

Rechtsanwalt
Dr. Reinhard Marx
- Fachanwalt für Migrationsrecht -

RA Dr. Reinhard Marx - Mainzer Landstr. 127a – 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 127a
(Eingang Rudolfstraße)
60327 Frankfurt am Main

Mo.-Fr.: 9.00 - 12.00

Mo., Di., Do.: 14.00 - 16.30

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: sekretariat@ramarx.de

Internet: <http://www.ramarx.de>

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der
Landesregierung über den
Vollzug der Abschiebungshaft in Schleswig-Holstein
vom 14. September 2018 (Drs. 19/939)**

19.11.18

A. Vorbemerkung

Zunächst ist zu begrüßen, dass ein Bundesland, in dem die Zahl ausreisepflichtiger Drittstaatsangehöriger im Vergleich zu den großflächigen Bundesländern signifikant geringer ist, ein Landesgesetz zum Vollzug der Abschiebungshaft einzuführen gedenkt. Damit kann den Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union sowie des Bundesgerichtshofes zum Vollzug der Abschiebungshaft in angemessener Weise Rechnung getragen werden.

Beim Vollzug der Abschiebungshaft ist stets zu bedenken, dass die betroffenen Personen nicht wegen einer verübten Straftat, sondern zwecks *effizienten Verwaltungsvollzugs* inhaftiert werden. Bereits diese Ratio der Abschiebungshaft gibt Anlass zu größtmöglicher Sorgfaltspflicht nicht nur bei Haftanträgen und der richterlichen Entscheidung über diese, sondern auch bei der Schaffung gesetzlicher Regelungen. Für die Verwaltung bedeutet dies, im Zweifel die Haft nicht zu beantragen und aus rechtsstaatlichen Gründen und Gründen der Verhältnismäßigkeit von der Haft abzusehen. Die Haftgründe des § 62 Abs. 3 in Verb. mit § 2 Abs. 14 und 15 AufenthG beruhen sämtlich auf der Annahme, dass der Betroffene sich der Ausreise durch Flucht

entziehen will. Es handelt sich hierbei nicht um eine Straftat, sondern erschwert das Handeln der zuständigen Behörden. Dementsprechend erfordert die Rechtsprechung die getrennte Unterbringung von denjenigen, gegen die Abschiebungshaft angeordnet wurde, von Strafgefangenen. Dieses Trennungsprinzip soll bereits nach außen zum Ausdruck bringen, dass von der Abschiebungshaft Betroffene keine Strafgefangene sind. Die Abschiebungshaft hat aber ungeachtet dessen gleichwohl eine *diskriminierende Wirkung*, wie das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat.¹ Denn sie ist geeignet, das Ansehen der Betroffenen in der Bevölkerung herabzusetzen.

Der Gesetzentwurf behandelt den Vollzug einer richterlich angeordneten Abschiebungshaft, also regelmäßig der Sicherungshaft nach § 62 Abs. 1 AufenthG. Die dem Vollzug vorangehende Verfahrensphase regelt der Entwurf damit nicht. Angesichts der in der vorangestellten Beschreibung der Probleme ist aber auch diese Phase in den Blick zu nehmen. In dieser Beschreibung wird festgestellt, dass angesichts der steigenden Zahl ausreisepflichtiger Drittstaatsangehöriger der Abschiebungshaft zunehmende Bedeutung zukomme. Unter anderen wird darauf hingewiesen, dass Personen, bei denen Heimreisedokumente zu beschaffen oder zu verlängern seien oder bei denen sich die Organisation der Abschiebung aufwändiger gestalte, das in § 62b AufenthG vorgesehene Zeitfenster nicht ausreiche. Diese Beschreibung mag zutreffen, wenn es um den Vollzug einer richterlich angeordneten Sicherungshaft (§ 62 Abs 1 AufenthG) geht. Der Richter wird jedoch nur auf Antrag der Vollstreckungsbehörde, zumeist der Ausländerbehörde (§ 71 Abs. 1 AufenthG), also einer der Landesverwaltung unterstehenden Behörde tätig werden. Haft darf nach § 417 FamFG nur auf Antrag der zuständigen Verwaltungsbehörde, also der Ausländerbehörde angeordnet werden.

Das Vorliegen eines zulässigen Antrags ist *Verfahrensvoraussetzung* und in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen.² § 417 FamFG ist den Formvorschriften zuzuordnen, deren Berücksichtigung durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zum Verfassungsgebot erhoben worden und so auszulegen ist, dass sie einer der Bedeutung des Grundrechts der Freiheit

¹ BVerfG (Kammer, InfAusR 2002132 (136 f.).

der Person angemessene Wirkung entfalten kann. Die erforderliche Dauer der Haft darf nicht mit allgemeinen, formelhaften Maßnahmen begründet werden, sondern bedarf konkreter, auf den Einzelfall bezogener Ausführungen.³ Im Antrag sind nach § 417 Abs. 2 FamFG Angaben zur Identität des Betroffenen, zu dessen gewöhnlichem Aufenthaltsort, zur Erforderlichkeit der Freiheitsentziehung, erforderlichen Haftdauer sowie Ausreisepflicht und Durchführbarkeit der Abschiebung, Zurückschiebung oder Zurückweisung und der Androhung der Abschiebung – falls diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist – zu machen.⁴ Ferner ist die Darlegung von Tatsachen zur Durchführbarkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen innerhalb der beantragten Haftdauer gefordert.⁵ Die Haftanordnung darf nicht ergehen, wenn über eine beantragte Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots noch nicht entschieden wurde.⁶ Im Blick auf die Durchführbarkeit der Abschiebung ist der Zielstaat zu bezeichnen und anzugeben, ob und innerhalb welchen Zeitraums Abschiebungen in diesen Staat üblicherweise möglich sind. Erforderlich sind konkrete Angaben zum Ablauf des Verfahrens und eine Darstellung, in welchem Zeitraum die einzelnen Schritte unter normalen Bedingungen durchlaufen werden. Mangelt es daran, darf die beantragte Haft nicht angeordnet werden.⁷

Darüber hinaus darf die Haft nur angeordnet werden, wenn die Abschiebung innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann, es sei denn, der Betroffene habe die Verzögerung zu vertreten (§ 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG; hierzu weiter unten). Dies kann bei den bekannten erheblichen Problemen, Heimreisedokumente zu beschaffen, nicht von vornherein und automatisch unterstellt werden, sodass im Regelfall die geforderte zeitliche Prognoseentscheidung zugunsten der Betroffenen ausfallen muss.

² BGH, NVwZ 2010, 919 (920) = InfAuslR 2010, 380; BGH, NVwZ 2010, 919 (920) = InfAuslR 2010, 1508 (1509); BGH, AuAS 2013, 20; BGH, InfAuslR 2014, 384 (386) Rn 15; *Hoppe*, ZAR 2009, 210; *Drews/Fritsche*, NVwZ 2011, 527 (528).

³ LG Paderborn, AuAS 2017, 161 (162).

⁴ BGH, NVwZ 2010, 919 (920) = InfAuslR 2010, 380; BGH, NVwZ 2010, 1508 (1509); BGH, InfAuslR 2013, 349 (350); BGH, AuAS 2013, 20; BGH, NVwZ 2017, 1231 Rn 6 = InfAuslR 2017, 287; BVerwG, NVwZ 2015, 830 (832) Rn 22; s. hierzu auch *Drews/Fritsche*, NVwZ 2011, 527 (528 f).

⁵ LG Frankfurt a. M., InfAuslR 2014, 445 (446).

⁶ LG Ulm, InfAuslR 2014, 444 (445).

⁷ BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – V ZB 116/12; BGH, InfAuslR 2014, 384 (386) Rn 15.

Schließlich kommt die Anordnung von Sicherungshaft bei unbegleiteten Minderjährigen nur als ultima ratio im Betracht (hierzu weiter unten).

Aus diesen Überlegungen folgt, dass mit der Verabschiedung und der Inkraftsetzung des vorgesehenen Gesetzes zugleich ausführliche, eindeutige und verbindliche Anweisungen an die der Landesverwaltung für die Beantragung von Abschiebungshaft unterstehenden Behörden ergehen sollten. Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass sich die für den Vollzug einer Abschiebungshaft in Betracht kommenden Drittstaatsangehörigen nicht gegenüber der derzeitigen Praxis erhöhen dürfte.

B. Stellungnahme zu den einzelnen Regelungsgegenständen des Gesetzentwurfs

I. Aufnahme (§ 3)

§ 3 des Entwurfs setzt zwar die bereits richterlich angeordnete Abschiebungshaft voraus und beschränkt sich hinsichtlich der Mitwirkung der Ausländerbehörde auf das Erfordernis, einen Aufnahmeantrag an die zuständige Einrichtung zu stellen. Es empfiehlt sich jedoch die Einführung einer Formulierung in Absatz 1, dass die richterliche Anordnung aufgrund eines rechtlich zulässigen und den Anforderungen der Rechtsprechung genügenden Haftantrags der Ausländerbehörde richterlich angeordnet worden ist. Das Amtsgericht wird zwar den Haftantrag zurückweisen, wenn der Antrag diesen Anforderungen nicht entspricht. Gleichwohl erscheint es erforderlich, die zuständigen Behörden an prominenter Stelle des Gesetzes auf diese hinzuweisen. Die Voraussetzungen des Haftantrags sind im Familiengesetz geregelt, also in einem Gesetz, das den Ausländerbehörden nicht derart vertraut ist wie etwa das Aufenthaltsgesetz. In einem Gesetz, das den *Vollzug* der Abschiebungshaft regelt, sollten zugleich auch Hinweise auf die Erfordernisse aufgenommen werden, die bei der Beantragung der Haftanordnung zu beachten sind. Es könnte in Absatz 1 etwa ein Satz 2 eingefügt werden, der auf diese Erfordernisse hinweist.

In Absatz 2 (s. hierzu auch § 62a Abs. 2 AufenthG) empfiehlt sich die Erweiterung des Umfangs der Hinweispflicht auf Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Denn mit der

Haftanordnung ist das Verfahren nicht abgeschlossen. Es können etwa Überprüfungen zwecks Aufhebung der Haftanordnung beantragt werden und ist nach Ablauf der Haftdauer in einem Verlängerungsverfahren über deren Fortsetzung zu entscheiden. Betroffene haben in jeder Lage des Verfahrens einen Anspruch auf Vertretung durch einen Verfahrensbevollmächtigten (§ 14 Abs. 1 VwVfGSH). Daher erscheint eine entsprechende Erweiterung der Hinweispflicht erforderlich.

Der Hinweis auf „anerkannte Flüchtlingshilfeorganisationen“ ist zu begrüßen. Darüber, wer von den einzelnen Betreuungsorganisationen und Flüchtlingshilfeinitiativen als „anerkannt“ zu behandeln ist, kann es aber naturgemäß Streit geben. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen in § 6 Abs. 2 des Entwurfs ein hiervon abweichender Begriff verwendet wird. Es sollte deshalb in Zusammenarbeit mit den entsprechenden Organisationen geregelt werden, welche Organisationen im Einzelnen hierzu in Betracht kommen und die entsprechende Festlegung diesen Organisationen selbst überlassen bleiben, was voraussetzt, dass sie ein internes entsprechendes Verfahren einrichten und mit den zuständigen Behörden zusammenarbeiten.

§ 3 Abs. 2 des Entwurfs ist im Zusammenhang mit § 62a Abs. 5 AufenthG zu verstehen. Danach ist eine Unterrichtung über die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit Mitarbeitern nationaler und internationaler einschlägiger Organisationen (Art. 16 Abs. 5 RL 2008/115/EG) erforderlich. Den Abschiebungshäftlingen wird gestattet, mit Rechtsvertretern, Familienangehörigen, zuständigen Konsularbehörden und einschlägigen Hilfs- und Unterstützungsorganisationen Kontakt aufzunehmen (Art. 16 Abs. 4 RL 2008/115/RL, § 62a Abs. 2 AufenthG). Ebenso ist die Kontaktaufnahme mit UNHCR zu ermöglichen (Art. 35 GFK, Art. 16 Abs. 4 RL 2008/115/EG). Mitarbeiter nationaler und internationaler einschlägiger Organisationen dürfen die Hafteinrichtungen auch ohne den Wunsch der Gefangenen besuchen (§ 62a Abs. 4 AufenthG). Erforderlich ist daher ein Hinweis auf die Möglichkeit der Verbindungsaufnahme mit *UNHCR* und den anderen in § 62a Abs. 2 AufenthG genannten Organisationen.

II. Unterbringung (§ 4)

§ 4 regelt die getrennte Unterbringung von Frauen und Männern, nicht hingegen die getrennte Unterbringung von Abschiebungshäftlingen von Gefangenen in der Untersuchungshaft und im Vollzug der Freiheitsstrafe. Dies schreibt zwar bereits das Bundesgesetz (§ 62a Abs. 1 AufenthG) vor, sollte aber in einem Landesgesetz, das den Vollzug der Abschiebungshaft regelt, ausdrücklich aufgenommen werden. Denn nach Art. 16 und 17 RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Abschiebungshaft grundsätzlich in *speziellen Hafteinrichtungen* zu vollziehen. Sind diese in einem Mitgliedstaat nicht vorhanden, kann sie auch in „sonstigen Haftanstalten“ vollzogen werden (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 RL 2008/115/EG). Diese Freistellungsklausel sollte jedoch nicht in Anspruch genommen werden und wird in den Bundesländer zumeist auch nicht in Anspruch genommen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist es selbst dann unzulässig, den Betroffenen in einer gewöhnlichen Haftanstalt zusammen mit gewöhnlichen Strafgefangenen unterzubringen, wenn er hierin einwilligt. Art. 16 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie enthält eine *unbedingte Verpflichtung*, illegal aufhältige Drittstaatsangehörige von gewöhnlichen Strafgefangenen zu trennen, wenn sie nicht in speziellen Hafteinrichtungen untergebracht werden können. Das Gebot der Trennung gilt ohne Ausnahme und stellt eine *materielle Unterbringungs voraussetzung* dar.⁸ In föderalen Staaten ist die Haft grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen zu vollziehen.⁹ Deshalb darf die Ab- und Zurückschiebungshaft nur in speziellen Hafteinrichtungen vollzogen werden und ist die Unterbringung in einem besonderen Gebäude einer gewöhnlichen Haftanstalt unzulässig.¹⁰ § 62a Abs. 1 Satz 2 AufenthG überträgt daher dem *Bund* die Verantwortung für die Unterbringung, so dass föderale Besonderheiten nicht zulässig sind. Abschiebungshäftlinge sind über ihre Rechte und Pflichten und über die in der Einrichtung geltenden Regeln zu informieren (§ 62a Abs. 5 AufenthG) und müssen systematisch entsprechende Informationen erhalten.

§ 4 Abs. 3 des Entwurfs steht in Übereinstimmung mit Bundesrecht. Werden Familienangehörige inhaftiert, sind diese getrennt von den übrigen Abschiebungshäftlingen

⁸ EuGH, NVwZ 2014, 1218 Rn 18 ff = InfAusIR 2014, 348 – *Pham*; EuGH, NVwZ 2014, 1217 Rn 28 ff = InfAusIR 2014, 347 = EZAR NF 57 Nr. 35 = ZAR 2015, 35 (LS) – *Bero* und *Bouzalmate*; s. auch Vorlagebeschlüsse des BGH, NVwZ 2014, 166 = EZAR NF 57 Nr. 27 = ZAR 2013, 444 (LS); BGH, NVwZ 2014, 167 = EZAR NF 57 Nr. 28 = ZAR 2013, 444 (LS).

⁹ EuGH, NVwZ 2014, 1217 Rn 28 = InfAusIR 2014, 348 – *Bero*; *Kluth*, ZAR 2015, 285 (286).

¹⁰ BGH, InfAusIR 2014, 441 Rn 6 ff; BGH, InfAusIR 2015, 23 (24).

unterzubringen (§ 62a Abs. 1 Satz 3 AufenthG). Die Unterbringung muss ein angemessenes Maß an Privatsphäre gewährleisten (Art. 17 Abs. 2 RL 2008/115/EG; s. auch § 2 Abs. 2 des Entwurfs) und muss die Menschenwürde beachten. So läuft es Art. 3 EMRK zuwider, wenn einem Gefangenen über Wochen lang der Aufenthalt im Freien nicht gestattet wird.¹¹ Bei homosexuellen Gefangenen müssen die Behörden darauf achten, dass diese in der Haft nicht mit derselben Situation konfrontiert werden, vor der sie geflohen sind, weil die anderen Gefangenen aus Ländern kommen, in denen die religiösen und kulturellen Vorurteile gegen Homosexuelle weit verbreitet sind.¹²

Auch wenn die Betroffenen im Asylverfahren wegen ihrer sexuellen Ausrichtung, Religion oder Volkszugehörigkeit keinen Erfolg hatten, bedeutet dies in der Regel nicht, dass sie ihr Recht auf sexuelle oder religiöse Selbstbestimmung nicht ausüben. Diesen Fragen kann daher beim Vollzug der Abschiebungshaft Bedeutung zukommen und Veranlassung geben, bei der Zuweisung der Hafträume hierauf Bedacht zu nehmen. Daher sollten in § 4 des Entwurfs Regelungen aufgenommen werden, welche die Hafteinrichtung verpflichten, zu prüfen, ob religiöse oder ethnische Gründe es erforderlich machen, etwa Angehörige kurdischer Volkszugehörigkeit getrennt von arabischen oder türkischen Häftlingen oder shiitische getrennt von sunnitischen Gläubigen unterzubringen. Bei homosexuellen Gefangene sollte erhöhte Sensibilität herrschen. Denn kann wegen dieser Eigenschaft eines Gefangenen zu Übergriffen und Beleidigungen gegen ihn kommen. Hier ist nach Möglichkeit zu Beginn der Haft ein Klärungsgespräch zu führen. Wurde diese Gesichtspunkt im Asylverfahren vorgebracht, gibt die beizuziehende Bundesamtsakte Aufschluss für die Vollzugsverwaltung hinsichtlich dieser Frage.

Absatz 3 von § 4 des Entwurfs wird den Anforderungen von Bundes- und Unionsrecht nicht gerecht, weil er unvollständig den Vollzug der Abschiebungshaft bei *Familienangehörigen* regelt. Familien mit minderjährigen Kindern dürfen nur im *äußersten Fall* und nur für die *kürzestmögliche angemessene Dauer* inhaftiert werden (§ 62a Abs. 1 Satz 3 AufenthG; Art. 17 Abs. 1 RL 2008/115/EG). Ein entsprechender Hinweis ist in Absatz 3 erforderlich.

¹¹
56796/13 – *Sagal Abdi Mahmud*, zitiert nach , InfAuslR 201789 (90).

EGMR, U. v. 3. 5.2016 – Nr.

¹²
Nr. 9912/15 – *Asylmagazin* 2016, 252 – *O.M.*

EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016 –

Abs. 2 regelt nicht den Schutz des Kindeswohls bei *unbegleiteten Minderjährigen*.¹³ Diese Personengruppe findet im Gesetzentwurf überhaupt keine besondere Beachtung. Unbegleitete Minderjährige dürfen jedoch nicht inhaftiert werden. Dies folgt aus § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG, weil die Ausländerbehörden nicht innerhalb der nächsten drei Monate die Abschiebung vollziehen können. Denn für diese Personengruppe greift das gesetzliche Abschiebungshindernis des § 58 Abs. 1a AufenthG ein. An die Prüfung des Erfordernisses, dass unmittelbar an die Ankunft im Zielstaat der Abschiebung die Übernahme und Betreuung des Minderjährigen sichergestellt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht hohe Anforderungen gestellt. Die Behörde muss mit *Gewissheit* eine derartige unmittelbare Betreuungsübernahme sicherstellen. Es muss feststehen, dass die tatsächliche Übernahme („konkrete Möglichkeit der Übergabe“) stattfinden wird.¹⁴ Unbegleitete Minderjährige müssen so weit wie möglich in Einrichtungen untergebracht werden, die personell und materiell zur Berücksichtigung ihrer altersgemäßen Bedürfnisse in der Lage sind (Art. 17 Abs. 4 RL 2008/115/EG). Es ist nicht gerechtfertigt, früheren Drittstaatsangehörigen, die jetzt Unionsbürger sind, soweit gegenüber diesen die Abschiebungshaft überhaupt zulässig ist, einen geringeren Schutzstandard als Drittstaatsangehörigen zuzubilligen.¹⁵

Denn in diesen Fällen kann die Abschiebung nicht innerhalb der nächsten drei Monate vollzogen werden. Das folgt aus § 58 Abs. 1a AufenthG. Da der Entwurf diese Frage nicht regelt, ist er insoweit mit Unterlassung und nationalem Recht nicht vereinbar. Nach Art. 37 Buchst. b) Kinderrechtskonvention und Art. 17 Abs. 1 RL 2008/115/EG (§ 62 Abs. 1 Satz 3 AufenthG) dürfen freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Minderjährigen nur als *letztes Mittel in besonderen Ausnahmefällen* unter Berücksichtigung des *Kindeswohls* angeordnet werden. Mildere Mittel sind etwa die Unterbringung in einer Jugendeinrichtung, Meldeauflagen oder räumliche Beschränkungen des Aufenthaltsortes.¹⁶ Nach Rücknahme des Vorbehalts durch die Bundesrepublik am 3. Mai 2010 ist die Konvention unmittelbar

¹³ Asyl- und Flüchtlingsrecht, 6. Aufl., 2017, S. 8599 f.

S. hierzu *Marx*, Aufenthalts-,

¹⁴ =NVwZ 2013, 1489 =EZAR NF 51 Nr. 13.
¹⁵ BGH, InfAuslR 2015, 187.

BVerwGE 147, 8 (14) Rn 18

¹⁶ BGH, NVwZ 2011, 320; OLG München, InfAuslR 2005, 324; KG, InfAuslR 2005, 268; OLG Zweibrücken, AuAS 2006, 138; OLG Köln, NVwZ-Beil. 2003, 64; KG InfAuslR 2005, 268; s. auch EGMR, NVwZ 2014, 1437, zur Unterbringung unbegleiteter Minderjähriger in Abschiebungshaft in Griechenland.

anwendbar.¹⁷ Fraglich ist, ob Art. 37 Buchst. b) KRK überhaupt die Anordnung von Abschiebungshaft zulässt. Auch Unionsrecht enthält im Blick auf die Haft gegenüber Minderjährigen strikte Vorgaben. Art. 17 Abs. 1 RL 2013/33/EU bestimmt, dass Minderjährige „nur *im äußersten Fall* in Haft genommen werden“ dürfen, nachdem festgestellt worden ist, dass weniger einschneidende alternative Maßnahmen nicht wirksam angewandt werden können. Ferner wird Haft nur für den *kurzmöglichen Zeitraum* angeordnet und sind alle Anstrengungen zu unternehmen, um die Haft zu beenden und Minderjährige in geeigneten Unterkünften unterzubringen. Auch aus dem verfassungskräftigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt ein grundsätzliches Verbot der Abschiebungshaft gegenüber Minderjährigen, das nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen durchbrochen werden darf.¹⁸

Wegen ihrer besonderen Schutzwürdigkeit werden Minderjährige durch den Vollzug der Haftanordnung typischerweise erheblich betroffen und können dadurch dauerhafte psychische Schäden davontragen. Vor der Haftanordnung ist das Alter des Betroffenen zu prüfen, wenn sich aufgrund des Haftantrags die Möglichkeit aufdrängt, dass er noch minderjährig ist.¹⁹ Bei der Haftanordnung zur Sicherung der Ausreise, die ja nach der Vorbemerkung in der Entwurfsbegründung mit geregelt werden soll, ist zusätzlich zu prüfen, ob eine altersgerechte Unterbringung im Transitbereich des Flughafens oder in der sonstigen Unterkunft gesichert und der über 30 Tage hinausgehende Aufenthalt dort auch im Übrigen noch verhältnismäßig ist.²⁰

III. Gestaltung der Unterbringung (§ 5)

Im Großen und Ganzen erfüllt § 5 des Entwurfs die an eine menschenwürdige Unterbringung zu stellenden Anforderungen. Dies gilt allerdings nicht für die in Abs. 2 Satz 1 angeordnete Einschließung der Gefangenen während der Nachtruhe. Sollte damit bezweckt werden, die Nachtruhe der Gefangenen in einer Hafteinrichtung zu wahren, so gibt es auch andere,

¹⁷ Benassi, InfAuslR 2010, 283 (291); offen gelassen in BVerwGE 98, 31 (45) = InfAuslR 1995, 265 = EZAR 024 Nr. 4; BVerwGE 101, 236 (246 f) = InfAuslR 1995, 54 = EZAR 023 Nr. 9.

¹⁸ BGH, NVwZ 2011, 320; BGH, NVwZ 2015, 840; BGH, InfAuslR 2015, 238 (239) rN; KG, InfAuslR 2005, 268; OLG München, InfAuslR 2005, 324; OLG Zweibrücken, InfAuslR 2006, 376 (376 f) = AuAS 2006, 138.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 3. Februar 2011 – V ZB 12/10.

weitaus mildere Mittel, um diesen Zweck zu erreichen. Auch hier kommt dem Trennungsprinzip erhebliche Bedeutung zu. Während Strafgefangene nachts eingeschlossen werden, darf diese nicht ohne Weiteres bei Abschiebungshäftlingen in einer Hafteinrichtung angeordnet werden. Sprechen gewichtige Gründe der Sicherheit und Ordnung für eine Einschließung während der Nacht, muss dies stets eine Einzelfallmaßnahme aufgrund gewichtiger den Betroffenen belastender persönlicher Umstände bleiben, Dazu bedarf es aber keiner gesetzlichen Regelung. Vielmehr reichen hierfür die Kompetenzen der Verantwortlichen in der Hafteinrichtung aus.

IV. Religionsausübung (§ 7)

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Entwurf ausdrücklich Regelungen zur Religionsausübung enthält. Abs. 1 Satz 1 ist aber zu schwach formuliert, enthält lediglich ein Eingriffsverbot, aber keine behördliche Förderungspflicht. Dementsprechend sind die nachfolgenden Regelungen auch im Hinblick auf den hohen verfassungs-, unions- und konventionsrechtlichen Rangs der religiösen Ausübungsfreiheit (Art. 4 GG, Art. 10 GRCh, Art. 9 EMRK), Art. 9 EMRK) unzureichend. Die Religionsfreiheit ist nicht lediglich ein negatorisches Grundrecht, sondern enthält einen konkreten Förderungsauftrag an die staatlichen Behörden, bei dessen Ausübung das religiöse Neutralitätsgebot zu beachten ist.

Es sollte daher der Kontakt zu einem Seelsorger nicht nur auf Wunsch ermöglicht werden, sondern Vorkehrungen getroffen werden, dass Seelsorger der verschiedenen Konfessionen regelmäßig die Hafteinrichtung aufsuchen und dort in geeigneten Räumen auch Gottesdienste abgehalten werden können. Auch ist ein Gebetsraum einzurichten, in dem etwa muslimische Gefangene die nach ihrer Religion vorgeschrieben täglichen Gebete verrichten können. Da die ganz überwiegende der Asylsuchenden aus islamischen Herkunftsländern kommt und sich dies auch bei Personengruppe der Ausreisepflichtigen widerspiegelt, sollten insbesondere für muslimische Gefangene entsprechende Vorkehrungen getroffen werden. Dazu bedürfte es wohl der Zusammenarbeit der Hafteinrichtung mit örtlichen muslimischen Gemeinden. Im Gesetz sollte deshalb geregelt werden, dass die Hafteinrichtung eine besondere Förderungspflicht.

²⁰ BGH, InfAuslR 2013, 78 (79); BGH, NvWZ 2015, 840.

IV. Beirat (§ 21)

Zu begrüßen ist die Einrichtung eines externen Beirats. Dies folgt auch aus dem Zweiten Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die Folter. Der externe Beirat sollte mit Personen aus den unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen vergleichbar den in den Bundesländern seit 2005 bestehenden Härtefallkommissionen (§ 23a AufenthG) besetzt werden.

Marx