

Matthias Haag

Abschiebehaft

Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Anordnung und Durchführung



Band 1

Hallesche Studien zum Migrationsrecht

Matthias Haag

Abschiebehaft

Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen
an die Anordnung und Durchführung

Matthias Haag wurde am 5.3.1991 in Ravensburg geboren. Seit 2011 studiert er Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Die Ausarbeitung beruht auf einer Schwerpunktarbeit vom März 2014 im Schwerpunktbereich: Internationales, Transnationales und Europäisches Recht.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

CXVII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2015

Umschlaggestaltung: pixzicato GmbH Hannover, Horst Stölger
Foto: hands © Franz Pfluegl – fotolia

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-116-8

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	9
B. Europarechtliche Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung der Abschiebehaft	11
I. Vorgaben durch die RRL	11
1. Anordnungsentscheidung	11
a) Vorausgehende Rückkehrentscheidung	11
b) Einzelfallentscheidung	12
c) Überprüfung von Haftalternativen	12
d) Fluchtgefahr	13
e) Möglichkeit der Abschiebung	14
f) Anordnungsentscheidung durch eine Behörde	15
g) Verletzung von Verteidigungsrechten (insbesondere dem Anspruch auf Anhörung)	15
h) Richtlinienkonformität des Vollzugs	16
2. Dauer der Haft und Verlängerungsentscheidung	16
a) Höchstdauer	17
b) Inhaftierungen in Folge	17
c) Verzögerungen bei der Übermittlung	17
d) Kausalität der mangelnden Kooperationsbereitschaft	18
e) Entscheidung über die Verlängerung der Haft	18
3. Überprüfung der Haft	19
4. Sorgfaltspflichten	20
5. Spezielle Hafteinrichtungen	20
a) Räumliches Gebiet	20
b) Trennungsgebot	22
c) Schaffung von Vollzugsregeln	23
6. Inhaftierung von Familien	23
7. Kontakt mit Vertrauenspersonen	23
8. Besuch von Hilfsorganisationen	24
9. Monitoring	26

10. Schutzbedürftige Personen und Krankenversorgung	26
11. Minderjährige Abschiebehäftlinge	27
a) Inhaftierung	27
b) Zugang zu Bildung/Freizeitaktivitäten während der Inhaftierung ..	27
12. Freizeitbeschäftigungen für Nicht-minderjährige?	28
13. Informationsrechte	28
II. Zwischenergebnis	28
III. Anforderungen aus der EMRK	29
1. Art. 5 I 2 f) EMRK	29
2. Involvierung von minderjährigen Kindern	30
a) Art. 8 EMRK	30
b) Art. 3 EMRK	30
c) Art. 5 EMRK	30
3. Zwischenergebnis	31
C. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Anordnung und Durchführung	32
I. Prüfungskompetenz des Haftrichters über die Abschiebung	32
1. Keine (bzw. eingeschränkte) Prüfungskompetenz	32
2. Prüfungskompetenz	33
3. Streitentscheid	33
II. Anforderungen aus Art. 2 II i.V.m. Art. 104 GG	35
1. Ingewahrsamnahme aus einem anderen Grund	35
2. Amtsermittlungspflicht zur Sachverhaltsaufklärung des Richters	35
III. Rechtliches Gehör (und Sachaufklärungspflicht)	37
1. Übermittlung des Haftantrags	37
2. Anhörung des Betroffenen	37
IV. Beiordnung eines Anwaltes	38
V. Faires Verfahren	41
1. Möglichkeit der Teilnahme des Verfahrensbevollmächtigten bei der Anhörung	41
2. Belehrung über Rechte aus einem völkerrechtlichen Vertrag	41

VI. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	41
1. Erforderlichkeit	42
a) Mildere Mittel.	42
b) Mangelnde Entziehungsabsicht	42
c) Verweigerung des Ausreise	43
d) Beschleunigungsgebot	43
2. Inhaftierung schutzbedürftiger Personen (Angemessenheit)	44
3. Drei-Monats-Frist	45
a) Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.	45
b) Zeitverzögerungen.	45
c) Undurchführbarkeit der Prognose	45
4. Haftdauer	46
a) Haftdauer von 18 Monaten.	46
b) Haftdauer über die Drei-Monats-Frist.	47
VII. Vollzug der Abschiebehaft	48
1. Vollzug in Justizvollzugsanstalten (JVAen)	48
2. Ländervollzug in spezielle Hafteinrichtungen	49
a) Innenverwaltung durch eine Richtlinie	49
b) Lediglicher Verweis.	50
3. Zwischenergebnis	51
VIII. Ergebnis.	51
D. Endergebnis und Fazit	52
Literaturverzeichnis	55

A. Einleitung

Um den Aufenthalt eines Ausländers zu beenden, ist in Deutschland die Anordnung und Durchführung der Abschiebehaft möglich. Dabei sind vor allem die Vorgaben des Grundgesetzes und des Europarechtes einzuhalten. Diese werden in dieser Arbeit aufgezeigt und u.a. untersucht, ob das nationale Recht diesen Kriterien entspricht.

Zur Feststellung der Anforderungen des Grundgesetzes und des Europarechtes, muss die Abschiebehaft jedoch erst einmal eingeordnet und ihr „Charakter“ aufgezeigt werden.

Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Abschiebehaft sind in § 62 AufenthG¹ geregelt. Es wird dabei differenziert nach der Sicherungshaft, der „kleinen Sicherungshaft“² und der Vorbereitungshaft.

Bei der Abschiebehaft handelt es sich um eine Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme.³ Daher wird die Abschiebehaft auch als Administrativhaft⁴ und wegen ihrer Zuweisung zu der ordentlichen Gerichtsbarkeit (vgl. § 415 ff. FamFG) auch als Zivilhaft bezeichnet.⁵

Zu beachten ist, dass die Anordnung der Abschiebehaft nicht mehr wie nach ihrem historische Ursprung⁶ einzig der allgemeinen Gefahrenabwehr, sondern der Durchsetzung der Ausreisepflicht (mit Zwang) dient,⁷ wenn einfacher Zwang nicht ausreicht.⁸

Durch die Abschiebehaft soll die Abschiebung sichergestellt oder vorbereitet werden.⁹ Dadurch ist die Abschiebehaft ein Instrument die Territorialhoheit des

1 §§ ohne Angaben sind solche des AufenthG.

2 *Keßler*, HK-AuslR, § 62 AufenthG Rn. 30.

3 *Babo*, ZAR 2004, 359 (359); *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 167; vgl. BGH, FGPrax 2013, 279 (280), Rn. 12.

4 *Weiss*, Solidarität, S. 388; bzw. als Verwaltungshaft (*Meyer-Mews*, JA 2006, 206 (209)) bezeichnet.

5 *Keßler*, HK-AuslR, § 62 AufenthG Rn. 11; *Kellermann/Köhne*, AK-StVollzG, § 171 StVollzG Rn. 7 f.; vgl. *Heinbold*, Abschiebungshaft, S. 271; *Beichel-Benedetti/Gutmann*, NJW 2004, 3015 (3016); vgl. BT-Drs. 7/918 S. 99; *Piorreck*, DRiZ 1994, 157 (157).

6 *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 127 ff.; *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 14 Rn. 3.

7 BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 13/10, BeckRS 2010, 16735, Rn. 26.

8 BGHZ 98, 109 (113); vgl. *Beichel-Benedetti*, Huber, § 62 AufenthG Rn. 3; *Kluth*, Beck-OK, § 62 Rn. 5.

9 BT-Drs. 11/6321 S. 51; *Hailbronner*, AuslR, § 62 AufenthG Rn. 1; *Wittreck*, HStR, § 159 Rn. 19; *Selders*, Haft ohne Straftat, S. 16; BVerfG, NVwZ 2007, 1296 (1297); *Senge*, Erbs/Kohlhaas, § 62

Staates durchzusetzen und dient damit letztlich der Wahrung der staatlichen Souveränität.¹⁰

Gleichzeitig handelt es sich um eine präventive Inhaftierung.¹¹ Wobei aber zu beachten ist, dass die Anordnung der Haft größtenteils an ein individuelles Fehlverhalten anknüpft¹² und damit für den Betroffenen eine mittelbare Sanktionierung ist. Daneben wird dem Betroffenen implizit vorgehalten, dass er sich gesetzeswidrig verhalten hat oder dies (voraussichtlich) tun wird.¹³

Aufgrund einer gesetzlichen Änderung¹⁴ in 2009 ist der BGH in Abschiebehaftsachen die letzte Instanz geworden. Seither hat sich eine umfangreiche Rechtsprechung herausgebildet.¹⁵ Weswegen in dieser Arbeit Schwerpunkte gesetzt werden mussten. Dabei wird das Beschwerdeverfahren nur partiell berücksichtigt. Zudem wird europarechtlich nur auf die EMRK¹⁶ und die sog. Rückführungsrichtlinie (RRL)¹⁷ eingegangen.

AufenthG Rn. 1; BGHZ 75, 375 (382); vgl. Kellermann/Köhne, AK-StVollzG § 171 StVollzG Rn. 8 f.

10 Siehe schon: *Babo*, ZAR 2004, 359 (362); vgl. *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 127 f.

11 *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 126; *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 14 Rn. 2; *Marx*, Prävention, S. 259.

12 Vgl. BGH, FGPrax 2012, 44 (45), Rn. 13.

13 BGH, FGPrax 2012, 44 (45), Rn. 13.

14 BGBl I, 2586 vom 22.12.2008 – FGG Reformgesetz v. 17.12.2008. Siehe: § 70 III Nr. 3 FamFG i.V.m. § 133 GVG.

15 Siehe nur: *Schmidt-Räntsch*, NVwZ 2014, 110 ff. und *Drews*, NVwZ 2013, 256 ff.

16 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl. 1952 II S. 685, 953.

17 RL 2008/115/EG v. 16.12.2008, ABl. L 348/98 v. 24.12.2008. Wobei die hier einschlägigen Vorschriften gem. Art. 20 I dieser Richtlinie bis zum 24.12.2010 umgesetzt werden mussten.

B. Europarechtliche Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung der Abschiebehaft

I. Vorgaben durch die RRL

Unionsrechtliche Anforderungen an die Anordnung und Durchführung der Abschiebehaft ergeben sich gegenüber illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen¹⁸ durch die RRL.

1. Anordnungsentscheidung

Die RRL stellt Anforderungen an die Anordnungsentscheidung der Abschiebehaft.

a) Vorausgehende Rückkehrentscheidung

Es ist zu beachten, dass die Reihenfolge des abgestuften Systems der RRL einzuhalten ist,¹⁹ weswegen vor einer Inhaftierung eine Rückkehrentscheidung gem. Art. 6 RRL²⁰ vorausgehen muss.²¹

Begrifflich ist gem. Art. 3 Nr. 4 unter einer Rückkehrentscheidung nicht notwendigerweise ein deutscher Verwaltungsakt gemeint.²² Daher reicht der Hinweis auf eine Ausreise bzw. eine Abschiebungsandrohung aus.²³

Innerstaatlich wurde dies nicht explizit normiert. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung muss daher beachtet werden, dass bei einer beabsichtigten Ab-

18 Die Anordnung von Abschiebehaft gegen Unionsbürger wurde in dieser Arbeit nicht berücksichtigt. Des Weiteren wurde auch nicht auf assoziationsrechtliche Vorgaben eingegangen. Zudem ist zu berücksichtigen dass die RRL keine Anwendung mehr bei der Prüfung eines Asylantrages findet (EuGH, ZAR 2013, 292 (294), Rn. 60 (Arslan); vgl. EuGH, NVwZ 2010, 693 (696), Rn. 48 (Kadzoev)).

19 EuGH, NJOZ 2012, 837 (838), Rn. 34 u. 41 (El Dridi); *Habbe*, ZAR 2011, 286 (288).

20 Art. und Erwägungsgründe ohne Angaben sind solche der RRL.

21 *Habbe*, ZAR 2011, 286 (288); *Hörich*, ZAR 2011, 281 (284, Fn. 44); BGH, NVwZ 2013, 1361 (1361), Rn. 9.

22 *Cerda*, ZAR 2008, 377 (383); vgl. *Basse/Burbaum/Richard*, ZAR 2011, 361 (364).

23 *Cerda*, ZAR 2008, 377 (383); *Basse/Burbaum/Richard*, ZAR 2011, 361 (364); *Welte*, InfAuslR 2012, 410 (412, Fn. 22).

schiebung, solange sich die Ausreisepflicht nicht aus einem Verwaltungsakt ergibt, die Androhung der Abschiebung die Rückkehrentscheidung ist.²⁴

b) Einzelfallentscheidung

Nach Erwägungsgrund Nr. 6 (vgl. Art. 15 I) müssen Inhaftierungsentscheidungen aufgrund der RRL auf Grundlage des Einzelfalls und anhand objektiver Kriterien getroffen werden. Dabei muss das Verhalten des Betroffenen analysiert werden und sich herausstellen, dass eine Gefährdung der Abschiebung vorliegt.²⁵

Hierbei steht vor allem § 62 III 1 im Fokus, der bei Vorliegen des Tatbestandes von S. 1 Nr. 1–5 von einer Inhaftierung ausgeht. Dabei wird nicht ausdrücklich auf den Einzelfall Bezug genommen. Dies könnte richtlinienwidrig sein. Allerdings ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch bei diesen Tatbestandsmerkmalen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten,²⁶ weshalb eine Überprüfung des Einzelfalles auch bei dieser Ist-Regelung stattfindet.²⁷ Daher genügt das innerstaatliche Recht (vgl. § 62 I 1) in dieser Hinsicht der RRL.

c) Überprüfung von Haftalternativen

Es wird vertreten, dass es aufgrund von Art. 7 III²⁸ und des expliziten Bezugs in Erwägungsgrund Nr. 3 andere Sicherungsmöglichkeiten – anstatt der Abschiebehaft – geben muss, insbesondere die Hinterlegung von Personaldokumenten, Meldeauflagen oder Kautionsleistungen.²⁹ Dies ist jedoch unzutreffend. Aufgrund der Systematik handelt es sich bei Erwägungsgrund Nr. 3 lediglich um eine historische Anmerkung. Zudem ist Art. 7 III nur in der Zeit vor der Anordnung der Abschiebehaft anwendbar. Die Pflicht zur Überprüfung im konkreten Fall auf Haftalternativen ergibt sich aus Art. 15 I i.V.m. Erwägungsgrund Nr. 16.³⁰

Hier wird vertreten, dass im innerstaatlichen Recht konkrete Möglichkeiten, wie Kautionsleistungen oder Meldeauflagen zu normieren sind.³¹

24 BGH, Bes. v. 14.3.2013 – V ZB 135/12, BeckRS 2013, 06772, Rn. 7; BGH, NVwZ 2013, 1361 (1361), Rn. 9; BT-Drucks. 17/5470, S. 24.

25 EuGH, NJOZ 2012, 837 (838), Rn. 39 (El Dridi).

26 BVerfG, InfAuslR 2008, 358 (359); BGH, FGPrax 2011, 254 (255), Rn. 10; a.A. noch: BGH, Bes. v. 9.2.2011 – V ZB 16/11, BeckRS 2011, 05065, Rn. 8.

27 Siehe: BGH, FGPrax 2011, 254 (255), Rn. 10.

28 *Habbe*, Solidarität, S. 375.

29 *Habbe*, ZAR 2011, 286 (287).

30 So auch: Agentur, Inhaftnahme, S. 58 (bezüglich Art. 15 I i.V.m. Erwägungsgrund Nr. 16).

31 *Keßler*, InfAuslR 2008, 450 (451).

Allerdings gibt die RRL diese Pflicht nur implizit aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, weshalb eine explizite Normierung auch im innerstaatlichen Recht nicht notwendig ist. Deshalb liegt durch § 62 I 1 eine ausreichende Umsetzung der RRL vor.

Zudem wird in Art. 15 I (und Erwägungsgrund Nr. 16) der ultima-ratio-Gedanke der Inhaftnahme normiert.³² Das ultima-ratio-Prinzip der Abschiebehaft ist im AufenthG nicht normiert worden.³³ Jedoch genügt § 62 I 1 durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diesen Anforderungen.

d) Fluchtgefahr

Die Fluchtgefahr muss nach Art. 15 I 1 i.V.m. Art. 3 Nr. 7 auf gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen. Die Mitgliedsstaaten müssen daher nationale Gesetze verabschieden, in denen konkrete Fälle und Situationen aufgezeigt werden, welche für das Risiko der Fluchtgefahr Anlass geben.³⁴ Zu beachten ist hier, dass im Entstehungsprozess von Art. 15 I der angedachte Kompromiss in der ersten Runde des informellen Trilog „there are serious grounds to believe that there is a risk of absconding“ umgeändert wurde in „there is a risk of absconding“.³⁵ Nach der RRL muss also keine konkrete Betrachtung der Fluchtgefahr erfolgen, sondern es ist eine abstrakte Beurteilung ausreichend. Daher genügt § 62 III 1 den Anforderungen der RRL.

Hierbei ist eine neuere Entscheidung des BGH³⁶ zur Dublin-III-VO³⁷ zu berücksichtigen. Der BGH war der Ansicht, dass nur §§ 62 III 1 Nr. 2 und 3 dem Merkmal „gesetzlich festgelegte Kriterien“ i.S.d. Art. 28 II i.V.m. Art. 2 n) Dublin-III-VO entsprechen.³⁸ Dies könnte auch auf die RRL übertragbar sein.

32 *Habbe*, ZAR 2011, 286 (287); *Keßler*, InfAuslR 2008, 450 (450); vgl. EuGH, NJOZ 2012, 837 (838), Rn. 39 (El Dridi).

33 *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 53.

34 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 3 Rn. 10.

35 *Lutz*, Negotiations, S. 347.

36 BGH, Bes. v. 26.6.2014 - V ZB 31/14, NVwZ 2014, 1397; BGH, Änderungsbeschluss v. 23.7.2014, V ZB 31/14, BeckRS 2014, 15369; vgl. auch: BGH, Bes. v. 23.9.2014 - V ZB 130/14, BeckRS 2014, 19924.

37 Verordnung Nr. 604/2013 v. 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. L 180, S. 31 v. 29.6.2013.

38 BGH, Bes. v. 26.6.2014 - V ZB 31/14, NVwZ 2014, 1397 (1399), Rn. 31; BGH, Änderungsbeschluss v. 23.7.2014, V ZB 31/14, BeckRS 2014, 15369; vgl. *Winkelmann*, Überstellungshaft; weitergehend: *Stahmann*, ANA-ZAR 2014, 1 (1 f.).

Allerdings ist nach dem Wortlaut der RRL in Art. 15 I („insbesondere“³⁹) die Inhaftierung nicht zwangsläufig von einer Fluchtgefahr abhängig.⁴⁰

Hier stellt sich die Frage, ob sich durch die Dublin-III-VO eine grundlegende Änderung der Wertung, die unter einer primärrechtskonformen Auslegung (vgl. Art. 6 I 1 EUV i.V.m. Art. 51 I GR-Charta) nach Art. 6 GR-Charta⁴¹ beachtet werden müsste, dergestalt, dass eine präventive Inhaftierung auch nach der RRL nur noch aufgrund von gesetzlich festgelegten Kriterien erfolgen darf, oder ob diese Wertung nach ihrem Wortlaut nur auf Überstellungsverfahren nach der Dublin-III-VO beschränkt bleiben soll. Aufgrund dessen, dass ein Drittstaatsangehöriger bei einer Überstellung nicht unmittelbar das Hoheitsgebiet der EU verlassen muss, ist das allgemeine Risiko einer Entziehung des Drittstaatsangehörigen geringer. Weswegen man bei der Dublin-III-VO die Hürden für eine Inhaftierung höher setzen konnte. Daher ist eine Übertragung dieser Wertung durch eine primärrechtskonforme Auslegung auf die RRL nicht möglich.

Allerdings ist auch bei der nationalen Entscheidung zu beachten, dass nur §§ 62 III 1 Nr. 2 u. 3 als Grundlage für eine Inhaftierungsentscheidung dienen können, wenn der einzige Zweck der Inhaftierung die Verhinderung der Fluchtgefahr ist.⁴²

e) Möglichkeit der Abschiebung

Gem. Art. 15 IV ist ein Drittstaatsangehöriger, bei dem keine Aussicht auf seine Abschiebung mehr besteht, oder wenn kein Anlass besteht, ihn in Haft zu nehmen, um seine Rückkehr vorzubereiten und/oder seine Abschiebung durchzuführen, aus der Haft freizulassen. Gleichzeitig bringt Art. 15 IV zum Ausdruck, dass die Inhaftnahme zu jedem Zeitpunkt der Abschiebehaft gerechtfertigt werden muss.

Der Vollzug der Abschiebung muss Aussicht auf Erfolg haben und tatsächlich möglich sein – d.h. sie muss mindestens wahrscheinlich sein, um „hinreichend“ i.S.d. Art. 15 IV zu sein.⁴³

39 Auch die englische Sprachfassung spricht von „in particular“.

40 Wobei der EuGH dem „insbesondere“ keine weitere Relevanz beizumessen scheint und die Aufzählung von Art. 15 I a) und Art. 15 I b) als enumerativ ansieht (siehe EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Mahdi, Rn. 61). Jedoch umfasst die Voraussetzung des Art. 15 I b) nicht immanent eine Fluchtgefahr, weshalb bei diesem Merkmal nicht zwingend gesetzlich festgelegte Kriterien vorliegen müssen.

41 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, vom 12. Dezember 2007, EU-Dok.-Nr. 3 2007 X 1214 (01).

42 Vgl. BGH, Bes. v. 26.6.2014 - V ZB 31/14, NVwZ 2014, 1397 (1399), Rn. 31; BGH, Änderungsbeschluss v. 23.7.2014 - V ZB 31/14, BeckRS 2014, 15369.

43 EuGH, NVwZ 2010, 693 (697), Rn. 67 (Kadzoev).

Die Abschiebung muss also innerhalb der Haftdauer nach Art. 15 V, bzw. Art. 15 VI möglich sein, um Art. 15 IV nicht zu verletzen.⁴⁴

Dies ist innerstaatlich teilweise bereits in § 62 III 4 umgesetzt. Weswegen es einer gesonderten Umsetzung nicht bedurft hatte. Wobei aber zu beachten ist, dass eine Haftdauer von bis zu 18 Monaten (auch wenn der Ausländer sie vertreten hat) nicht angeordnet werden darf, wenn keine Aussicht auf eine Abschiebung innerhalb dieses Zeitraums besteht.⁴⁵ Explizit ist dies im AufenthG nicht normiert. Muss aber aufgrund des innerstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowieso beachtet werden.⁴⁶

f) Anordnungsentscheidung durch eine Behörde

Die RRL erlaubt eine Inhaftierung durch eine Verwaltungsbehörde gem. Art. 15 II. Daher ist § 62 V, auch weil er eine nachträgliche Kontrolle des Richters (gem. Art. 15 II 3 a)) vorsieht, richtlinienkonform.⁴⁷

g) Verletzung von Verteidigungsrechten (insbesondere dem Anspruch auf Anhörung)

Das Recht auf Anhörung ist nicht explizit in der RRL enthalten. Allerdings handelt es sich hierbei um ein Grundrecht der Unionsrechtsordnung, welches in Art. 41 II a) GR-Charta kodifiziert ist und daher auch zu beachten ist.⁴⁸

Jedoch hat der EuGH entschieden, dass bei einer Haftverlängerungsentscheidung die Verletzung des Rechtes auf Anhörung nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der Inhaftierung führt.⁴⁹

Der EuGH hatte ausgeführt, dass das Recht auf Anhörung sich zwar dem Umfang nach auch nach dem nationalen Recht bestimmt,⁵⁰ soweit das nationale Recht bei dem Vorliegen des Tatbestandes diese Rechtsfolgen gewährt (Äquivalenzgrundsatz).⁵¹ Allerdings ist auch bei der RRL deren praktische Wirksamkeit aufgrund des Effizienzgebotes (gem. Art. 4 III EUV) zu beachten.⁵² Dabei ist zu berücksichtigen,

44 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 15 Rn. 10.

45 Vgl. BVerfG, NVwZ-Beil. 1996, 17 (18); BVerfG, Bes. v. 15.12.2000 – 2 BvR 347/00, juris Rn. 27; *Babo*, ZAR 2004, 359 (363).

46 Vgl. BVerfG, NVwZ-Beil. 1996, 17 (18); BVerfG, Bes. v. 15.12.2000 – 2 BvR 347/00, juris Rn. 27; *Babo*, ZAR 2004, 359 (363).

47 So auch: *Keßler*, InfAusIR 2008, 450 (451 f.).

48 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 31 f. (G und R).

49 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 40 (G und R).

50 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 35 (G und R).

51 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 35 (G und R).

52 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 35 f. u. Rn. 41 (G und R).

dass Erwägungsgrund Nr. 2 der RRL eine wirksame Rückkehrpolitik fordert und nach Erwägungsgrund Nr. 13 Zwangsmaßnahmen auch dem Grundsatz der Wirksamkeit unterliegen.⁵³ Außerdem ist die Rückführung von Personen, die von der RRL erfasst werden, die „Priorität“ der Mitgliedsstaaten.⁵⁴ Was dazu führt, dass bei einer Haftverlängerungsentscheidung i.S.d. Art. 15 VI das Gericht nur prüft, ob die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs „zu einem anderen Ergebnis hätte führen können“, weil dem Betroffenen aufgrund des Einzelfalls (sowohl der speziellen tatsächlichen als auch rechtlichen Umstände) eine bessere Verteidigung genommen worden wäre.⁵⁵ Die Entscheidung nach Art. 15 II UA 4 ist nicht automatisch aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs rechtswidrig, wodurch es auch nicht erforderlich ist, den Betroffenen automatisch freizulassen.⁵⁶

Diese Entscheidung des EuGH ist auch im nationalen Beschwerdeverfahren zu beachten,⁵⁷ weswegen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG (vgl. § 420 I FamFG) bzw. der Verteidigungsrechte des Betroffenen grundsätzlich nur dann zu einer Aufhebung der Anordnungsentscheidung führt, wenn bei einer ex-ante-Betrachtung bei Beachtung der Verteidigungsrechte des Betroffenen ein anderes Ergebnis resultieren würde.⁵⁸

h) Richtlinienkonformität des Vollzugs

Aufgrund des Effizienzgebotes (Art. 4 III EUV) muss schon bei der Anordnung der Abschiebehaft beachtet werden, ob der Vollzug im jeweiligen Bundesland den Anforderungen der RRL entspricht.⁵⁹ Ist absehbar, dass dies nicht der Fall ist, so darf die Abschiebungshaft nicht angeordnet werden.⁶⁰

2. Dauer der Haft und Verlängerungsentscheidung

Die Haftdauer ist nach Art. 15 I 2 so kurz wie möglich zu halten und darf nur auf die laufenden Abschiebungsvorkehrungen gerichtet sein.

53 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 42 (G und R).

54 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 43 (G und R).

55 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 38 u. 44 (G und R).

56 EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13, BeckEuRS 2013, 736304, Rn. 40 (G und R).

57 BGH, Bes. v. 16.7.2014 – V ZB 80/13, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 10.9.2013 C-383/13, Rn. 38 m.w.N. (G und R).

58 Siehe auch: BGH, Bes. v. 16.7.2014 – V ZB 80/13, Rn. 11.

59 BGH, Bes. v. 11.7.2013 – V ZB 40/11, BeckRS 2013, 14790, Rn. 20.

60 BGH, Bes. v. 11.7.2013 – V ZB 40/11, BeckRS 2013, 14790, Rn. 20. Dies ist auch der Fall, wenn ein Betroffener in einer Justizvollzugsanstalt untergebracht werden soll (BGH, Bes. v. 25.7.2014 – V ZB 137/14, Rn. 5).

a) Höchstdauer

Die Höchstdauer der Inhaftnahme darf gem. Art. 15 V sechs Monate nicht überschreiten. Sie kann höchstens um 12 Monate verlängert werden, wenn ein Fall des Art. 15 VI a) oder b) vorliegt, weswegen in § 62 IV 1 die Dauer der Haft in richtlinienkonformer Auslegung als Höchstdauer und nicht als Normalfall bestimmt werden muss.⁶¹

b) Inhaftierungen in Folge

Zwar sind Wiederinhaftierungen derselben Personen nicht von sich aus verboten, allerdings sind Folgeinhaftierungen (Ketten-Inhaftierungen), um die Höchstdauer überschreiten zu können, aufgrund des Effizienzgebots (gem. Art. 6 III EUV) nicht mit Art. 15 V, VI vereinbar.⁶²

c) Verzögerungen bei der Übermittlung

Zu beachten ist, dass der europäische Rat den Vorschlag des europäischen Parlaments ablehnte – Verzögerungen i.S.d. Art. 15 VI b) nur zuzulassen, wenn sie der Betroffene verursacht hatte.⁶³ Weil die Verzögerungen grundsätzlich außerhalb des Einflussbereich des Betroffenen liegen, wurde dies auch vom Parlament akzeptiert.⁶⁴ Aufgrund des expliziten Wortlauts und der Entstehungsgeschichte könnte man daher darauf schließen, dass ein Verschulden des Betroffenen bei Art. 15 VI b) nicht berücksichtigt werden muss.

Allerdings muss man zwischen dem Verschulden an einer Verfahrensverzögerung, die unabhängig vom Verhalten des Betroffenen vorliegt (z.B. weil ausländische Behörden nicht reagieren: „Administrativverschulden“) und der Verzögerung, die entstanden ist, weil der Betroffene während des Verfahrens nicht mitwirkt (z.B. weil er seine Dokumente nicht zur Verfügung stellt: „Eigenverschulden“), unterscheiden.⁶⁵

Die Entstehungsgeschichte von Art. 15 VI b) bezieht sich demnach nur auf das „Administrativverschulden“.

61 BGH, Bes. v. 10.5.2012 – V ZB 246/11, BeckRS 2012, 14814, Rn. 10.

62 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 15 Rn. 14 f. In Zypern soll es trotzdem zu dieser Praxis gekommen sein (At the limen, S. 26).

63 *Lutz*, Negotiations, S. 69.

64 *Lutz*, Negotiations, S. 69.

65 *Hörich*, ZAR 2011, 281 (285, Fn. 64); vgl. *Keßler*, InfAusR 2008, 450 (452).

Jedoch ist unter der Prämisse⁶⁶, dass man eine Haftdauer von 18 Monaten für verhältnismäßig hält, Hörich zuzustimmen, dass aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. Erwägungsgrund Nr. 16) eine Verzögerung nur berücksichtigt werden kann, wenn sie auch auf einem Verschulden (entgegen dem Wortlaut „oder“) des Betroffenen („Eigenverschulden“) beruht.⁶⁷ Der EuGH hat sich dieser Frage noch nicht konkret gewidmet, scheint aber bisher ein solches „Eigenverschuldens“-element nicht zu berücksichtigen.⁶⁸

d) Kausalität der mangelnden Kooperationsbereitschaft

Bei Art. 15 VI a) muss zudem auch ein Kausalzusammenhang geprüft werden.⁶⁹ Dabei muss das Verhalten während des Haftzeitraums untersucht werden.⁷⁰ Ein Kausalzusammenhang liegt nur dann vor, wenn davon auszugehen ist, dass sich das Verhalten (die mangelnde Kooperationsbereitschaft) des Drittstaatsangehörigen wahrscheinlich auf eine längere Dauer der Abschiebung ausgewirkt hat.⁷¹ War die Abschiebung aus einem anderen Grund nicht möglich und dauert infolgedessen länger, liegt kein Kausalzusammenhang vor.⁷² Dies muss in einer richtlinienkonformen Auslegung des § 62 IV2 beachtet werden.

e) Entscheidung über die Verlängerung der Haft

Auch die Entscheidung über eine Verlängerung der Haft muss nach Art. 15 II u. VI schriftlich geschehen, denn der Drittstaatsangehörige muss in der Lage sein, die Gründe für die Entscheidung zu erfahren,⁷³ um seine Rechte zu verteidigen und dem Richter eine Kontrolle zu ermöglichen (gem. Art. 47 GR-Charta).⁷⁴

Gem. §§ 425 III, 421 f. und § 38 (i.V.m. § 41 II 2) FamFG muss die Verlängerungsentscheidung im innerstaatlichen Recht schriftlich erfolgen. Demnach stimmt das nationale Recht mit der Richtlinie überein.

66 Sonst muss man beachten, dass eigentlich ein Verschuldenselement einer präventiven Inhaftierung charakterfremd ist.

67 Hörich, ZAR 2011, 281 (285, Fn. 64); so auch: Keßler, InfAuslR 2008, 450 (452) (wobei Keßler auf das Verfassungsrecht abstellt).

68 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 58 u. 62 (Mahdi). Der EuGH lehnt es in diesem Urteil aber zudem auch nicht ab, dass sich eine solche Voraussetzung auch aus dem nationalen Recht ergeben kann/darf (vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2014 C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 58 (Mahdi)).

69 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 81 u. 85 (Mahdi).

70 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 81 u. 85 (Mahdi).

71 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 81 u. 85 (Mahdi).

72 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 81 (Mahdi).

73 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 44 (Mahdi).

74 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 - C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 45 f. u. 52 (Mahdi).

3. Überprüfung der Haft

Aufgrund von Art. 15 III muss die angeordnete Haft in gebührenden Abständen⁷⁵ überprüft werden. Hierbei ist die Entstehungsgeschichte zu beachten. Aufgrund eines Vorschlags des europäischen Parlaments sollte eine monatliche Überprüfung stattfinden, welcher aber vom Rat der europäischen Union abgelehnt wurde.⁷⁶ Daher muss diese Überprüfung nicht nach einem Monat stattfinden. Allerdings ist der explizite Wortlaut des Art. 15 V (der von einer Höchsthaftdauer von 6 Monaten spricht) und der Plural in Art. 15 III („Zeitabständen“⁷⁷) zu berücksichtigen. Demnach muss die Haft innerhalb der 6-Monats-Frist mindestens zweimal überprüft werden. Aufgrund dessen, dass die Mitgliedsstaaten ein Antragserfordernis vorsehen können, genügt § 426 II FamFG den Anforderungen des Art. 15 III.

Zu beachten ist, dass die Überprüfungsentscheidung der Haft nach Art. 15 III nicht zwingend schriftlich erfolgen muss.⁷⁸ Eine solche Verpflichtung darf sich aber aus dem nationalen Recht ergeben.⁷⁹ Ergeht die Überprüfung der Haft und die Verlängerungsentscheidung gem. Art. 15 II, VI allerdings im selben Verfahrensabschnitt, muss diese schriftlich erfolgen.⁸⁰

Innerstaatlich muss gem. § 426 II 2, § 38 (i.V.m. § 41 II 2) FamFG die Überprüfungsentscheidung schriftlich erfolgen. Das nationale Recht genügt insoweit der RRL.

Zudem erfordert es sowohl die praktische Wirksamkeit von Art. 15 IV u. VI als auch die erforderliche gerichtliche Kontrolle aus Art. 15 III 2,⁸¹ dass bei der Verlängerungsentscheidung die jeweilige Behörde immer prüfen muss, ob Haftalternativen im konkreten Fall in Betracht kommen, sowie ob die Voraussetzungen des Art. 15 I 1 a) oder b) immer noch vorliegen.⁸² Gleichzeitig muss bei einer Verlängerungsentscheidung die Justizbehörde den Sachverhalt unter allen tatsächlichen und rechtlichen Umständen ermitteln können, falls sie dies für erforderlich hält.⁸³ Die Justizbehörde ist bei der Verlängerungsentscheidung insbesondere nicht

75 Zur Kritik an der uneinheitlichen Anwendung dieses Begriffs in den Mitgliedsstaaten (Europäische Kommission, COM(2014) 199 final, S. 17).

76 Lutz, Negotiations, S. 67.

77 Auch die englische Sprachfassung spricht von „intervals of time“.

78 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 47 (Mahdi). Ergeht die Überprüfung der Haft und die Verlängerungsentscheidung gem. Art. 15 II, VI allerdings im selben Verfahrensabschnitt, muss diese schriftlich erfolgen (EuGH, Rn. 48 (Mahdi)).

79 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 51 f. (Mahdi).

80 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 48 (Mahdi).

81 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 63 (Mahdi).

82 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 61 (Mahdi).

83 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 62 (Mahdi).

auf die Kontrolle der Vorlagen der Verwaltungsbehörde beschränkt, sondern darf auch eigenständig ermitteln.⁸⁴

Innerstaatlich wird dies durch den Amtsermittlungsgrundsatz in § 26 FamFG und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 62 I 1) umgesetzt.

4. Sorgfaltspflichten

Aus Art. 15 I u. V ergibt sich, dass die Abschiebehaft nur rechtmäßig ist, wenn die Abschiebung mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt wird.⁸⁵

Hier wird der ultima-ratio-Gedanke von der Anordnung der Haft⁸⁶ auch auf die Durchführung der Haft weitergetragen.

Durch den Beschleunigungsgrundsatz trägt Deutschland dem Sorgfaltsgebot Rechnung.⁸⁷ Weswegen eine innerstaatliche Umsetzung nicht notwendig war bzw. § 62 I 2 dem ausreichend Rechnung trägt.

5. Spezielle Hafteinrichtungen

Dabei sollte die Inhaftierung grundsätzlich gem. Art. 16 I 1 in speziellen Hafteinrichtungen erfolgen. Sollten solche Hafteinrichtungen nicht vorhanden sein, müssen die Drittstaatsangehörigen gem. Art 16 I 2 gesondert von den gewöhnlichen Strafgefangenen untergebracht werden.

a) Räumliches Gebiet

Umgesetzt wurde Art. 16 I in § 62a I 1 AufenthG i.V.m. § 422 IV FamFG.⁸⁸ Umstritten ist, ob dies richtlinienkonform geschah. In § 62a ist das Tatbestandsmerkmal „Land“ enthalten, obwohl Art. 16 I 1 von „in einem Mitgliedsstaat“ vorhandenen Hafteinrichtungen spricht.

Einer Ansicht nach wird gem. Art. 4 II 1 EUV die nationale Identität berücksichtigt, weswegen die föderalen Strukturen des Mitgliedsstaates dergestalt beach-

84 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-146/14, BeckRS 2014, 81054, Rn. 62 (Mahdi).

85 EuGH, NVwZ 2010, 693 (697), Rn. 64 (Kadzoev).

86 Vgl. *Habbe*, ZAR 2011, 286 (287).

87 Agentur der EU, Inhaftnahme, S. 27.

88 BT-Drs. 17/10596, S. 75.

tet werden, dass auf das jeweilige Land abgestellt werden kann. Schließlich sind die Länder nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes zuständig.⁸⁹

Dem wird entgegnet, dass es die Verpflichtung des ganzen Mitgliedsstaates ist, auch wenn dieser eine föderale Struktur aufweist, das Unionsrecht umzusetzen.⁹⁰ Man darf daher von der Vorgabe von speziellen Hafteinrichtungen nur abweichen, wenn im gesamten Mitgliedsstaat keine speziellen Hafteinrichtungen vorgehalten werden.⁹¹

Allerdings ist diese „Störung“ nur partieller Natur und Folge der Kompetenzverschiebung auf EU-Ebene. Gleichzeitig kann die Problematik (von nicht speziellen Hafteinrichtungen) in einem Bundesland im Wege der Amtshilfe auch ohne eine „Störung“ verwirklicht werden.⁹² Weswegen auf das ganze Bundesgebiet abgestellt werden muss.

Auf eine Vorlagefrage des BGH⁹³ hat der EuGH ausgeführt, dass nur in eng begrenzten Ausnahmefällen von der grundsätzlichen Unterbringung in nicht speziellen Hafteinrichtungen abgewichen werden darf.⁹⁴ Dabei hat der EuGH klargestellt, dass die föderale Untergliederung eines Staates keinen solchen Ausnahmefall darstellt.⁹⁵

Nach Ansicht des BGH sei § 62a I nicht richtlinienwidrig, sondern kann noch richtlinienkonform einschränkend ausgelegt werden, weil dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche.⁹⁶ Aufgrund dessen, dass es sich bei § 62a I 2 um eine „kann“-Bestimmung handelt, ist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich und dem BGH im Ergebnis zuzustimmen.

Zudem muss nach Ansicht des EuGH nicht in jeder föderalen Untergliederung eine spezielle Hafteinrichtung vorhanden sein.⁹⁷

89 *Basse/Burbaum/Richard*, ZAR 2011, 361 (366); *Huber*, NVwZ 2012, 385 (388); BT-Drs. 18/1785, S. 6; BT-Drs. 17/10596, S. 77; im Ergebnis auch: *Hailbronner*, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 10.

90 *Habbe*, Solidarität, S. 377; (*ders.*), ZAR 2011, 286 (289); vgl. *Ruffert*, Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 28; BGH, NVwZ 2014, 166 (166), Rn. 15; EuGH, Urt. v. 12.6.1990, C-8/88, Celex-Nr. 61988CJ0008, juris Rn. 13; EuGH, Urt. v. 9.8.1994 – C-359/92, BeckRS 2004, 76719, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 4.3.2004 – C-344/01, BeckRS 2004, 76592, Rn. 60.

91 *Habbe*, Solidarität, S. 377; *Nielsen*, Stellungnahme, S. 1; *Feest/Graebisch*, Ak-StVollzG Anh § 175 Rn. 64; *Keßler*, InfAuslR 2008, 450 (453).

92 Siehe auch: *Kluth*, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 4.

93 BGH, Bes. v. 11.7.2013 – V ZB 40/11, BeckRS 2013, 14790. Obwohl der BGH sich in einer früheren Entscheidung (BGH, NVwZ 2012, 775 (776), Rn. 7) schon entschieden hatte, nur auf das Gebiet des jeweiligen Bundeslandes abzustellen. Zudem handelte es sich auch um eine Vorlagefrage des LG München.

94 EuGH, NVwZ 2014, 1217 (1217), Rn. 25 (Bero u. Bouzalmate).

95 EuGH, NVwZ 2014, 1217 (1217), Rn. 28 ff. (Bero u. Bouzalmate); vgl. *Kluth*, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 5.

96 BGH, Bes. v. 25.7.2014 – V ZB 137/14, Rn. 8.

97 EuGH, NVwZ 2014, 1217 (1218), Rn. 31 (Bero u. Bouzalmate).

Zu beachten ist allerdings der Wortlaut von Art. 16 I, der von „speziellen Hafteinrichtungen“⁹⁸ (im Plural) spricht. Daher reicht eine spezielle Hafteinrichtung auf dem Staatsgebiet nicht aus, um alle Betroffenen dort unterzubringen. Es entspricht zugleich auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Abschiebebehäftlinge nicht zu weit von ihrer früheren Umgebung in Haft zu nehmen (auch um Kontakt mit Angehörigen zu bewahren). Was in räumlicher Hinsicht zumeist zu einer Unterbringung in der jeweiligen föderalen Untergliederung des Aufenthaltsortes des Betroffenen vor seiner Inhaftierung führt.

Zudem ist Kluth zuzustimmen, der ferner darauf hinweist, dass die Unterbringung in gewöhnlichen Haftanstalten nur als Ausnahme gedacht war, für diejenigen Staaten, die noch keine speziellen Hafteinrichtungen hatten.⁹⁹ Die RRL sieht nach ihrem Telos zudem eine Bemühenspflicht zur Schaffung von speziellen Einrichtungen vor.¹⁰⁰ Daher wurde diese Verpflichtung innerstaatlich unzureichend gesetzlich normiert.¹⁰¹

b) Trennungsgebot

Aufgrund des Erwägungsgrundes Nr. 3 der RRL, welcher u.a. auf Punkt 4 der „20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr“ verweist und sowohl nach der französischen als auch nach der spanischen Sprachfassung von Art. 16 I soll eine getrennte Unterbringung von Abschiebebehäftlingen und Untersuchungsgefangenen stattfinden.¹⁰² Wie oben bereits angemerkt, handelt es sich bei Erwägungsgrund Nr. 3 lediglich um eine historische Anmerkung. Allerdings ist die sprachvergleichende Auslegung in einem europäischen Gesamtbild zutreffend.¹⁰³ Dieses Trennungsgebot zu Personen in U-Haft ist deshalb in einer richtlinienkonformen Auslegung des § 62a I 1 zu beachten.

Zudem hat der BGH auch dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein Betroffener in eine gemeinsame Unterbringung mit Strafgefangenen einwilligen kann.¹⁰⁴

Der EuGH führte aus, dass auch das Kontaktierenwollen von „Landsleuten“, die sich in einer gewöhnlichen Haftanstalt befinden nicht das Trennungsgebot auf-

98 So auch die englische Sprachfassung: „specialised detention facilities“.

99 Kluth, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 5.

100 Kluth, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 5; Habbe, ZAR 2011, 286 (289).

101 Siehe auch: Kluth, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 5; a.A.: Thym, BT-Drs. 17(4)282 F, S. 7 (welcher nur eine politische Pflicht zur Schaffung sieht, wobei er aber das Effizienzgebot unberücksichtigt lässt).

102 LG München I, Bes. v. 13.3.2012 – 13 T 1606/12, juris, Rn. 19; vgl. Habbe, ZAR 2011, 286 (290).

103 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.1980 – C-J081/79, BeckEuRS 1980, 82595, Rn. 7.

104 BGH, NVwZ 2014, 167.

wiegen kann.¹⁰⁵ Vielmehr wiege das Trennungsgebot aus Art. 16 I 2 ausnahmslos, weil es nicht nur „eine bloße spezifische Durchführungsmodalität“ sei, sondern eine materielle Voraussetzung.¹⁰⁶

c) Schaffung von Vollzugsregeln

Winkelmann geht davon aus, es sei aufgrund der Intention des Trennungsgebotes der RRL auch gefordert, ein eigenes Vollzugsgesetz für Abschiebebehäftlinge zu schaffen.¹⁰⁷ Das Trennungsgebot trifft jedoch keine Aussage über die systematische Verortung der rechtlichen Regelung. Weshalb dieser Ansicht nicht zuzustimmen ist.

6. Inhaftierung von Familien

Die Notwendigkeit einer gesonderten Unterbringung von Familien gem. Art. 17 II wurde in § 62a I 3 der Richtlinie genügend umgesetzt.

7. Kontakt mit Vertrauenspersonen

Gem. Art. 16 II muss der Kontakt zu Vertrauenspersonen gestattet sein.

Mit „Kontakt“ ist dabei nicht nur das Telefonieren oder der Austausch von Briefen gemeint, sondern in erster Linie die Möglichkeit des physischen Besuches.¹⁰⁸

Bei der Durchführung der Abschiebehaft ist insbesondere zu beachten, dass es sich bei Abschiebebehäftlingen nicht um Strafgefangene handelt, sondern der einzige Zweck ihrer Inhaftierung ihre spätere Abschiebung ist (vgl. Erwägungsgrund Nr. 16).¹⁰⁹ Daher sind Einschränkungen ihrer Grund- und Menschenrechte nur zum Zwecke der späteren Abschiebung und durch Maßnahmen, die sicherstellen, dass sie in der Haftanstalt verbleiben, möglich.¹¹⁰ Art. 16 II der dieses Recht „zu gegebener Zeit“ gestattet, muss unter der Ratio des Erwägungsgrundes Nr. 16 dahingehend auszulegen sein,¹¹¹ dass nächtliche Besuchsrechte und Besuchsrechte, die

105 EuGH, NVwZ 2014, 1218 (1218), Rn. 18 f. (Pham).

106 EuGH, NVwZ 2014, 1218 (1218), Rn. 21 (Pham).

107 Winkelmann, Renner/Bergmann/Dienelt, § 62 AufenthG Rn. 2; vgl. Habbe, ZAR 2011, 286 (290).

108 Kessler, InfAuslR 2008, 450 (453); vgl. Feest/Graebisch, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 78.

109 Vgl. EuGH, NJOZ 2012, 837 (838), Rn. 39 (El Dridi).

110 So auch: Feest/Graebisch, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 68.

111 Siehe auch: Feest/Graebisch, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 78 (zum Besuch von Familienangehörigen).

kurz nach der Inhaftierung wahrgenommen werden sollen, nicht stattgegeben werden muss und zudem die Gestattung auch direkt (am Tag) vor der Abschiebung unionsrechtlich nicht gefordert wird. Ansonsten müssen dem Betroffenen aber umfangreiche (tägliche) Besuchsrechte zugestanden werden,¹¹² die ihre Grenzen nur im Bereich des (räumlich) Möglichen und Praktikablem finden.

Es ist davon auszugehen, dass normalerweise innerhalb von 48 Stunden das Tatbestandsmerkmal *zu gegebener Zeit* erfüllt ist.¹¹³

Art. 16 II wurde in § 62a II entsprechend umgesetzt. Wobei der Umfang der Besuchsrechte nach der Intention der RRL berücksichtigt werden muss.

8. Besuch von Hilfsorganisationen

Nach Art. 16 IV muss Hilfsorganisationen der Zutritt zu Hafteinrichtungen gestattet sein. Aufgrund von Art. 16 V 2 dürfen die Hilfsorganisationen den Betroffenen auch besuchen.

Nach Habbe steht § 62a IV im Widerspruch zur Richtlinie, weil die Hilfsorganisationen nur „auf Wunsch“ des Gefangenen hin diesen besuchen darf.¹¹⁴ Dieser Ansicht ist jedoch nur teilweise zuzustimmen. Der Bundesgesetzgeber hat, indem er den Besuch des Gefangenen von dessen Wunsch abhängig macht, nur das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,¹¹⁵ wie es sowohl die GR-Charta (Art. 7) als auch die EMRK (Art. 8) vorsieht, genüge getan. Art. 16 IV RRL hätte unter einer primärrechtskonformen¹¹⁶ Auslegung (vgl. Art. 6 I 1 EUV i.V.m. Art. 51 I GR-Charta, bzw. Art. 6 III EUV u. Art. 53 GR-Charta) ein Zustimmungserfordernis, bei dem persönlichen Besuch des Gefangenen erfordert, wie es jetzt in § 62a IV konkretisiert ist.¹¹⁷

Zwar könnte man sich überlegen, ob eine Rechtfertigung dieses Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufgrund des öffentlichen Interesses zur Überwachung der staatlichen Maßnahmen in Betracht kommt.

112 So auch: *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 68 u. 78 (zum Besuch von Familienangehörigen).

113 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 16 Rn. 4.

114 *Habbe*, ZAR 2011, 286 (291).

115 Vgl. zum europäischen Recht auf informationelle Selbstbestimmung: *Holzsnigel/Werthmann*, Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 37 Rn. 9 f.; *Maruhn/Melijnik*, Konkordanzkommentar, Kapitel 16 Rn. 29.

116 Vgl. EuGH, NVwZ 2012, 417 (419) Rn. 77 m.w.N. (N. S./Secretary of State for the Home Department u.a.).

117 So wohl auch: *Hailbronner*, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 20 (der sich auf einen allgemeinen Grundsatz „über das Recht auf Privatsphäre“ beruft).

Allerdings wurden die Rechte des Inhaftierten schon weitestgehend eingeschränkt, weshalb es seine Entscheidung sein sollte, zu bestimmen wär ihn in dieser Lage (zusätzlich) besuchen kann.

Eine Überwachung der staatlichen Maßnahme muss zudem nicht zwingend den persönlichen Besuch des Inhaftierten beinhalten. Mögliche Äußerungen kann der Gefangene auch von sich aus in Form von Briefen tätigen. Der Besuch der Hilfsorganisation soll vielmehr systematische Mängel in der Ausstattung der Hafteinrichtung zu Tage fördern.

Der Ansicht von Habbe ist aber dahingehend zuzustimmen, dass § 62a V für den Zugang zu der Haftanstalt (ohne den Besuch eines Gefangenen) keine Regelung trifft und dahingehend Art. 16 IV unvollständig umgesetzt wurde.¹¹⁸

Spontanbesuche können allerdings nach der Entstehungsgeschichte und Art. 16 IV ausgeschlossen werden.¹¹⁹

Daneben ist zu berücksichtigen, dass § 62a IV als „soll“-Vorschrift ausgestaltet wurde, obwohl der Wortlaut der Richtlinie einen uneingeschränkten Anspruch auf Besuche („wird ermöglicht“) fordern soll.¹²⁰

Jedoch macht die RRL die Besuche von einer Genehmigung abhängig. Damit wird auch impliziert, dass in Ausnahmefällen eine solche Genehmigung nicht erteilt werden braucht.¹²¹ Insofern genügt § 62a IV als „soll“-Vorschrift den europäischen Anforderungen.

Allerdings müssen die Gefangenen über die Möglichkeit eines Besuches durch eine Hilfsorganisation, sofern sie dies wünschen, informiert werden, wie sich aus Art. 16 V (vgl. § 62a V) ergibt. Dabei ist zu beachten, dass ihnen, um dieses Recht tatsächlich zu verwirklichen, der Kontakt (der noch kein Besuch ist) auf Initiative der Hilfsorganisationen möglich sein muss.

Der Besuch einer Hilfsorganisation hat zugleich auch Monitoring-Funktionen (vgl. Art. 8 VI).¹²² Daher wäre eine Umsetzung geboten gewesen. Allerdings kann durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 62a V, bei welchem zugleich auch der Kontakt von Hilfsorganisationen vermittelt wird, den europäischen Anforderungen noch genügt werden.

118 In dem neuen Referentenentwurf des Bundesministeriums des Inneren „Entwurf eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung“ vom 7.4.2014 soll jedoch „auf deren Wunsch hin“ (S. 19) gestrichen werden.

119 Schieffer, Directive 2008/115/EC, Art. 16 Rn. 6.

120 BT-Drs. 17/10597 S. 15; vgl. Follmar-Otto, BT-Drs. 17(4)282 C, S. 23.

121 So auch: BT-Drs. 17/10597 S. 15; Hailbronner, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 18.

122 Vgl. Allenberg/Küblbeck, ZAR 2011, 304 (306).

9. Monitoring

Aus Art. 8 VI ergibt sich das Bedürfnis zur Schaffung eines Rückführungsmonitoring. Dieses ist auch beim Vollzug der Abschiebehaft zu beachten.

Einer Ansicht nach handelt es sich bei Art. 8 VI nicht um eine Norm, die staatsfernen Organisationen die Überwachung gestatten muss, sondern in erster Linie Anforderungen an die Struktur der vom Staat organisierten Rückführung stellt und zwar dergestalt, dass gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten (bzw. administrative Kontrollmechanismen) notwendig und ausreichend sind.¹²³ Das Europäische Parlament hatte sich mit einer entsprechenden Forderung (die Überwachung durch internationale und nicht-staatliche Organisationen) nicht durchgesetzt.¹²⁴

Dem wird entgegnet, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht genauso effektiv wie das Monitoring sind, weil die Erfolgsaussichten aufgrund der Beweislage unwahrscheinlich sind (auf der einen Seite seine isolierte Situation während der Haft, auf der anderen Seite seine Abwesenheit nach dem Vollzug von dem Gerichts-ort).¹²⁵

Es kommt allerdings nicht darauf an, ob das Monitoring durch Private effektiver ist, sondern, ob es von Art. 8 VI gefordert ist. Dem ist aufgrund der nicht explizit geforderten Einbeziehung Privater nicht zuzustimmen. Gleichzeitig zeigt sich in Art. 16 IV (i.V.m. Art. 16 V 2), dass sich die Überwachung durch Hilfsorganisationen durch das Besuchen des Gefangenen und Inspizieren der Haftanstalt erschöpfen kann.

10. Schutzbedürftige Personen und Krankenversorgung

Die RRL stellt in Art. 16 III auch Anforderungen an die Haftbedingung bei schutzbedürftigen Personen und die Krankenversorgung der Inhaftierten.

Die medizinische Versorgung wird gem. § 1 I Nr. 5 i.V.m. §§ 4, 6 I AsylbLG gesichert, weswegen eine besondere Umsetzung der Richtlinie nicht notwendig war.¹²⁶

123 *Kluth*, BeckOK, § 62a AufenthG Rn. 22; BT-Drs. 17/10597, S. 52.

124 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 8 Rn. 7.

125 *Allenberg/Küblbeck*, ZAR 2011, 304 (308).

126 *Hailbronner*, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 15; *Kluth*, BT-Drs. 17(4)282 A, S. 5.

Bezüglich schutzbedürftiger Personen gibt es im AufenthG keine Regelung. Bei den Forderungen in Art. 16 III handelt es sich aber um eine humanitäre Selbstverständlichkeit, weshalb sie nicht gesondert umgesetzt werden mussten.¹²⁷

11. Minderjährige Abschiebehäftlinge

Besondere Anforderungen ergeben sich auch gegenüber minderjährigen Abschiebehäftlingen.

a) Inhaftierung

Einer Ansicht nach sei der Verzicht auf eine Regelung im AufenthG, die die vorrangige Unterbringung in Einrichtungen der Kinder und Jugendfürsorge regelt, wie sie Art. 17 IV fordert, richtlinienwidrig.¹²⁸ Allerdings handelt es sich bei Art. 17 IV nicht um eine Unterbringung in einer speziellen Anstalt, sondern um das Anpassen an die besonderen Bedürfnisse in der Einrichtung. Weswegen dieser Ansicht nicht zuzustimmen ist.

Des Weiteren bleibe § 62 I 3 hinter Art. 17 I zurück, weil in Art. 17 I Minderjährige nur im äußersten Notfall inhaftiert werden dürfen und nicht schon in besonderen Ausnahmefällen.¹²⁹ Hierbei handelt es sich aber um eine geringfügige terminologische Abweichung, welche unter einer richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen ist. Weshalb § 62 I 3 in dieser Hinsicht der RRL genügt.

b) Zugang zu Bildung/Freizeitaktivitäten während der Inhaftierung

Nach Art. 17 III müssen Minderjährige je nach Dauer ihres Aufenthalts Zugang zu Bildung erhalten. Der deutsche Gesetzgeber verweist in § 62a III lediglich auf Art. 17,¹³⁰ dass alterstypische Belange zu berücksichtigen sind. Die Anforderungen an die Bildungsvermittlung sind zwar abhängig vom Alter der jeweiligen Bildungsdressaten, jedoch ist der Bildungsanspruch in Art. 17 III an sich altersunabhängig. Dies steht in einer gewissen Ambivalenz zum Wortlaut von § 62a III.

Daher ist Art. 17 III HS 2 in dieser Hinsicht in § 62a III unzureichend umgesetzt. Unter Berücksichtigung einer richtlinienkonformen Auslegung ist jedoch „al-

127 *Winkelmann*, Renner/Bergmann/Dienelt, § 62a AufenthG Rn. 15; a.A.: *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 73.

128 *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 73.

129 *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 73.

130 Zur Kritik an dieser Umsetzungs„technik“: *Kluth*, Beck-OK, § 62a AufenthG Rn. 16.

terstypisch“ seinem Telos nach als „altersgerecht“ (in Bezug auf den Bildungszugang) aufzufassen.

12. Freizeitbeschäftigungen für Nicht-minderjährige?

Das Unionsrecht könnte aufgrund von Art. 17 III den Umkehrschluss zulassen, dass Freizeitbeschäftigungen grundsätzlich nur Minderjährigen (und mittelbar ihren Familienangehörigen) gewährt werden muss.

Allerdings ist die Freiheitsentziehung durch die Abschiebehaft nicht als Strafe einzuordnen.¹³¹ Gleichzeitig sind unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Erwägungsgrund Nr. 16) und des Zwecks der Abschiebung (gem. Art. 15 I) auch Erwachsenen Freizeitaktivitäten zu gewähren. Art. 17 III soll nur eine erhöhte Aufmerksamkeit gegenüber der besonderen Schutzbedürftigkeit Minderjähriger sicherstellen.

13. Informationsrechte

Art. 16 V gebietet einen systematischen Informationsanspruch. Dieser wurde durch § 62a V umgesetzt. Nach Hailbronner soll der Informationsanspruch unter normalen Umständen innerhalb von 24 Stunden erläutert werden.¹³² Der Ansicht von Schieffer, der hier deutlicher ist und darauf hinweist, dass dies so schnell wie möglich geschehen muss, spätestens aber nach 24 Stunden,¹³³ ist jedoch (aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten) zuzustimmen.

II. Zwischenergebnis

Der Bundesgesetzgeber hat die RRL nur rudimentär umgesetzt. Durch eine richtlinienkonforme Auslegung entsprechen die innerstaatlichen Normen jedoch weitestgehend den europäischen Anforderungen. Handlungsbedarf besteht vor allem nach der neueren EuGH Rechtsprechung bei dem Vollzug in speziellen Hafteinrichtungen.

131 *Hailbronner*, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 2; vgl. *Kellermann/Köhne*, AK-StVollzG § 171 StVollzG Rn. 8 f.

132 *Hailbronner*, AuslR, § 62a AufenthG Rn. 21.

133 *Schieffer*, Directive 2008/115/EC, Art. 16 Rn. 7.

III. Anforderungen aus der EMRK

Aus der EMRK¹³⁴ ergeben sich insbesondere Anforderungen aus Art. 5, Art. 6 u. Art. 8.

1. Art. 5 I 2 f) EMRK

Bei einer Freiheitsentziehung nach Art. 5 I 2 f) muss diese einerseits die verfahrensrechtlichen und materiellen Normen des innerstaatlichen Rechts einhalten, um rechtmäßig zu sein und andererseits darf diese nicht willkürlich sein.¹³⁵ Bei der Willkürgrenze des Art. 5 I 2 f) ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch eingeschränkt und unterliegt bei fehlender Bösgläubigkeit grundsätzlich einem Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates zumindest hinsichtlich der Notwendigkeit der Anordnung und der Dauer, solange ein ausreichender Kausalzusammenhang vorhanden ist.¹³⁶ Art. 5 I 2 f) gebietet zudem, dass die Abschiebung mit der gebührenden Sorgfalt durchgeführt werden muss.¹³⁷

Die Abschiebehaft muss auch unter dem Zweck der Abschiebung betrachtet werden;¹³⁸ besteht keine Aussicht auf Erfolg, eine Abschiebung durchzuführen, dann stellt die Haft eine Verletzung von Art. 5 I 2 f) EMRK dar (vor allem, wenn die Inhaftierung über einen langen Zeitraum besteht).¹³⁹

Allerdings ist keine allgemeine Höchstfrist der Haftdauer in Art. 5 I f) normiert, lediglich im Einzelfall kann die Haftdauer unverhältnismäßig sein.¹⁴⁰ Infolgedessen ist die Dauer begrenzt, wenn das vernünftigerweise Notwendige zur Zweckerreichung überschritten ist.¹⁴¹

134 Nach BVerfGE 111, 307 (317) haben die Gerichte die EMRK zu beachten.

135 EGMR, Chahal/Vereinigtes Königreich, NVwZ 2009, 1093 (1097), Rn. 118; EGMR Saadi/Vereinigtes Königreich, NVwZ 2009, 375 (377 f.), Rn. 67 u. 72.

136 EGMR, Saadi/Vereinigtes Königreich, NVwZ 2009, 375 (378) Rn. 71 ff.

137 EGMR, Quinn/Frankreich, Nr. 18580/91 vom 22.3.1995, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57921> (Abgerufen am: 18.2.2014), Rn. 48; EGMR (Chahal/Vereinigtes Königreich), NVwZ 1997, 1093 (1097), Rn. 113.

138 EGMR, Mikolenko/Estland, Nr. 10664/05 vom 8.10.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94863> (Abgerufen am: 17.2.14), Rn. 65; EGMR, Quinn/Frankreich, Nr. 18580/91, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57921> (Abgerufen am: 18.2.2014), Rn. 48.

139 EGMR, Mikolenko/Estland, Nr. 10664/05 vom 8.10.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94863> (Abgerufen am: 17.2.14), Rn. 68; *Cornelisse*, Detention, S. 212.

140 EGMR, Auad/Bulgarien, NJOZ 2012, 956 (960), Rn. 128.

141 EGMR, Saadi/Vereinigtes Königreich, NVwZ 2009, 375 (378), Rn. 74.

So ist zu beachten, dass bei einer erheblichen Dauer die Inhaftierung um angemessen zu sein, von den Behörden aktiv und zügig betrieben werden muss.¹⁴²

2. Involvierung von minderjährigen Kindern

a) Art. 8 EMRK

Aufgrund von Art. 8 EMRK muss die Trennung von Eltern und ihren minderjährigen Kinder in der Abschiebehafte notwendig sein.¹⁴³ Die Abschiebehafte von Minderjährigen mit ihrer Familie muss dabei das letzte Mittel sein.¹⁴⁴

b) Art. 3 EMRK

Bei minderjährigen Kindern gebietet Art. 3 EMRK, dass die Abschiebehafteanstalt auf deren besondere Bedürfnisse angepasst ist.¹⁴⁵ Vor allem müssen die Kinder auch vor psychischem Schaden bewahrt werden.¹⁴⁶

Daraus ergeben sich Schutzpflichten für (ausländische und junge) Kinder, die von ihrer Familie getrennt sind.¹⁴⁷ Insoweit ist Art. 3 EMRK verletzt, wenn Minderjährige in einer Erwachsenenhafteanstalt untergebracht werden und nur „punktuell“ betreut werden.¹⁴⁸ Auch wenn Erwachsene sich ernste Sorgen machen, weil sie getrennt von ihren (minderjährigen) Kindern untergebracht werden und nur telefonisch Kontakt halten dürfen, ist Art. 3 EMRK verletzt.¹⁴⁹

c) Art. 5 EMRK

Sind minderjährige Kinder involviert, so sind auch höhere Anforderungen aus Art. 5 abzuleiten, Alternativen zur Abschiebehafte zu finden.¹⁵⁰ Wenn keine Fluchtgefahr

142 EGMR, A. u. a./Vereinigtes Königreich, NJOZ 2010, 1903 (1908), Rn. 169.

143 EGMR, Mayeka u. Mitunga/Belgien, NVwZ-RR 2008, 573 (576) Rn. 83.

144 EGMR, Popov/Frankreich, Nr. 39472/07 und 39474/07 vom 19.1.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-108710>, (abgerufen am: 17.2.14), Rn. 141.

145 EGMR, Popov/Frankreich, Nr. 39472/07 und 39474/07 vom 19.1.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-108710>, (abgerufen am: 17.2.14), Rn. 95 f.

146 EGMR, Popov/Frankreich, Nr. 39472/07 und 39474/07 vom 19.1.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-108710>, (abgerufen am: 17.2.14), Rn. 100 ff.

147 EGMR, Mayeka u. Mitunga/Belgien, NVwZ-RR 2008, 573 (574) Rn. 55; *Marx*, ZAR 2011, 292 (297).

148 EGMR, Mayeka u. Mitunga/Belgien, NVwZ-RR 2008, 573 (574), Rn. 52, 56 u. 58 f.

149 EGMR, Mayeka u. Mitunga/Belgien, NVwZ-RR 2008, 573 (575) Rn. 62.

150 EGMR, Popov/Frankreich, Nr. 39472/07 und 39474/07 vom 19.1.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-108710>, (abgerufen am: 17.2.14), Rn. 119.

besteht, müssen vorrangig andere Sicherungsmittel, wie eine Residenzpflicht oder eine angemietete Wohnung, ausgeschöpft werden.¹⁵¹

3. Zwischenergebnis

Der EGMR hält sich im Bereich der Abschiebehaft aufgrund ihrer souveränitätssichernden Funktion grundsätzlich eher zurück. Dies gilt allerdings nicht mehr, wenn minderjährige Kinder involviert sind bzw. die Staaten durch ihre mangelnde Sorgfalt ein widersprüchliches Verhalten ausdrücken.

151 EGMR, *Popov/Frankreich*, Nr. 39472/07 und 39474/07 vom 19.1.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-108710>, (abgerufen am: 17.2.14), Rn. 144 ff.

C. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Anordnung und Durchführung

Zudem ergeben sich verfassungsrechtliche Anforderungen an die Anordnung und Durchführung der Abschiebehaft.

I. Prüfungskompetenz des Haftrichters über die Abschiebung

Umstritten ist, ob der Haftrichter auch die Kompetenz hat, die Rechtmäßigkeit der Abschiebung zu überprüfen.

1. Keine (bzw. eingeschränkte) Prüfungskompetenz

Einer Ansicht nach hat der Zivilrichter (grundsätzlich) keine dahingehende Prüfungskompetenz, ob die Abschiebung zu Recht betrieben wird.¹⁵² Es besteht eine Bindung an die vorhergehenden Verwaltungsakte, es sei denn, diese sind nichtig.¹⁵³ Es unterliegt allein der Kontrolle der Verwaltungsgerichte, ob die Verwaltungsbehörden rechtmäßig handeln.¹⁵⁴

Dabei handelt es sich um einen Eingriff in die Entscheidungskompetenz des Haftrichters.¹⁵⁵ Infolgedessen soll der Haftrichter dem Betroffenen auf seine Rechtsschutzmöglichkeiten hinweisen und gegebenenfalls entsprechende Anträge an die Verwaltungsgerichtsbarkeit weiterleiten.¹⁵⁶ Dabei ist es insbesondere mög-

152 BGHZ 78, 145 (147); BGHZ 98, 109 (112); BGH, NJW 1981, 527 (527f.); BVerfG, Bes. v. 1.4.1999 – 2 BvR 400/99, BeckRS 1999, 15457, Rn. 3; BVerwGE 62, 317 (321); *Görisch*, Kirchenasyl, S. 46; BayObLG, NJW 1974, 1624 (1625); *Kränz*, NVwZ 1986, 22 (22); BGH, Bes. v. 25.2.2010 – V ZB 172/09, BeckRS 2010, 07170, Rn. 23; vgl. *Painter*, GK-AufenthG, § 62 Rn. 100.

153 BGHZ 78, 145 (147); BGHZ 98, 109 (112). Teilweise wird auch vertreten, dass „nur“ eine Überprüfung von Grundrechten stattfinden muss (*Rassow*, BayVBl 1980, 161 (161); *Kränz*, NVwZ 1986, 22 (22); vgl. *Huber*, NJW 1980, 1977 (1981)).

154 BGH, NJOZ 2010, 2040 (2040), Rn. 7; *Heidebach*, Haußleiter, § 417 FamFG Rn. 6.

155 BGH, NJW 1981, 527 (528).

156 BGH, NJW 1981, 527 (528).

lich, einen gem. § 123 VwGO zu stellen, um die Ausländerbehörde zu verpflichten, ihnen Antrag auf Sicherungshaft aufzuheben bzw. zurückzunehmen.¹⁵⁷

Der BGH erweitert aber die Prüfungskompetenz des Haftrichters aus dem Richtervorbehalt (aus Art. 104 II 1 GG) und der Sachaufklärungspflicht des Richters.¹⁵⁸ Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, dass der Haftrichter, wenn sich ein unmittelbarer Haftgrund nicht aus einer behördlichen Verfügung oder einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ergibt, selbst eine Prüfung vornehmen muss.¹⁵⁹

2. Prüfungskompetenz

Der effektive Rechtsschutz (gem. Art. 19 IV GG) fordert, dass der Rechtsweg zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten nicht „zersplittert“ ist.¹⁶⁰ Zudem wird der Richtervorbehalt aus Art. 104 II GG „verkürzt“, wenn der Richter nur eine „eingeschränkte“ Prüfungskompetenz hat.¹⁶¹ Daher muss der Haftrichter alle Voraussetzungen der Abschiebung eigenverantwortlich auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen.¹⁶²

Stratmann führt an, wenn der Haftrichter die Abschiebung für rechtswidrig hält, so erschwert er zwar die Sicherung der Vollstreckung, doch die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Abschiebung verbleibt bei dem Verwaltungsrichter.¹⁶³

3. Streitentscheid

Die richterliche Prüfungskompetenz wurde u.a. begrenzt, um die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen zu verhindern.¹⁶⁴ Hier wurde zum Zwecke des Rechtsvertrauens der Rechtssubjekte die Kompetenz des Haftrichters eingeschränkt. Das Vertrauen in das Recht steigt jedoch, wenn ein Betroffener aufgrund einer rechtswidrigen Abschiebung nicht inhaftiert wird. Zudem unterstellt man

157 *Marschner*, *Marschner/Lesting*, *AufenthG* Rn. 39 S. 400; vgl. auch: *Görisch*, *Christoph*, *Kirchensayl* und *staatliches Recht*, S. 47.

158 BGH, *NJOZ* 2010, 2040 (2040), Rn. 7.

159 BGH, *NJOZ* 2010, 2040 (2040), Rn. 7.

160 *Rittstieg*, *NJW* 1996, 545 (551); *Wegener*, *ZAR* 1996, 77 (81).

161 *Krüger/Ostendorf*, *Ostendorf*, § 15 Rn. 18.

162 *Heldmann*, *AusG*, § 57 Rn. 9.

163 *Stratmann*, *MDR* 1979, 184 (186).

164 BGH, *NJW* 1981, 527 (528); *Kränz*, *NVwZ* 1986, 22 (22); *Beichel-Benedetti/Gutmann*, *NJW* 2004, 3015 (3017).

dem „normalen“ Bürger, mit einer solchen Widersprüchlichkeit nicht „leben“ zu können. Jedoch handelt es sich bei einem Bürger, dem ein solcher Widerspruch auffällt, i.d.R. um jemanden, der sich der Variabilität des Rechts bewusst ist.

Zudem ist die Ansicht Stratmanns zutreffend. Zugleich ist es auch ambivalent, wenn der Haftrichter die Rechtmäßigkeit der Abschiebung nicht überprüfen darf, nach der Rechtsprechung des BVerwG der Verwaltungsrichter aber bei einer Entscheidung – über die Erstattung der Abschiebehafkosten – die Rechtmäßigkeit der Abschiebehaf überprüfens muss.¹⁶⁵

Daher hat der Haftrichter auch eine Prüfungskompetenz über die Abschiebung aus Art. 19 IV i.V.m. Art. 104 II GG.

Zudem ist bemerkenswert, dass die angebliche Trennung von der Überprüfung der Abschiebung und der Abschiebehaf von den Befürwortern lediglich behauptet wird. Eine gesetzliche Anknüpfung, die dieses Trennungsgebot statuiert findet sich nicht.¹⁶⁶ Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, § 17 II 2 GVG statuiert eine einfachrechtliche umfassende Prüfungskompetenz,¹⁶⁷ welche mit der Ausnahme der Abschiebehaf anerkannt ist.

Auffallend ist auch die aktuelle Rechtsprechung des BGH. Der BGH führt an, dass der Haftrichter die Verhältnismäßigkeit der Wirkungen der Haft *in Bezug* auf die Abschiebung überprüfen muss.¹⁶⁸

Demnach wird durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine indirekte Überprüfung der Abschiebung durchgeführt. Hier wird ein rechtsdogmatischer Umweg eingelegt um den Zivilgerichten eine Überprüfungsmöglichkeit zu eröffnen. Dieser Umweg ist allerdings, wie hier dargelegt, bei einer stringenten Anwendung des Rechts nicht notwendig.¹⁶⁹

165 BVerwG, NVwZ 2005, 1433 (1434); BVerwG, Urt. v. 16.10.2012 – 10 C 6/12, juris Rn. 21; vgl. auch *Beichel-Benedetti/Gutmann*, NJW 2004, 3015 (3017).

166 Inwieweit § 40 I VwGO von einer Zuweisungsnorm zu den Verwaltungsgerichten zu einer materiellen Einschränkung der Prüfungskompetenz der Zivilgerichte führen soll ist nicht ersichtlich.

167 Siehe: BVerfG, NVwZ 2010, 1482 (1484), Rn. 53: „Dies bedeutet nach allgemeinem Verständnis, dass das Gericht des zulässigen Rechtsweges auch rechtswegfremde, entscheidungserhebliche Vorfragen prüft und über sie entscheidet“.

168 BGH, Bes. v. 6.12.2012 – V ZB 218/11, BeckRS 2013, 01636, Rn. 10 u. 11; BGH, NVwZ 2010, 1318 (1319), Rn. 26.

169 Gibt man dem Haftrichter keine Kompetenz zur Überprüfung der Abschiebung muss trotzdem folgendes gelten: Der Haftrichter muss grundsätzlich den Vollzug der Abschiebehaf gem. § 424 I FamFG aussetzen, wenn nach seiner Auffassung die Abschiebung rechtswidrig ist. Das Entziehungsrisiko des Betroffenen ist, weil die Abschiebung voraussichtlich als rechtswidrig angesehen wird zu gering.

II. Anforderungen aus Art. 2 II i.V.m. Art. 104 GG

Bei der Abschiebehaft handelt es sich um eine Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 2 II 2 GG (vgl. § 415 i.V.m. § 417 II 2 Nr. 5 FamFG).¹⁷⁰

Auf Grund dessen, dass es sich bei der Freiheit der Person um ein besonders hohes Rechtsgut handelt, darf in dieses nur aus einem wichtigen Grund eingegriffen werden.¹⁷¹ Die in Art. 104 GG enthaltenen formellen Gewährleistungen stehen mit der in Art. 2 II 2 GG enthaltenen Freiheitsgarantie in einem untrennbaren Konnex.¹⁷² Dadurch werden die freiheitsschützenden gesetzlichen Formvorschriften zu einem Verfassungsgebot erhoben.¹⁷³

1. Ingewahrsamnahme aus einem anderen Grund

Auch wenn eine in Ingewahrsamnahme aus einem anderen Grund erlaubt gewesen wäre, kann dies nicht einen Verfassungsverstoß entfallen lassen, der dadurch entsteht, dass die Behörde rechtsfehlerhaft einen Antrag nach § 427 I FamFG einleitet.¹⁷⁴ Der Grundrechtseingriff muss sich an der konkret gewählten gesetzlichen Grundlage messen lassen.¹⁷⁵ Bei einer hypothetischen Alternative handelt es sich allein um eine materielle Rechtsbetrachtung, welche nicht in Einklang mit der formellen Anforderung aus Art. 104 I 1 GG zu bringen ist.¹⁷⁶

2. Amtsermittlungspflicht zur Sachverhaltsaufklärung des Richters

Soll die Freiheit durch eine rechtsstaatliche Entscheidung entzogen werden, so muss eine zureichend richterliche Sachaufklärung vorliegen.¹⁷⁷ Aus Art. 2 II GG

170 BVerwGE 62, 317 (318 f.); *Winkelmann*, Renner/Bergmann/Dienelt, § 62 AufenthG Rn. 8; *Gusy*, HdG, § 93 Rn. 11; (*ders.*), NJW 1992, 457 (458).

171 BVerfGE 10, 302 (322); BVerfGE 29, 312 (316); BVerfG, Bes. v. 4.10.2010 – 2 BvR 1825/08, BeckRS 2010, 56405, Rn. 20; vgl. BVerfG, NJW 2002, 2456 (2457); BVerfGE 32, 87 (92); BVerfGE 65, 317 (322); *Jemissen*, Prütting/Helms, § 415 FamFG Rn. 15.

172 BVerfGE 10, 302 (322); BVerfGE 58, 208 (220); *Gusy*, NJW 1992, 457 (457).

173 BVerfGE 58, 208 (220); BVerfG, Bes. v. 4.10.2010 – 2 BvR 1825/08, BeckRS 2010, 56405, Rn. 20; BVerfG, NVwZ-RR 2009, 616 (616); *Budde*, Keidel, § 422 FamFG Rn. 1; vgl. BVerfGE 10, 302 (323); BVerfGE 29, 183 (195 f.).

174 BVerfG, Bes. v. 9.2.2012 – 2 BvR 1064/10, BeckRS 2012, 48178 [8. a) dd].

175 BVerfG, Bes. v. 9.2.2012 – 2 BvR 1064/10, BeckRS 2012, 48178 [8. a) dd].

176 BGH, FGPrax 2013, 279 (280), Rn. 20; BVerfG, NVwZ-RR 2009, 304 (305); BGH, Bes. v. 14.3.2013 – V ZB 135/12, BeckRS 2013, 06772, Rn. 9; vgl. BGH, Bes. v. 30.7.2012 – V ZB 245/11, BeckRS 2012, 20366, Rn. 9.

177 BVerfG, Bes. v. 16.9.2010 – 2 BvR 1608/07, BeckRS 2010, 54123, Rn. 24; BVerfGE 70, 297 (308).

i.V.m. Art. 104 GG ergibt sich eine Amtsermittlungspflicht (vgl. § 26 FamFG).¹⁷⁸ Daher hat der Richter die Sachaufklärung in eigener Verantwortung durchzuführen.¹⁷⁹ Der Richter muss die Voraussetzungen für die Haft überprüfen, unerheblich, ob er die Inhaftierung bestätigt oder anordnet.¹⁸⁰ Die Sachverhaltsaufklärung gebietet grundsätzlich, von den Ausländerbehörden die Akten heranzuziehen.¹⁸¹ Allerdings ist dies dann nicht der Fall, wenn ein weiterer Erkenntnisgewinn aus den nicht vorgelegten Teilen der Akten nicht in Aussicht steht (vgl. § 417 II 3 FamFG).¹⁸²

Auch im Rahmen der Prognose des § 62 III 4 muss der Haftrichter eigene Sachverhaltsermittlungen aufnehmen und sich dabei insbesondere bei den Verwaltungsgerichten über einen voraussichtlichen Fortgang eines dort rechtshängigen Verfahrens [sofern man nicht der Ansicht in „C.I.3.“ folgt] erkundigen.¹⁸³ Die Ergebnisse dieser Sachverhaltsaufklärung müssen bei der Anordnung oder dem Fortdauer der Haft in die Entscheidung einfließen.¹⁸⁴ Auch die Prognose muss auf einer hinreichend vollständigen Tatsachengrundlage getroffen werden.¹⁸⁵ Dazu muss der konkrete Einzelfall auf alle entgegenstehenden und verzögernden Gründe untersucht werden.¹⁸⁶ Der Richter kann erst dann seine Ermittlungen abschließen, wenn durch die Ermittlungen keine neuen Ergebnisse offenbart werden.¹⁸⁷ Es müssen aufgrund von Art. 20 II GG u. Art. 2 II GG sowohl die tatsächlichen, als auch rechtlichen Hindernisse berücksichtigt werden.¹⁸⁸

178 BGH, NVwZ 2010, 1172 (1174), Rn. 25; BGH, InfAuslR 2011, 398 (398), Rn. 9; vgl. *Lisken*, NJW 1982, 1268 (1269).

179 BGH, NVwZ 2010, 1172 (1174), Rn. 26; *Beichel-Benedetti/Gutmann*, NJW 2004, 3015 (3017); vgl. BVerfGE 103, 142 (151).

180 BVerfG, NJW 1960, 811 (811); BVerfG, NJW 1991, 1283 (1284); vgl. BGH, NVwZ 2010, 1172 (1174), Rn. 26.

181 BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660), Rn. 20; BVerfG, NVwZ 2008, 304 (305); BVerfG, Urt. v. 1.4.2008 – 2 BvR 1925/04, juris Rn. 24; BGH, InfAuslR 2011, 398 (398), Rn. 10; *Panzer*, ZAR 2008, 369 (372).

182 BGH, Bes. v. 4.3.2010 V ZB 222/09, BeckRS 2010, 06498 Rn. 19; BGH, NVwZ 2010, 1172 (1172), Rn. 9; vgl. *Budde*, Keidel, § 417 FamFG Rn. 29; BT-Drucks. 16/9733, S. 299.

183 BGH, Bes. v. 25.2.2010 – V ZB 172/09, BeckRS 2010, 07170, Rn. 24; BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660); BGH, Bes. v. 10.5.2012 – V ZB 246/11, BeckRS 2012, 14814, Rn. 14.

184 BGH, Bes. v. 25.2.2010 – V ZB 172/09, BeckRS 2010, 07170, Rn. 24; BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660); BGH, Bes. v. 10.5.2012 – V ZB 246/11, BeckRS 2012, 14814, Rn. 14.

185 BGH, NJOZ 2010, 2040, Rn. 13; vgl. BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660); BGH, NVwZ 2010, 1175 (1176), Rn. 17; BGH, Bes. v. 29.4.2010 – V ZB 202/09, BeckRS 2010, 15618, Rn. 14.

186 BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660); BGH, NVwZ 2010, 1175 (1176), Rn. 17; BGH, Bes. v. 14.4.2011 – V ZB 76/11, BeckRS 2011, 08508, Rn. 8.

187 BGH, FGPrax 2010, 128 (130) Rn. 28 m.w.N.

188 BGH, NVwZ 2011, 767 (768), Rn. 16; BVerfG, NJW 2009, 2659 (2659), Rn. 19; *Senge*, Erbs/Kohlhaas, § 62 AufenthG Rn. 2.

III. Rechtliches Gehör (und Sachaufklärungspflicht)

1. Übermittlung des Haftantrags

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG gebietet es, dem Betroffenen einen Antrag vor der Anhörung zu übermitteln, wenn es ihm sonst nicht möglich ist, an der Aufklärung der Sache teilzunehmen und seine Rechte zu verwirklichen.¹⁸⁹

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet allerdings nicht, dass bei einem einfachen und überschaubaren Sachverhalt der Betroffene den Haftantrag schon vor Beginn der Anhörung erhält, wenn dieser auch unter Berücksichtigung des Überraschungsmomentes auskunftsfähig ist.¹⁹⁰ Es muss dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, sich zu sämtlichen Angaben, aufgrund welcher er inhaftiert werden soll, zu äußern.¹⁹¹ Dies wird durch die Aushändigung des Haftantrags sichergestellt.¹⁹² Es genügt nicht, den Haftantrag nur nach seinem wesentlichen Inhalt mitzuteilen und dem Betroffenen nicht auszuhändigen,¹⁹³ weil der Betroffene bei einer mündlichen Übermittlung i.d.R. den Haftantrag nicht komplett erfassen kann.¹⁹⁴

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet auch zu einer Übersetzung des Haftantrags,¹⁹⁵ wenn eine Verständigung in deutscher Sprache nicht möglich ist.¹⁹⁶

2. Anhörung des Betroffenen

Es ist zu beachten, dass ein Verfahrensfehler bei der Anhörung (gem. § 420 FamFG) nicht nur Art. 103 I GG verletzt, sondern auch Art. 104 I 1 GG.¹⁹⁷

189 BGH, Bes. v. 4.3.2010 – V ZB 222/09, BeckRS 2010, 06498, Rn. 16.

190 BGH, Bes. v. 4.3.2010 – V ZB 222/09, BeckRS 2010, 06498, Rn. 16.

191 BGH, FGPrax 2011, 257 (258), Rn. 8; vgl. BGH, Bes. v. 6.12.2012 – V ZB 224/11, BeckRS 2013, 01637, Rn. 13.

192 BGH, Bes. v. 6.12.2012 – V ZB 224/11, BeckRS 2013, 01637, Rn. 13.

193 BGH, Bes. v. 6.12.2012 – V ZB 224/11, BeckRS 2013, 01637, Rn. 11.

194 BGH, Bes. v. 14.6.2012 – V ZB 284/11, BeckRS 2012, 15645, Rn. 9.

195 BGH, FGPrax 2011, 257 (258), Rn. 9.

196 BGH, Bes. v. 14.6.2012 – V ZB 48/12, BeckRS 2012, 14671, Rn. 11; *Budde*, Keidel, § 420 FamFG Rn. 8; a.A. wohl: BayObLG, Bes. v. 15.1.1998 – 3 Z BR 10/98, juris Rn. 3.

197 BVerfG, Bes. v. 7.9.2006 – 2 BvR 129/04, BeckRS 2006, 19682, Rn. 20; BGH, Bes. v. 10.10.2013 – V ZB 127/12, BeckRS 2013, 20771, Rn. 9; *Winkelmann*, Renner/Bergmann/Dienelt, § 62 AufenthG Rn. 335; vgl. BVerfG, Bes. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80, juris Rn. 33; BVerfG, Bes. v. 11.3.1996 – 2 BvR 927/95, juris Rn. 19.

Wird gegen die Anhörungspflicht verstoßen, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, selbst wenn die Freiheitsentziehung ansonsten rechtmäßig war.¹⁹⁸

Es hat grundsätzlich eine Anhörung zu erfolgen.¹⁹⁹ Der Betroffene muss sich dabei zu seinem Haftantrag in der Anhörung äußern können.²⁰⁰ In der Anhörung muss eine Kommunikation zwischen Richter und dem Betroffenen möglich sein (ist eine Verständigung in deutscher Sprache nicht möglich, muss ein Dolmetscher vorhanden sein) und auch stattfinden (der Richter darf sich nicht zurücklehnen und den Dolmetscher kommunizieren lassen).²⁰¹

IV. Beiordnung eines Anwaltes

Fraglich ist, ob bei einem Abschiebehaftverfahren ein Anwalt beigeordnet werden muss.

Einem Unbemittelten muss gegenüber einem Bemittelten aufgrund von Art. 19 IV und Art. 3 I i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG ein Anwalt zugeordnet werden, wenn dies für seine Rechteerlangung notwendig ist, um die Situation zwischen den verschiedenen Parteien aus Gründen der Verwirklichung des Rechtsschutzes anzugleichen.²⁰² Daher ist dem Unbemittelten ein Rechtsanwalt beizuordnen, wenn er in der Lage eines Bemittelten wäre und sich einen Rechtsanwalt vernünftigerweise genommen hätte.²⁰³ Dies ist nach Ansicht des BGH der Fall, wenn ein Abzuschiebender einen Verfahrensfehler geltend machen will und sich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Haft berufen will.²⁰⁴

Problematisch ist aber, ob man dem Betroffenen auch einen Anwalt beiordnen muss, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Hier ist zum einen auf die zutreffende Ansicht von Deichmann hinzuweisen. Dieser führt an, dass bei einer Verlängerung der Haft nach drei Monaten die Wer-

198 BGH, Bes. v. 4.3.2010 – V ZB 184/09, BeckRS 2010, 08476, Rn. 12; BVerfG, Bes. v. 7.9.2006 – 2 BvR 129/04, juris Rn. 20 f.; BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 9/10, BeckRS 2010, 17121, Rn. 9; BVerfG, Bes. v. 12.3.2008 – 2 BvR 2042/05, BeckRS 2009, 38585, Rn. 15; vgl. *Wikelmann*, OK-MNet-AufenthG § 62 Rn. 169.

199 BVerfG, Bes. v. 11.3.1996 – 2 BvR 927/95, juris Rn. 16; vgl. *Zeitler*, NVwZ 1997, 628 (629).

200 BGH, Bes. v. 6.12.2012 – V ZB 224/11, BeckRS 2013, 01637, Rn. 15.

201 BGH, Bes. v. 4.3.2010 – V ZB 184/09, BeckRS 2010, 08476, Rn. 15 f.

202 BVerfG, NJW 1997, 2103 (2104); BVerfG, NJW 1959, 715 (716); BGH, Bes. v. 12.9.2013 – V ZB 121/12, BeckRS 2013, 18840, Rn. 8.

203 BGH, Bes. v. 28.2.2013 – V ZB 138/12, BeckRS 2013, 06130, Rn. 14; BVerfG, NJW 1997, 2103 (2104); BGH, Bes. v. 23.6.2010 – XII ZB 232/09, BeckRS 2010, 17431, Rn. 25.

204 BGH, Bes. v. 28.2.2013 – V ZB 138/12, BeckRS 2013, 06130, Rn. 15.

tion des § 140 I Nr. 5 StPO entsprechend zu berücksichtigen ist.²⁰⁵ Nur so ist es dem Betroffenen möglich, seine Rechte effektiv wahrzunehmen.²⁰⁶ Demnach ist aufgrund von Art. 19 IV i.V.m. 20 II, III GG (Rechtsstaatsprinzip) dem Betroffenen bei einer Verlängerung der Haft ein Anwalt beizuordnen.²⁰⁷

Zum anderen ist zu klären, ob auch der Ansicht von Meyer-Mews zuzustimmen ist. Nach Meyer-Mews ist nicht erst bei der Verlängerung über 3 Monate hinaus, sondern schon bei der Anordnung der Sicherungshaft ein Anwalt beizuordnen (in analoger Anwendung von § 140 StPO).²⁰⁸ Er stützt dies darauf, dass dem Ausländer i.d.R. der Rechtskreis und die Sprache fremd sind und das Recht zur Inhaftierung bei einer Abschiebung objektiv diffizil ist.²⁰⁹

Der BGH hat (neben Verfahrensfehler) die Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen lassen, um einen Anwalt beizuordnen,²¹⁰ *unerheblich* wie wahrscheinlich die Aussicht auf Erfolg ist.

Der BGH macht es somit vom Zufall abhängig, ob der Betroffene sich äußert und gleichzeitig, ob das Gericht die Äußerungen des Betroffenen terminologisch als Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einordnet. Es würde aber der Rechtsfertigungsbedürftigkeit des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechtes nicht entsprechen, wenn dem Betroffenen auf der einen Seite eine positive Handlungspflicht abverlangt wird, obwohl ihm auf der anderen Seite eine Ausländerbehörde gegenübersteht, die keine Sachaufklärungspflicht trifft.²¹¹ Infolgedessen muss dem Betroffenen grundsätzlich ein Anwalt zuzuordnen sein aus Art. 19 IV u. Art. 3 I i.V.m. Art. 20 I GG.

Hier könnte man anfügen, dass die Rechtsprechung des BGH jedoch dergestalt modifiziert werden müsste, dass es auch auf die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussichten ankommt (vgl. § 76 I FamFG i.V.m. § 114 I ZPO).

205 *Deichmann*, MDR 1997, 16 (17); vgl. auch: *Keßler*, InfAusLR 2008, 450 (452); a.A.: OLG Frankfurt, Bes. v. 23.11.2000 – 20 W 344/00, juris Rn. 15 (welches anführt, dass eine entsprechende Anwendung nicht in Betracht kommt, weil es sich um eine Zivilhaft handelt. Dabei berücksichtigt das OLG aber nicht, dass es nicht darauf ankommt, wie man die „Haft“ systematisch einordnet, sondern um eine wertende Vergleichbarkeit der Umstände.).

206 *Deichmann*, MDR 1997, 16 (17).

207 Bzw. wenn die Haft aufgrund eines Vertretenmüssens des Ausländers i.S.d. § 62 III 4 AufenthG länger als 3 Monate angeordnet wird.

208 *Meyer-Mews*, AnwBl 1999, 317 (323).

209 *Meyer-Mews*, AnwBl 1999, 317 (323); liegen allein Sprachprobleme vor, weisen Jennissen und Deichmann zutreffend darauf hin, dass es ausreichend ist, diese durch einen Dolmetscher zu kompensieren (*Jennissen*, Prütting/Helms, § 419 FamFG Rn. 3; *Deichmann*, MDR 1997, 16 (17)).

210 BGH, Bes. v. 28.2.2013 – V ZB 138/12, BeckRS 2013, 06130, Rn. 15.

211 Vgl. *Habbe*, ZAR 2011, 286 (287) (zur mangelnden Sachaufklärungspflicht der Ausländerbehörde).

Jedoch ist auch unabhängig von der Entscheidung des BGH die Beiordnung eines Anwaltes durch die Realität²¹² geboten, weil die richterliche Sachaufklärungspflicht aus Art. 2 II 2 GG, welche das BVerfG²¹³ postuliert, durch einen Anwalt „gefördert“ werden muss.²¹⁴

Schließlich besteht auch die Gefahr, dass der Zivilrichter aufgrund der Fachfremdheit und Komplexität der Materie eine Entscheidung eher zulasten des Betroffenen treffen wird.²¹⁵

Daher ist auch wegen des schweren Eingriffs in die Freiheit des Betroffenen aus der Schutzpflicht des Art. 2 II 2 GG ein Anwalt beizuordnen.

Für die einfach-gesetzliche Normierung dieser verfassungsrechtlichen Beiordnungspflicht kommt entweder § 78 II FamFG oder § 419 I 1 FamFG in Betracht. § 78 II FamFG trägt wegen des Antragserfordernis nicht der Schutzbedürftigkeit des (schweigenden) Betroffenen Rechnung.²¹⁶

Daher ist nach § 419 I 1 FamFG entgegen der Gesetzesbegründung²¹⁷ bei der Anordnung von Abschiebehaft in verfassungskonformer Auslegung grundsätzlich ein Rechtsanwalt²¹⁸ als Verfahrenspfleger beizuordnen. Solange nicht der Tatbestand des § 419 II FamFG eröffnet ist. Deswegen kann § 140 StPO nicht entsprechend angewendet werden.

212 Nach der Schätzung von Schmidt-Räntsch sind 85–90% der Entscheidungen der Amtsgerichte durch eine Prüfung des BGH als rechtswidrig angesehen worden (*Schmidt-Räntsch*, NVwZ 2014, 110 (110)). Nach einer Statistik von Fahlbusch waren 36% seiner Mandantschaft zumindest für einen gewissen Zeitraum rechtswidrig inhaftiert (*Fahlbusch*, AnwBl 2011, 203 (203)). In 2011 mussten in Baden-Württemberg 29,15% (Bt-Drs. 17/10597, S. 92 u. 138 ff.), in Mecklenburg-Vorpommern 17,91% (Bt-Drs. 17/10597, S. 92 u. S. 140) und im Saarland 9,3% (Bt-Drs. 17/10597, S. 92 u. S. 140 f.) der Häftlinge wieder aus der Abschiebehaft entlassen werden.

213 BVerfG, NVwZ 2008, 304 (305); vgl. BVerfG, NJW 2009, 2659 (2661), Rn. 28 f.

214 Vgl. *Zimmermann*, Keidel, § 78 FamFG Rn. 6.

215 *Beichel-Benedetti*, Perspektivwechsel, S. 316; vgl. *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 15 Rn. 19.

216 Vgl. auch: *Meyer-Mews*, AnwBl 1999, 317 (324). Verfahrenskostenhilfe ist durch das Aktivwerden des Anwaltes ineffektiv, bevor dessen Finanzierung geklärt ist. (*Babo*, ZAR 2004, 359 (362); *ders.*, Perspektivwechsel, S. 306).

217 BT-Drs. 16/6308, S. 291 f. (welche der Vorschrift einen Ausnahmecharakter zuspricht, (siehe auch: *Holzer*, *Holzer*, § 419 FamFG Rn. 3; *Heidebach*, *Haußleiter*, § 419 FamFG Rn. 2)). Zur zutreffenden Kritik am Ausnahmecharakter der Vorschrift: *Dodegge*, *Schulte-Bunert/Weinreich*, § 419 FamFG Rn. 3.

218 Vgl. *Grotkopp*, *Bahrenfuss*, § 419 FamFG Rn. 4.

V. Faires Verfahren

1. Möglichkeit der Teilnahme des Verfahrensbevollmächtigten bei der Anhörung

Es verstößt gegen das Recht auf ein faires Verfahren (als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 II, III), wenn der Verfahrensbevollmächtigte nicht hinzugezogen wird, obwohl der Betroffene dies wünscht.²¹⁹ Dabei steht das Teilnahmerecht am Anhörungstermin nicht zur Disposition des Gerichts dergestalt, dass es dem Verfahrensbevollmächtigten ermöglicht wird, schriftsätzlich Stellung zu nehmen.²²⁰

2. Belehrung über Rechte aus einem völkerrechtlichen Vertrag

Wird ein Betroffener nicht über seine Rechte aus einem Konsularvertrag oder Art. 36 I b) S. 2 WÜK²²¹ informiert (vgl. Art. 36 I b) S. 3 WÜK), so wird das Grundrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 20 II, III (Rechtsstaatsprinzip) verletzt.²²² Es reicht aber aus, wenn die Belehrung bei der Haftaufnahme erfolgt.²²³

VI. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bei der Abschiebehaft muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (gem. Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 u. Art. 20 II, III GG) beachtet werden.²²⁴ Selbst bei den obligatorischen Haftgründen des § 62 III 1²²⁵ und bei der „kleinen Sicherungshaft“ gem. § 62 III 2 muss dieser geprüft werden.²²⁶

219 BGH, Bes. v. 10.7.2014 – V ZB 32/14, Rn. 8 f. m.w.N.

220 BGH, Bes. v. 10.7.2014 – V ZB 32/14, Rn. 11.

221 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963, BGBl. II 1969, S. 1585.

222 BGH, FGPrax 2010, 212 (212), Rn. 17 f.; zum WÜK: BVerfG, NJW 2007, 499 (500 ff.), Rn. 47 ff.; BGH, FGPrax 2011, 41 (42) Rn. 7.

223 BGH, Bes. v. 15.7.2010 – V ZB 10/10, BeckRS 2010, 18941, Rn. 9; BGH, FGPrax 2011, 41 (42) Rn. 7.

224 BVerfG, InfAuslR 2008, 358 (359); Grimm, Rückführung, S. 112; BVerfG, InfAuslR 1994, 342 (344).

225 Feest/Graebisch, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 55; BGH, FGPrax 2011, 254 (255), Rn. 10; a.A. noch: BGH, Bes. v. 9.2.2011, V ZB 16/11, BeckRS 2011, 05065, Rn. 8; vgl. Beichel-Benedetti, Huber, § 62 AufenthG Rn. 16.

226 BGH, Bes. v. 19.1.2012 – V ZB 221/11, BeckRS 2012, 04373, Rn. 4; a.A. wohl: OLG LSA, Bes. v. 13.3.2000 – 10 Wx 25/99, juris Rn. 13.

1. Erforderlichkeit

a) Mildere Mittel

Vor der Anordnung der Abschiebehaft muss geprüft werden, ob mildere Mittel, insbesondere Kautionshinterlegungen, Bürgschaftserklärungen, Meldeauflagen oder das Stellen von Gemeinschaftsunterkünften (mit besonderen Überwachungsmaßnahmen) in Betracht kommen.²²⁷ Auch bei einem Aufenthalt im „Kirchenasyl“ ist die Anordnung der Abschiebehaft unverhältnismäßig, weil der Aufenthaltsort des Betroffenen bekannt ist.²²⁸ Nach Ansicht des BGH reichen allerdings Meldeauflagen bei einem Ausländer, der keinen festen Wohnsitz hat, nicht aus, um die Entziehungsabsicht zu kompensieren.²²⁹

b) Mangelnde Entziehungsabsicht

Sollte sich ein Ausländer der Abschiebung offensichtlich nicht entziehen wollen, ist eine Inhaftnahme unverhältnismäßig.²³⁰ Es müssen konkrete Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass der Ausländer die Abschiebung verhindern oder erheblich erschweren wird, um die Abschiebehaft zu erfordern.²³¹ Grundsätzlich fehlt es an der Erforderlichkeit der Sicherungshaft, wenn eine zeitnahe freiwillige Ausreise des Ausländers ansteht.²³² Dabei ist es unerheblich, ob diese Ausreise illegal (Grenzübertritt ohne gültige Dokumente) erfolgt.²³³ Sollte der Betroffene allerdings in einen anderen Staat, als den Zielstaat seiner Abschiebung reisen wollen, entfällt die Erforderlichkeit nicht.²³⁴

227 *Babo*, Perspektivwechsel, S. 303; *Göbel-Zimmermann*, ZAR 1996, 110 (111).

228 *Müller*, ZAR 1996 170 (174); *Keßler*, HK-AuslR, § 62 AufenthG Rn. 26; differenzierend: *Neundorf*, ZAR 2011, 389 (390 ff.).

229 BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 13/10, BeckRS 2010, 16735, Rn. 19.

230 BGH, Bes. v. 20.1.2011 – V ZB 226/10, BeckRS 2011, 03199, Rn. 17; BVerfG, InfAuslR 1994, 342 (344); vgl. *Gusy*, HdG, § 93 Rn. 13; a.A.: BayObLG, NVwZ 1994, 93 (93).

231 BGHZ 98, 109 (113).

232 BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 13/10, BeckRS 2010, 16735, Rn. 17; BVerfG, InfAuslR 1994, 342 (344); OLG Düsseldorf, Bes. v. 13.6.2006, I-3 Wx 140/06, juris Rn. 18.

233 BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 13/10, BeckRS 2010, 16735, Rn. 26.

234 BGH, Bes. v. 17.6.2010 – V ZB 13/10, BeckRS 2010, 16735, Rn. 17.

c) Verweigerung der Ausreise

Die Abschiebehaft ist nicht erforderlich, nur weil der Ausländer die Ausreise verweigert,²³⁵ auch wenn die Abschiebung auf dem Luftweg durchgeführt wird.²³⁶ Die bloße Weigerung kann nämlich schon mit einfachem Zwang umgangen werden.²³⁷

d) Beschleunigungsgebot

Dabei gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Behörde die Abschiebung ernstlich und mit der größtmöglichen Beschleunigung (sog. Beschleunigungsgebot) betreibt,²³⁸ um die Haft auf eine möglichst kurze Zeit zu beschränken.²³⁹ Verbleibt die Behörde z.B. über den Zeitraum von einer Woche untätig, wird gegen das Beschleunigungsgebot verstoßen, auch wenn die Verzögerungen auf strukturellen Gegebenheiten der Behörde (z.B. Krankheit oder Urlaub) beruhen,²⁴⁰ selbst wenn der Inhaftierte bis dahin die Abschiebung mit allen Mitteln verzögert hat.²⁴¹

Ein organisatorischer Spielraum der Behörde ist zwar nicht ausgeschlossen,²⁴² dieser ist jedoch beschränkt und zwar dergestalt, dass ein Vollzug der Haft auch nicht wegen eines außerordentlichen Geschäftsanfalls verlängert werden darf.²⁴³ Daher muss ein Betroffener aus der Abschiebehaft entlassen werden, wenn die Polizei aufgrund anderer Verpflichtungen nicht in der Lage ist, der Abschiebung beizuwohnen und sich aufgrund dessen die Abschiebung verzögert.²⁴⁴

Die Behörde muss alle notwendigen Anstrengungen unternehmen, um Personaldokumente zu beschaffen, wenn eine Abschiebung vorhersehbar ist.²⁴⁵ Daher

235 BGHZ 98, 109 (113); BGHZ 75, 375 (383).

236 BGHZ 98, 109 (112 f.); BGHZ 75, 375 (382 f.).

237 BGHZ 98, 109 (112 f.); BGHZ 75, 375 (382 f.); a.A.: *Noltze/Erneke*, NVwZ 1986, 24 (25 f.).

238 BGH, NJW 1996, 2796 (2797); BayOLG, Bes. v. 06.11.1998 – 3Z BR 274/98, juris Rn. 9; BGH, Bes. v. 10.6.2010 – V ZB 205/09, BeckRS 2010, 16800, Rn. 16; BGH, InfAuslR 2012, 326 (327), Rn. 15; BGH, Bes. v. 11.10.2012 – V ZB 104/12, BeckRS 2012, 22246, Rn. 7; BGH, NVwZ 2010, 1172 (1173), Rn. 21; BVerfGE 61, 28 (34); vgl. BGH, Bes. v. 10.10.2013 – V ZB 25/13, BeckRS 2013, 20405, Rn. 6; *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, Rn. 1149.

239 BGH, NJW 1996, 2796 (2797); vgl. BGH, InfAuslR 2012, 225 (226), Rn. 14.

240 *Beichel-Benedetti*, Huber, § 62 AufenthG Rn. 21; OLG Köln, Bes. v. 8.11.2007 – 16 Wx 255/07, juris Rn. 19; AG Bremen Bes. v. 1.4.2009, 91 XIV 8/09 http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/dokumente/18004.pdf (zuletzt besucht am: 23.2.14).

241 *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 58.

242 BGH, Bes. v. 21.10.2010 – V ZB 56/10, BeckRS 2010, 28433, Rn. 13 m.w.N.

243 BGH, InfAuslR 2012, 225 (227), Rn. 17.

244 BGH, InfAuslR 2012, 225 (227), Rn. 17.

245 BGH, NJW 1996, 2796 (2797); BGH, Bes. v. 6.5.2010 – V ZB 193/09, BeckRS 2010, 13122, Rn. 25; BGH, Bes. v. 26.9.2013 – V ZB 2/13, BeckRS 2013, 20404, Rn. 11.

darf eine Behörde auch nicht warten, bis ein Bescheid bestandskräftig ist, um weitere Maßnahmen einzuleiten.²⁴⁶

Aus dem Beschleunigungsgebot ergibt sich auch, dass schon während einer Strafhaft die Abschiebung vorbereitet werden muss, um die Abschiebehaft so kurz wie möglich zu halten.²⁴⁷ Dazu muss die Behörde nachforschen, ob der Betroffene vorzeitig aus der Haft entlassen wird, um im Anschluss die Abschiebung vollziehen zu können.²⁴⁸

Der Ausländerbehörde sind im Rahmen des Beschleunigungsgebotes die Verzögerungen von ausländischen Behörden jedoch nicht zuzurechnen.²⁴⁹

2. Inhaftierung schutzbedürftiger Personen (Angemessenheit)

Es wird vertreten, dass bei schutzbedürftigen Personen, wie Menschen mit einer Behinderung, einem hohen Alter oder einer Krankheit, in einer Schwangerschaft, oder Minderjährigen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.d.R. der Sicherungshaft widerspricht.²⁵⁰

Der BGH ist dieser Ansicht bei Minderjährigen jedoch nicht beigetreten, sondern fordert lediglich, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „besondere Bedeutung“ zukommt, wenn Sicherungshaft angeordnet wird.²⁵¹ Demnach sind gesteigerte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit (sowie an das Beschleunigungsgebot als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips) zu richten.²⁵² Die Behörde muss insbesondere ausführlich darlegen, welche mildere Mittel es gibt und warum diese nicht in Betracht kommen.²⁵³ Diese Mittel sind insbesondere Jugendeinrichtungen oder Meldepflichten.²⁵⁴

246 BGH, Bes. v. 26.9.2013 – V ZB 2/13, BeckRS 2013, 20404, Rn. 11.

247 BGH, FGPrax 2011, 41 (43), Rn. 25; BayOblGZ 1998, 124 (126); vgl. *Painter*, GK-AufenthG, § 62 AufenthG Rn. 71.

248 BGH, FGPrax 2011, 41 (43 f.), Rn. 28 ff.

249 BGH, Bes. v. 25.2.2010 – V ZA 2/10, BeckRS 2010, 05643, Rn. 16; differenzierend: *Heinbold*, ZAR 2004, 185 (186).

250 *Keßler*, HK-AuslR, § 62 AufenthG Rn. 20; *Cremer*, Abschiebungshaft und Menschenrechte, S. 5; *Wendtland*, MK, § 417 FamFG Rn. 8; vgl. *Kühn*, Abschiebungshaft, S 147.

251 BGH, NVwZ 2011, (320) 320, Rn. 9; OLG Köln, Bes. v. 11.9.2002 – 16 Wx 164/2002, juris Rn. 7; vgl. auch: *Agentur*, Handbuch, S. 181.

252 *Kluth*, Zuwanderungsrecht, § 5 Rn. 262; OLG München, Bes. v. 09.5.2005 – 34 Wx 37/05, juris Rn. 8; OLG Köln, Bes. v. 11.9.2002 – 16 Wx 164/2002, juris Rn. 7.

253 OLG Köln, Bes. v. 11.9.2002 – 16 Wx 164/2002, juris Rn. 7; *Beichel-Benedetti*, Huber, § 62 AufenthG Rn. 26; vgl. BGH, NVwZ 2011, 320 (320), Rn. 9.

254 BGH, NVwZ 2011, 320 (320), Rn. 9.

3. Drei-Monats-Frist

a) Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Bei § 62 III 4 handelt es sich um eine einfach-gesetzliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.²⁵⁵ Eine Haftdauer, die die Drei-Monats-Frist des § 62 III 4 überschreitet, ist nicht ohne weiteres verhältnismäßig.²⁵⁶

Auch während der Drei-Monats-Frist des § 62 III 4 müssen alle erforderlichen Anstrengungen betrieben werden, um den Zeitraum der Abschiebehaft so gering wie möglich zu halten und die Haft auf das unbedingt Notwendige zu reduzieren.²⁵⁷

Die Prognose (als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) kann auch nicht unterbleiben, wenn eine Haftdauer unter drei Monaten angeordnet wird.²⁵⁸

b) Zeitverzögerungen

Dabei müssen bei mangelnder Mitwirkung des Ausländers insbesondere Zeitverzögerungen, die durch eine Kontaktaufnahme mit den Behörden des Heimatstaates entstehen, um Personaldokumente zu erhalten, im Rahmen des Beschleunigungsgebotes hingenommen werden.²⁵⁹ Jedoch sind diese Verfahrensverzögerungen relevant, sollten sie die Frist des § 62 III 4 überschreiten.²⁶⁰

c) Undurchführbarkeit der Prognose

Bei der erstmaligen Anordnung der Abschiebehaft geht die Ungewissheit hinsichtlich der Dauer innerhalb der Drei-Monats-Frist zu Lasten des Abzuschiebenden, selbst wenn die Hindernisse der Abschiebung nicht von diesem zu vertreten sind.²⁶¹ Ist es allerdings voraussichtlich nicht möglich, innerhalb der Drei-Monats-Frist, die

255 BVerfG, NJW 2009, 2659 (2659), Rn. 19; BGH, InfAuslR 2011, 396 (397), Rn. 17; BGH, InfAuslR 2011, 398 (399), Rn. 15.

256 BGH, NVwZ 2010, 1175 (1176), Rn. 19.

257 BGH, NJW 1996, 2796 (2797); BGH, Bes. v. 19.5.2011 – V ZB 247/10, BeckRS 2011, 17255, Rn. 7; BGH, Bes. v. 26.9.2013 – V ZB 2/13, BeckRS 2013, 20404, Rn. 8.

258 BGH, Bes. v. 11.5.2011 – V ZB 265/10, BeckRS 2011, 14045, Rn. 9.

259 BGH, NVwZ 2010, 1175 (1176), Rn. 20.

260 BGH, Bes. v. 27.10.2011 – V ZB 311/10, BeckRS 2012, 01246, Rn. 9.

261 BGH, Bes. v. 19.5.2011 – V ZB 122/11, BeckRS 2011, 14043, Rn. 14; BVerfG, NJW 2009, 2659, (2659 f.), Rn. 19.

Abschiebung durchzuführen und hat der Ausländer dies nicht zu vertreten, so darf die Haft nicht angeordnet werden.²⁶²

4. Haftdauer

Dabei ist zu beachten, dass unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die erforderliche Haftdauer (vgl. § 417 II 2 Nr. 4 FamFG) einer Begründung bedarf.²⁶³ Bei einer beantragten Haftdauer muss dargelegt werden, wieso für die Abschiebung gerade diese Zeitdauer notwendig ist.²⁶⁴

a) Haftdauer von 18 Monaten

Die Dauer der Sicherungshaft kann gem. § 62 IV insgesamt 18 Monate betragen. Diese Haftdauer könnte verfassungswidrig sein.

Nach der Ansicht von Rittstieg sei die Gesamtdauer der Haft unverhältnismäßig, wenn man die Sicherungshaft aus ihrem Zweck her sehe, einen Menschen abzuschließen.²⁶⁵ Kann ein Ausländer selbst seine Abschiebung verhindern, widerspreche dies den allgemeinen Voraussetzungen der Sicherungshaft, denn die Ausländerbehörde müsse selbst die Prämissen schaffen können.²⁶⁶

Des Weiteren wird vertreten, dass wenn es sich bei der Abschiebehaft nicht um eine Strafe handelt, sondern eine präventive Inhaftierung, dann soll sie im Umfang auch hinter einer Freiheitsstrafe zurückbleiben.²⁶⁷ Das „Verschulden“ (bzw. Nicht-Verschulden) des Betroffenen stehe des Weiteren auch in einer Diskrepanz zur Länge der Abschiebehaft.²⁶⁸

Rittstiegs Argumente überzeugen nicht, weil damit auch jedwede Haftdauer als unverhältnismäßig angesehen werden kann.

Auch wenn die Verschuldensargumente wenig stichhaltig sind, so ist der Aspekt der präventiven Inhaftierung in den Fokus zu nehmen. Nach der Gesetzesbegrün-

262 BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660), Rn. 22; BGH, NVwZ 2010, 1175 (1176), Rn. 17.

263 BGH, Bes. v. 17.11.2011 – V ZB 212/11, BeckRS 2012, 00070, Rn. 8; vgl. BGH, FGPrax 2011, 317 (318), Rn. 14; *Budde*, Keidel, § 417 FamFG Rn. 17.

264 BGH, Bes. v. 17.11.2011 – V ZB 212/11, BeckRS 2012, 00070, Rn. 8.

265 *Rittstieg*, NJW 1996, 545 (551).

266 *Rittstieg*, NJW 1996, 545 (551).

267 *Wegener*, ZAR 1996, 77 (85); vgl. *Meyer-Mews*, AnwBl 1999, 317 (321). Teilweise wird auch auf die Wertung des § 121 I StPO hingewiesen, (*Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 15 Rn. 13). Welche jedoch bei der konsequenten Umsetzung des Beschleunigungsgebotes nicht überzeugen kann.

268 *Tomuschat*, NJW 1980, 1073 (1079); so wird von folgenden Autoren die Länge der Haft auch als Exzess bewertet: *Feest/Graebisch*, Ak-StvollzG, Anh § 175 StvollzG Rn. 60; *Wegener*, ZAR 1996, 77 (85); *Heldmann*, AuslG § 57 Rn. 3 f.

derung wurde die Haft auf 18 Monate verlängert, um der Praxis Rechnung zu tragen.²⁶⁹ Weshalb dies aber in der Praxis notwendig wurde, ist in der Gesetzesbegründung nicht konkretisiert. Zumindest im Jahr 2011 gab es keine Personen, die sich über 12 Monate in Haft befanden.²⁷⁰

Knösel weist daraufhin, dass seit den preußischen und reichsdeutschen Ausländerpolizeiverordnungen bis hin zu den Anfängen²⁷¹ des AuslG die Abschiebehaftdauer nicht länger als 1 Jahr währte.²⁷²

Es sind keinerlei sachliche Gründe vorhanden, die eine Verlängerung der Inhaftierung von 12 auf 18 Monaten rechtfertigen. Es wirkt vielmehr so, als dass der Gesetzgeber sich immer noch von dem zweckfremden²⁷³ Motiv der Abschreckung durch die Abschiebehaft leiten lässt.²⁷⁴

Daneben muss sich der Gesetzgeber auch die Frage gefallen lassen, wieso es länger als 12 Monate dauern soll, die erforderlichen Ausreisepapiere zu beschaffen und ein Reisegefährte zu besorgen, unabhängig wie „kooperationsbereit“ der Betroffene ist.

Demnach ist eine Anordnung über 12 Monate hinaus verfassungswidrig.

b) Haftdauer über die Drei-Monats-Frist

Zudem hat eine Untersuchung in 2005 aus der Schweiz für fünf Kantone aufgezeigt, dass umso höher die Haftdauer ist, umso (erheblich) geringer ist auch die Wahrscheinlichkeit einer „Rückführung“ (bzw. Abschiebung).²⁷⁵ So konnte der „erfolgreichste“ Kanton bei Personen, die nach dem ANAG²⁷⁶ länger als 3 Monate in Haft genommen wurden, „nur“ 45% der Inhaftierten einer Rückführung zugänglich machen.²⁷⁷ Problematisch ist, dass diese Untersuchung nicht repräsentativ ist und eine Übertragung auf das deutsche System aufgrund der unterschied-

269 BT-Drs. 11/6321, S. 76. Nach Ansicht der Bundesregierung kann es immer noch spezielle Ausnahmefallgestaltungen geben in denen eine Inhaftierungsdauer von 18 Monaten notwendig ist (BT-Drs. 18/1785, S. 5).

270 Nach: BT-Drs. 17/10597, S. 134 ff. (wobei zu beachten ist, dass Hessen und Niedersachsen unvollständige Angaben gemacht haben). Im europäischen Vergleich ist Deutschland mit einer Inhaftierungsdauer von bis zu 18 Monaten keine Ausnahme (siehe: Europäische Kommission, Matrix 2013, S. 49).

271 Ausländergesetz vom 28.4.1965 BGBl I, 353 vom 8.5.1965 (§ 16, S. 356) bis zum Ausländergesetz vom 9.7.1990 BGBl I, 1354 vom 14.7.1990 (§ 57, S. 1368).

272 Knösel, ZAR 1990, 75 (77).

273 Vgl. BGHZ 98, 109 (112).

274 Vgl. Babo, ZAR 2004, 359 (360).

275 Parlamentarische Evaluation, S. 2624 u. 2664 f.

276 Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BS 1 121 (wurde 2008 aufgehoben).

277 Parlamentarische Evaluation, S. 2664 f.

lichen Rechtsordnungen fraglich ist. Jedoch kann man diese Evaluation mangels anderer empirischer Untersuchungen als Indiz werten. Aufgrund der hohen Rechtfertigungsbedürftigkeit des Freiheitsgrundrechtes²⁷⁸ ist hier der Gesetzgeber in der Pflicht, Evaluationen vorzunehmen, um an dem jetzigen System festhalten zu können.²⁷⁹ Auch die Zivilgerichte sind, solange sie eine Inhaftierung über einen Drei-Monats-Zeitraum verlängern wollen, gehalten, nach Art. 100 I GG dem BVerfG diese Frage vorzulegen, welches nach § 26 I BVerfGG empirische Untersuchungen²⁸⁰ durchführen lassen muss.

Sollte sich herausstellen, dass sich ähnliche Ergebnisse auch in Deutschland abzeichnen, so legitimiert der Zweck der Abschiebehaft bei mehr als der Hälfte der Häftlinge keine Inhaftierung. Die Haft über der Drei-Monats-Frist hätte demnach auch wegen des Grundsatzes in dubio pro libertate²⁸¹ zu unterbleiben.²⁸²

VII. Vollzug der Abschiebehaft

Verfassungsrechtlich ergeben sich auch Anforderungen an die Regelung des Vollzugs der Abschiebehaft.

1. Vollzug in Justizvollzugsanstalten (JVAen)

Problematisch ist der einfache Verweis des § 422 IV FamFG auf das StVollzG. Dieser könnte gegen den Parlamentsvorbehalt gem. Art. 20 I, II, III GG, Art. 2 II i.V.m. Art. 104 GG verstoßen (Wesentlichkeitstheorie).²⁸³

Als der Vollzug der Abschiebehaft (in JVAen) noch in § 8 II FEVG geregelt war, wurde schon unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG²⁸⁴ darauf hingewiesen, dass diese Vorschriften dem Bestimmtheitsgrundsatz widersprechen.²⁸⁵ Bei Strafgefangenen darf es Generalklauseln nur geben, wenn diese eng begrenzt und

278 Vgl. *Schenke*, HdG, § 78 Rn. 70.

279 Vgl. BVerfGE 110, 177 (194).

280 Siehe hierzu: *Klein*, M/S-B/K/B, § 26 BVerfGG Rn. 10; *Schick*, NJW 1965, 730 (731 f.).

281 Vgl. zu diesem Grundsatz auch: *Maierhöfer*, EuGRZ 2005, 460 (462).

282 Zu beachten ist, dass dies sich auch schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus dem Europarecht ergeben könnte. Allerdings hat der EuGH bezüglich der Haftdauer der RRL bisher keine Bedenken geäußert (vgl. nur EuGH, Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13 PPU, juris Rn. 30) und gleichzeitig hat der EGMR eine allgemeine Höchstdauer der Haft abgelehnt (EGMR, Auad/Bulgarien, NJOZ 2012, 956 (960), Rn. 128).

283 Vgl. *Epping*, Grundrechte Rn. 404.

284 BVerfGE 33, 1 ff.

285 *Wegener*, ZAR 1996, 77 (78 f.).

unverzichtbar sind.²⁸⁶ Es muss sich um „fest umrissene Eingriffstatbestände“ handeln.²⁸⁷ Im Rahmen der Sicherungsverwahrung war das BVerfG zudem der Ansicht, dass qualitative Anforderungen, sowohl an die personelle, als auch an die sachliche Ausstattung durch das normative Gesamtkonzept konkretisiert werden müssen, wobei der Exekutive keinerlei wesentlichen Gestaltungsspielräume überlassen werden dürfen.²⁸⁸ Es widerspricht der besonderen Bedeutung des Freiheitsgrundrechtes, wenn ein normatives Regelungsdefizit vorliegt, durch welches die Anforderungen an die Ausgestaltung strukturell nicht ausdifferenziert werden.²⁸⁹ Hier ist zu beachten, dass der Verweis des § 422 IV FamFG unter einem doppelten Vorbehalt steht.²⁹⁰ Nach § 422 IV FamFG ist § 171 StVollzG entsprechend anwendbar und nach § 171 StVollzG sind weitere Vorschriften des StVollzG entsprechend anwendbar.²⁹¹ Daher ist Feest/Graebisch zuzustimmen, dass es hierbei an jeglicher Konkretisierung, vor allem aber bezüglich der Besonderheiten der Abschiebehaft, fehlt.²⁹² Demnach widersprechen die Anforderungen dem Parlamentsvorbehalt gem. Art. 20 I, II, III GG und Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 GG.

2. Ländervollzug in spezielle Hafteinrichtungen

a) Innenverwaltung durch eine Richtlinie

Zu betrachten ist auch die Rechtslage in Bundesländern wie Schleswig-Holstein. In Schleswig-Holstein gibt es nur eine Richtlinie für die Durchführung der Abschiebehaft, obwohl die Häftlinge in einer eigenen Abschiebehaftanstalt untergebracht werden.²⁹³

Einer Ansicht nach sei die Freiheitsentziehung zwar zulässig, soweit die Länder nicht in JVAen vollziehen und keine eigenen Vollzugsregelungen getroffen haben, Beschränkungen (z.B. in Form einer Postkontrolle) darüber hinaus aber nicht.²⁹⁴

286 BVerfGE 33, 1 (11).

287 BVerfGE 33, 1 (13).

288 BVerfG, NJW 2011, 1931 (1940), Rn. 121.

289 BVerfG, NJW 2011, 1931 (1941), Rn. 128.

290 Vgl. Winter, Vollzug der Zivilhaft, S. 18 u. 41.

291 Siehe auch: Winter, Vollzug der Zivilhaft, S. 18 u. 41 f.

292 Feest/Graebisch, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 63 (wobei Feest/Graebisch den Verfassungsverstoß explizit auf die Menschenwürde (Art. 1 I GG) und das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 II GG) stützen); vgl. Jehle, StVollzG B. u. L., § 175 Rn. 6; ausführlich zu den Besonderheiten der Abschiebehaft: Kühn, Abschiebungshaft, S. 154 f.

293 BT-Drs. 17/10597, S. 10.

294 Wendtland, MK, § 422 FamFG Rn. 9.

Bei einer Abschiebehaftanstalt handelt es sich allerdings um eine Einrichtung der Innenverwaltung und nicht um eine JVA,²⁹⁵ weswegen nicht auf § 422 IV FamFG zurückgegriffen werden kann.²⁹⁶ Bei Richtlinien handelt es sich zudem nur um Verwaltungsvorschriften.²⁹⁷ Verwaltungsvorschriften genügen jedoch nicht dem Vorbehalt des Gesetzes.²⁹⁸

Selbst wenn der Vollzug in speziellen Hafteinrichtungen als Minus-Maßnahme²⁹⁹ betrachtet wird, ist nach der hier vertretenen Auffassung der Vollzug in JVAen verfassungswidrig. Deswegen muss dies auch für die Minus-Maßnahme gelten, die auf der gleichen Rechtsgrundlage wurzelt.

Demnach ist der Vollzug der Abschiebehaft ohne eigenständiges Vollzugsgesetz nicht außerhalb von einer JVA möglich.³⁰⁰

Somit ist der Vollzug der Abschiebehaft in Bundesländern (wie in Schleswig-Holstein) die nur über eine Richtlinie verfügen, verfassungswidrig gem. Art. 20 I, II, III GG und Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 GG.³⁰¹

b) Lediglicher Verweis

Auch diejenigen Bundesländer³⁰², die wie der Bundesgesetzgeber in § 422 IV FamFG lediglich auf das StVollzG verweisen, genügen nach der hier vertretenen Ansicht nicht dem Parlamentsvorbehalt (gem. Art. 20 I, II, III GG und Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 GG) und sind verfassungswidrig.³⁰³

295 *Schuler/Laubenthal*, StVollzG B. u. L., § 109 StVollzG Rn. 2.

296 So auch: *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 63.

297 *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 63.

298 *Winter*, Vollzug der Zivilhaft, S. 17; *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 16 Rn. 19; vgl. BVerfG, InfAuslR 2011 358 (360); *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 151.

299 Vgl. *Winkelmann*, Renner/Bergmann/Dienelt, § 62 AufenthG Rn. 153 (zu Minus-Maßnahmen).

300 Siehe auch: *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 150.

301 Siehe auch: *Kühn*, Abschiebungshaft, S. 151.

302 Wie das Saarland: Gesetz über den Vollzug von Abschiebungshaft außerhalb von Justizvollzugsanstalten (AbschhJVZG) vom 23. Juni 1994, Amtsblatt 1994, S. 1214.

303 So auch: *Feest/Graebisch*, AK-StVollzG, Anh § 175 StVollzG Rn. 63; vgl. *Lesting*, Marschner/Lesting, § 422 FamFG Rn. 9, S. 450.

3. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht ist lediglich in Berlin³⁰⁴, Brandenburg³⁰⁵ und Bremen³⁰⁶, welche über *eigenständige* Landesvollzugsgesetze (bezüglich der Abschiebehafte) verfügen,³⁰⁷ der Vollzug der Abschiebehafte nicht verfassungswidrig.³⁰⁸

VIII. Ergebnis

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ergeben sich vor allem Bedenken bezüglich des Vollzugs in den Ländern und der maximalen Haftdauer. Zudem wird bei der Prüfungskompetenz über die Abschiebung zum einen nicht nur die Wertungen der Verfassung, sondern auch der Gesetzeswortlaut ignoriert, weswegen man nicht stringenter Ergebniskorrekturen bedarf. Jedoch zeigt sich durch die neuere Rechtsprechung des BGH, dass sich hier wohl langfristig eine Wandlung vollziehen wird.

304 Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam (AbschbGG) im Land Berlin vom 12. Oktober 1995 (GVBl. S. 657).

305 Gesetz über den Vollzug der Abschiebungshaft (AbschhVG) im Land Brandenburg vom 19. März 1996 (GVBl. I/96, [Nr. 08], S. 98).

306 Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam (AbschGewG) im Land Bremen vom 4. Dezember 2001 Brem.GBl. S. 405.

307 Vgl. *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 16 Rn. 2.

308 So auch: *Krüger/Ostendorf*, Ostendorf, § 16 Rn. 20.

D. Endergebnis und Fazit

Der Gesetzgeber genügt zwar weitestgehend den europäischen Anforderungen, bleibt allerdings bei der Durchführung der Abschiebehaft hinter den verfassungsrechtlichen Vorgaben zurück. Auch der BGH wäre gehalten, bei der Anordnung der Abschiebehaft seine Rechtswertungen teilweise zu überdenken. Der Vollzug der Abschiebehaft ist in fast keinem Bundesland verfassungsgemäß und bedarf nicht zuletzt auch durch die Rspr. des EuGH einer Überarbeitung, um zudem auch dem verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt zu entsprechen.

Letztlich zeigt sich auch eine gewisse Gleichgültigkeit des Gesetzgebers nicht nur bei der Schaffung eines Vollzugsgesetzes, sondern auch bei der Durchführung von empirischen Untersuchungen in Bezug auf die Abschiebehaft. Verlässliche Zahlen über den Erfolg einer Abschiebung nach einer Abschiebehaft oder auch die Häufigkeit von Entlassungen aus der Abschiebehaft wegen deren Rechtswidrigkeit wurden bisher nicht ermittelt.

Auffallend ist daneben, dass die Abschiebehaft in ihrer Existenz als Notwendigkeit angesehen wird. Letztlich bleibt hier auf einen Paradigmenwechsel zu hoffen. Betrachtet man die Abschiebehaft nämlich unter ihrer souveränitätssichernden Funktion,³⁰⁹ und muss dabei jährlich nur eine marginale Anzahl (4812³¹⁰ im Jahr 2013) von Menschen inhaftiert werden, erschließt sich deren Angemessenheit nicht.

Betrachtet man die aktuellen Zahlen über die Inhaftierungen in die Abschiebehaft, so fällt auf, dass diese stark abgenommen haben.³¹¹ Man kann zwar als einen Grund anführen, dass es sowieso durch das Europarecht (bzw. durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des nationalen Rechts) erschwert worden ist, den Aufenthalt von Personen zu beenden.³¹² Allerdings bleibt der Eindruck, dass die zah-

309 Vgl. *Babo*, ZAR 2004, 359 (362).

310 Nationale Stelle zur Verhütung von Folter, Bt-Drs. 18/1178, S. 14; im Jahr 2012: 5748 Menschen (BT-Drs. 18/1178, S. 14); im Jahr 2011: 6466 Menschen (BT-Drs. 17/10597, S. 92) [nach BT-Drs. 18/1178, S. 14 waren es 2011: 6781 Menschen]; im Jahr 2010: 7495 Menschen (BT-Drs. 17/10597, S. 91); im Jahr 2009: bis zu 8366 Menschen (BT-Drs. 17/10597, S. 91); im Jahr 2008: bis zu 8805 Menschen (BT-Drs. 17/10597, S. 90).

311 Siehe o. Fn. 311.

312 Vgl. Beauftragte, 9. Lagebericht, S. 244.

lenmäßige Abnahme der Personen in Abschiebehaft überwiegend damit zusammenhängt, dass die Ausländerbehörden durch die Gerichte stärker „kontrolliert“ werden, bzw. dass durch den BGH der Abschiebehaftthematik ein höherer Fokus zugesprochen wurde,³¹³ weswegen angefangen wurde, die rechtlichen Bedingungen zur Anordnung der Abschiebehaft einzuhalten.³¹⁴

313 *Beichel-Benedetti*, Festschrift für Brinkmann, S. 51 ff.

314 Dies zeigt sich auch daran, dass obwohl im Jahr 2013 die Zahl der Abschiebungen im Vergleich zum Vorjahr geringfügig gestiegen sind (siehe Statistik der Bundespolizei in: BMI, Migration, S. 160), die Zahl der Anordnungen der Abschiebehaft gesunken ist (BT-Drs. 18/1178, S. 14). Der Rückgang von Inhaftierungen ist auch ein EU-weites Phänomen (Europäische Kommission, COM(2014) 199 final, S. 3).

Literaturverzeichnis

- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich Asyl, Grenzen und Migration, Belgien, 2014, (zit.: Agentur, Handbuch)
- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Inhaftnahme von Drittstaatsangehörigen in Rückführungsverfahren, Luxemburg, 2010 (zit.: Agentur, Inhaftnahme)
- Allenberg, Nele/Küblbeck, Eva, Rückführungsmonitoring, ZAR 2011, 304
- Arnould, Andreas von/Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Freiheitsrechte, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg (u.a.), 2009 (zit.: *Bearbeiter*, HStR)
- Babo, Markus, Abschiebungshaft – Eine Herausforderung für den Rechtsstaat, ZAR 2004, 359
- Babo, Markus, Abschiebungshaft und rechtsstaatliche Verantwortung in der Migrationspolitik, in: Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.), Baden-Baden, 2007, S. 295 (zit.: *Bearbeiter*, Perspektivwechsel)
- Bahrenfuss, Dirk, FamFG, Berlin, 2009 (zit.: *Bearbeiter*, Bahrenfuss)
- Basse, Sebastian/Burbaum, Ann-Marie/Richard, Corinna, Das „zweite Richtlinienumsetzungsgesetz“ im Überblick, ZAR 2011, 361
- Bauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 9. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Berlin, Juni 2012 (zit.: Beauftragte, 9. Lagebericht)
- Beichel-Benedetti, Stephan, Die Entdeckung der Rechtsstaatlichkeit im Recht der Abschiebungshaft, in: Den Fremden akzeptieren, Klaus Barwig und Rainer Dobbelsstein (Hrsg.), Baden-Baden, 2012, S. 49 (zit.: *Beichel-Benedetti*, Den Fremden akzeptieren)
- Beichel-Benedetti, Stephan, Weshalb die Abschiebungshaft zu den Verwaltungsgerichten gehört, in: Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.), Baden-Baden, 2007, S. 310 (zit.: *Bearbeiter*, Perspektivwechsel)
- Beichel-Benedetti, Stephan/Gutmann, Rolf, Die Abschiebungshaft in der gerichtlichen Praxis, NJW 2004, 3015
- Bertin, Francesca/Fontanari, Elena/Gennari, Lucia, At the limen, Dezember 2013, <http://www.statewatch.org/news/2014/feb/at-the-limen.pdf>, abgerufen am: 22.11.2014 (zit. At the limen)
- Bundesministerium des Inneren, Migration und Integration – Aufenthaltsrecht, Migrations- und Integrationspolitik in Deutschland, Stand Juli 2014, S. 160, http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2014/migration_und_integration.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am: 20.11.2014 (zit.: BMI, Migration)
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München, 2011 (zit.: *Bearbeiter*, Callies/Ruffert)

- Cerda, Boris Franßende la*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungs politik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie – Teil 1, ZAR 2008, 377
- Cornelisse, Galina*, Detention of Foreigners, in: The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Elspeth Guild and Paul Minderhoud (Hrsg.), Leiden u.a., 2012, S. 207–225 (zit.: *Cornelisse*, Detention)
- Cremer, Hendrik*, Abschiebungshaft und Menschenrechte, Tübingen, 2011
- Deichmann, Marco*, Anspruch auf anwaltlichen Beistand im Abschiebungshaftverfahren, MDR 1997, 16
- Dienelt, Klaus*, Onlinekommentierung Aufenthaltsgesetz, Migrationsrecht.net, Stand: 18.6.2011 (zit.: *Bearbeiter*, OK-MNet-AufenthG)
- Drews, Ulrich*, Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Sicherungshaft nach dem Aufenthaltsgesetz, NVwZ 2013, 256
- Epping*, Grundrechte, Berlin, 5. Aufl., Heidelberg, 2012
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Ambts, Friedrich*, Strafrechtliche Nebengesetze, 195. Ergänzungslieferung, München, 2013 (zit.: *Bearbeiter*, Erbs/Kohlhaas)
- Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament zur Rückkehrpolitik der EU vom 28.3.2014, COM(2014) 199 final (zit.: Europäische Kommission)
- Europäische Kommission, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC), Europäische Union, 2013, (zit.: Europäische Kommission, Matrix)
- Fahlbusch, Peter*, Was bleibt vom Freiheitsgrundrecht in der Abschiebungshaft?, AnwBl 2011, 203
- Feest, Johannes/Lesting, Wolfgang*, StVollzG, Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 6. Aufl., Köln, 2012 (zit.: *Bearbeiter*, AK-StVollzG)
- Follmar-Otto, Petra*, Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drs. 17/5470) im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses am 27.6.2011, BT-Drs. 17(4)282 C
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen*, Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, 73. Ergänzungslieferung, Neuwied (u.a.), Januar 2014 (zit.: *Bearbeiter*, GK-AufenthG)
- Görisch, Christoph*, Kirchenasyl und staatliches Recht, Berlin, 2000 (zit.: *Görisch*, Kirchenasyl)
- Grimm, Simone*, Die Rückführung von Flüchtlingen in Deutschland, Berlin, 2007 (zit.: *Grimm*, Rückführung)
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo/Meljnik, Konstantin*, EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen, 2006 (zit.: *Bearbeiter*, Konkordanzkommentar)
- Gusy, Christoph*, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, 457
- Habbe, Heiko*, Abschiebungshaft und Wiedereinreisesperre nach Umsetzung der EU-Rückführungsrichtlinie, in: Solidarität, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012, Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.), Baden-Baden, 2013, S. 374 (zit.: *Bearbeiter*, Solidarität)
- Habbe, Heiko*, Bundesrepublik verfehlt europäische Vorgaben zur Abschiebungshaft, ZAR 2011, 286
- Hailbronner, Kay*, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2014 (zit.: *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht)
- Hailbronner, Kay*, Ausländerrecht, 84. Ergänzungslieferung, Heidelberg (u.a.), Februar 2014, (zit.: *Hailbronner*, AuslR)
- Haußleiter, Martin*, FamFG, München, 2011 (zit.: *Bearbeiter*, Haußleiter)

- Heinhold, Hubert*, Abschiebungshaft in Deutschland, Karlsruhe, 2004, (zit.: *Heinhold*, Abschiebungshaft)
- Heinhold, Hubert*, Aktuelle Rechtsprechung zur Abschiebungshaft, ZAR 2004, 185
- Heldmann, Hans*, Ausländergesetz Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt, 1993 (zit.: *Heldmann*, AuslG)
- Hofmann, Rainer/Hoffmann, Holger*, Ausländerrecht, Baden-Baden, 2008 (zit.: *Bearbeiter*, HK-AuslR)
- Holzer, Johannes*, FamFG Kommentar, Köln, 2011 (zit.: *Bearbeiter*, Holzer)
- Hörich, Carsten*, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281
- Huber, Bertold*, Aufenthaltsgesetz, München, 2010 (zit.: *Bearbeiter*, Huber)
- Huber, Bertold*, Das 2. Richtlinienumsetzungsgesetz und weitere Änderungen im Ausländerrecht, NVwZ 2012, 385
- Huber, Bertold*, Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeiterlaubnisrechts im Jahre 1979, NJW 1980, 1977
- Keidel, Theodor/Engelhardt, Helmut/Sterntal, Werner*, FamFG, 18. Aufl., München, 2014 (zit.: *Bearbeiter*, Keidel)
- Keßler, Stefan*, Auswirkungen der EU-Rückführungsrichtlinie auf die Abschiebungshaft in Deutschland, InfAuslR 2008, 450
- Kluth, Winfried*, Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung Aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drs.17/5470) im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses am 27.6.2011, BT-Drs. 17(4)282 A
- Kluth, Winfried/Heusch, Andreas*, Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, Edition: 3, München, Stand: 1.9.2013, (zit.: *Bearbeiter*, BeckOK)
- Kluth, Winfried/Hund, Michael/Maaßen, Hans-Georg*, Zuwanderungsrecht, Baden-Baden, 2008 (zit.: *Bearbeiter*, Zuwanderungsrecht)
- Knösel, Peter*, Die Abschiebung im Lichte des Verfassungsrechts, ZAR 1990, 75
- Kränz, Joachim*, Prozessuale Probleme des Abschiebungshaftverfahrens, NVwZ 1986, 22
- Kühn, Julia*, Abschiebungsanordnung und Abschiebungshaft, Berlin, 2009 (zit.: *Kühn*, Abschiebungshaft)
- Lisken, Hans*, Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung, NJW 1982, 1268
- Lutz, Fabian*, The Negotiations on the Return Directive, Nijmegen, 2010 (zit.: *Lutz*, Negotiations)
- Maierhöfer, Christian*, „... dem man nichts beweisen kann“: Terrorismus, präventive Freiheitsentzug und die Rolle des Völkerrechts, EuGRZ 2005, 460
- Marschner, Rolf/Lesting, Wolfgang*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Auflage, München, 2010 (zit.: *Bearbeiter*, Marschner/Lesting)
- Marx, Reinhard*, Personen mit besonderem Schutzbedarf im Verfahren der Rückkehrentscheidung, ZAR 2011, 292
- Marx, Rheinhard*, Abschiebungshaft und Abschiebung aus rechtlicher Sicht, in: Petra Follmar-Otto/Heiner Bielefeldt/Petra Schäfer (Hrsg.), Prävention von Folter und Misshandlung in Deutschland, Baden-Baden, 2007, S. 259 (zit.: *Marx*, Prävention)
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert*, Kommentar Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 41. Ergänzungslieferung, München, 2013, (zit.: *Bearbeiter*, M/S-B/K/B)
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen*, Handbuch der Grundrechte, Heidelberg, 2011 (zit.: *Bearbeiter*, HdG)
- Meyer-Mews, Hans*, Das Festnahmerecht – Ein Überblick, JA 2006, 206

- Meyer-Mews, Hans*, Mandate in Abschiebungshaft, AnwBl 1999, 317
- Müller, Markus*, Die Anordnung von Abschiebungshaft bei Kirchenasyl, ZAR 1996, 170
- Nationale Stelle zur Verhütung von Folter, Unterrichtung durch die Nationale Stelle zur Verhütung von Folter Jahresbericht 2013 der Bundesstelle und der Länderkommission vom 8.4.2014, Bt-Drs. 18/1178 (zit.: Nationale Stelle zur Verhütung von Folter, Bt-Drs. 18/1178)
- Neundorff, Kathleen*, „Kirchenasyl“ – Verfassungsrechtliche Aspekte und ausgewählte administrative Handlungsmöglichkeiten – Teil 2, ZAR 2011, 389
- Nielsen, Henrik*, Stellungnahme der europäischen Kommission des Referates Grenzverwaltung und Rückführungspolitik vom 11.5.2011, <http://www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de/images/pdf/kom%20an%20jrs%20zu%20art%2016%20i%20r%20FCckfrl.pdf>, abgerufen am: 13.3.2014 (zit.: *Nielsen*, Stellungnahme)
- Noltze, Karl/Erneke, Holger*, Die Erforderlichkeit der Abschiebungshaft – Darstellung der Kritik der aktuellen Rechtsprechung aus praktischer Sicht, NVwZ 1986, 24
- Ostendorf, Heribert*, Untersuchungshaft und Abschiebehaft, Baden-Baden, 2012 (zit.: *Bearbeiter*, Ostendorf)
- Panzer, Nicolai*, Die richterlichen Aufklärungs- und Begründungspflichten, ZAR 2008, 369
- Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Evaluation der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Schlussbericht vom 15. März 2005, <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazete/2006/2603.pdf>, abgerufen am: 14.2.2014 (zit.: Parlamentarische Evaluation)
- Piorreck, Karl*, Abschiebungshaft – Rechtsstaat ade?, DRiZ 1994, 157
- Prütting, Hanns/Helms, Tobias*, FamFG Kommentar, 3. Aufl., Köln, 2014 (zit.: *Bearbeiter*, Prütting/Helms)
- Rassow, Walter*, Probleme des Abschiebungshaftverfahrens unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, BayVBl 1980, 161
- Rauscher, Thomas*, Münchner Kommentar zum FamFG, 2. Aufl., München, 2013 (zit.: *Bearbeiter*, MK)
- Renner, Günther/Bergmann, Jan /Dienelt, Klaus*, 10. Aufl., München, 2013 (zit.: *Bearbeiter*, Renner/Bergmann/Dienelt)
- Rittsteg, Helmut*, Beendigung des Aufenthaltes im Rechtsstaat, NJW 1996, 545
- Schick, Walter*, Die Sachaufklärungspflicht des nach Art. 100 I 1 GG vorliegenden Gerichts, NJW 1965, 730
- Schieffer, Martin*, Ch. V. Directive 2008/115/EC of 16 December 2008, in: EU Immigration and Asylum Law, Commentary on EU Regulations and Directives, Kay Hailbronner (Hrsg.), München, 2010, S. 1489, (zit.: *Schieffer*, Directive 2008/115/EC)
- Schwind, Hans-Dieter/Böhm, Alexander/Jehle, Jörg-Martin/Labenthal, Klaus*, Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder, 6. Auflage, Berlin u.a., 2013 (zit.: *Bearbeiter*, StVollzG B. u. L.)
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*, Freiheitsentziehungssachen gem. §§ 415ff. FamFG, NVwZ 2014, 110
- Schulte-Bunert, Kai/Weinreich, Gerd*, FamFG Kommentar, Köln, 2010 (zit.: *Bearbeiter*, Schulte-Bunert/Weinreich)
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan*, Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2010 (zit.: *Bearbeiter*, Schulze/Zuleeg/Kadelbach)
- Selders, Beate*, Haft ohne Straftat – eine Einführung, in: Flüchtlingsrat Brandenburg/Flüchtlingsrat Schleswig-Holstein/Humanistische Union (Hrsg.), Haft ohne Straftat, Berlin, 2013, S. 15 (zit.: *Bearbeiter*, Haft ohne Straftat)
- Stahmann, Rolf*, Dublin III: Überstellungshaft derzeit nicht zulässig, ANA-ZAR 2014, 1

- Stratmann, Ullrich*, Des Haftrichters „Reduzierung auf null“ in der Rechtsprechung zur Abschiebehaft nach § 16 Absatz 2 Satz 1 AuslG, MDR 1979, 184
- Thym, Daniel*, Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung Aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drs.17/5470) im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses am 27.6.2011, BT-Drs. 17(4)282 F
- Tomuschat, Christian*, Zur Reform des Ausländerrechts, NJW 1980, 1073
- Wegener, Jörg*, Die Abschiebungshaft auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, ZAR 1996, 77
- Weiss, Karin*, Abschiebungs- und Zurückweisungshaft unter humanitären Gesichtspunkten oder die Quadratur des Kreises, in: Solidarität, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012, Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (Hrsg.), Baden-Baden, 2013, S. 388 (zit.: *Bearbeiter*, Solidarität)
- Welte, Hans-Peter*, Die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG und der Familienschutz, InfAuslR 2012, 410
- Winkelmann, Holger*, Überstellungshaft im Dublinverfahren in Deutschland weitestgehend rechtswidrig, <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-rechtsprechung/ueberstellungshaft-im-dublinverfahren-in-deutschland-weitgehend-rechtswidrig.html>, abgerufen am: 22.11.2014 (zit.: *Winkelmann*, Überstellungshaft)
- Winter, Manfred*, Vollzug der Zivilhaft, Heidelberg, 1987
- Zeitler, Stefan*, Probleme im Zusammenhang mit der Beantragung von Abschiebungshaft, NVwZ 1997, 628

Gebraucht werden die üblichen Abkürzungen,
vgl. *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
6. Auflage, Berlin, 2008

In Deutschland ist die Anordnung und Durchführung der Abschiebehaft möglich. Obwohl die Zahlen über die Anordnung der Abschiebehaft seit Jahren rückläufig sind, wird diese präventive Form der Inhaftierung vor allem wegen ihrer starken Eingriffsintensität sowohl im nationalen als auch im internationalen Kontext kontrovers diskutiert. Bereits seit 2010 stellt das Recht der Europäischen Union durch die Rückführungsrichtlinie weitgehende Anforderungen an die Abschiebehaft. In dieser Arbeit wird systematisch untersucht, ob der nationale Gesetzgeber die Vorgaben der Rückführungsrichtlinie im Aufenthalt und dem FamFG umgesetzt hat. Dabei wird auch auf die aktuelle Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen und gezeigt, in welchem Umfang weiterer Handlungsbedarf zur innerstaatlichen Umsetzung besteht. Die nationale Anwendung der Abschiebehaft wird in eu-

roparechtlicher Hinsicht jedoch nicht nur durch die Rückführungsrichtlinie beeinflusst, sondern auch durch Anforderungen aus der EMRK. Die Vorgaben der EMRK werden daher anhand der relevanten Urteile des EGMR erläutert. Ein Hauptaugenmerk besteht zudem auf den Anforderungen des Grundgesetzes, die anhand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung dargestellt werden. Aufgezeigt wird dabei auch, dass der BGH dogmatisch nicht immer stringent argumentiert. Dies wird unter anderem anhand der Rechtsprechung zur Prüfungskompetenz des Haftrichters und der Beiordnungspflicht eines Anwaltes deutlich. Darüber hinaus wird erläutert, warum die aktuelle Haftdauer bedenklich ist und besonders hier die Rechtswertungen überdacht werden sollten. Zudem wird gezeigt, dass der Vollzug der Abschiebehaft in den meisten Bundesländern verfassungswidrig ist.

