 – asyl.net: M26465 (= InfAuslR 2018, 184), Rn. 25.

³⁰ BGH, Beschluss vom 4.3.2010, a. a. O. (Fn. 19), Rn. 21.

Unsere Angebote

Asylmagazin - Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge aus der Beratungspraxis und zu Rechtsfragen
- Themenschwerpunkte und Beilagen
- Rechtsprechung
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise

Bestellung bei menschenrechte.ariadne.de



www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



familie.asyl.net

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen



www.fluechtlingshelfer.info

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



adressen.asyl.net

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



Aktuelle Publikationen

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen«



www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.