

**Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 16/2953**

**Der Beauftragte für Flüchtlings-,  
Asyl- und Zuwanderungsfragen  
des Landes Schleswig-Holstein  
bei dem Präsidenten des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Der Flüchtlingsbeauftragte ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

Mitglieder des Innen- und Rechtsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Landeshaus  
24105 Kiel

**Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: F 1 –  
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in: Wulf Jöhnk**

**Telefon (0431) 988-1290  
Telefax (0431) 988-1293  
fb@landtag.ltsh.de**

**5. März 2008**

**Durchführung der Abschiebungshaft  
Erlass des Innenministeriums vom 25. Februar 2008  
Schreiben des Innenministeriums vom 25. Februar 2008  
Umdruck 16/2876**

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Innenministerium hat sich in dem o. b. Schreiben an den Innen- und Rechtsausschuss mit einigen Punkten meiner Stellungnahmen zu dem Entwurf eines neuen Erlasses zur Durchführung der Abschiebungshaft auseinandergesetzt.

Um Ihnen einen vollständigen Überblick über meine Bedenken gegenüber dem neuen Erlass zu verschaffen, übermittele ich Ihnen in der Anlage meine Stellungnahmen vom 15. November 2007 und 5. Februar 2008.

Sie können daraus ersehen, dass einige grundlegende Kritikpunkte auch gegenüber der jetzt vorliegenden Endfassung des Erlasses bestehen bleiben. Darauf hat das Innenministerium in seinem Schreiben vom 25. Februar 2008 zu Recht hingewiesen.

Die Argumente, die das Innenministerium für die Zurückweisung meiner Kritik anführt, sind nicht überzeugend. Dies gilt insbesondere für das Festhalten an der Regelung unter Ziffer 1.2 des Erlasses („gesetzliche Vermutung der Vereitelungsabsicht“ – d.h. der Absicht, sich der Abschiebung zu entziehen – für die Anordnung der Abschiebungshaft nach § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und S. 3 AufenthG). Die in dem Erlass enthaltene Auslegung der genannten Gesetzesvorschrift ist nicht verfassungskonform. Das Bundesverfassungsgericht hat bis in die jüngste Zeit wiederholt entschieden, dass ein hoheitlicher Eingriff in geschützte Grundrechte nur auf der Grundlage konkreter – d. h. mit Tatsachen zu belegender – Anhaltspunkte zu rechtfertigen ist. Demgegenüber erscheint die Vorstellung, dass bei einem Eingriff ausgerechnet in das hohe Rechtsgut der persönlichen Freiheit (Abschiebungshaft als Freiheitsentzug) eine irgendwie gear-tete Vermutung ausreichend sein soll, als geradezu abenteuerlich.

Die Interpretation des Innenministeriums steht darüber hinaus nicht nur im Widerspruch zu obergerichtlichen Entscheidungen, sie widerspricht insbesondere auch den Vorgaben der EU-Kommission. In ihrem Bericht vom 6. Juni 2007 zur Bewertung des Dublin-Systems weist die Kommission unter Ziff. 2.3.1 (Seite 9) unmissverständlich darauf hin, dass für freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Flüchtlingen bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen; ein Freiheitsentzug kann u.a. nur dann in Betracht kommen, wenn „objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen“, dass der Flüchtling „mit großer Wahrscheinlichkeit untertauchen wird.“

Im Übrigen darf ich darauf hinweisen, dass das Schreiben des Innenministeriums vom 25. Februar 2008 zu der Problematik der Vereitelungsabsicht Erläuterungen enthält, die in dem Erlass nicht aufgeführt sind und demzufolge den Ausländerbehörden verborgen bleiben mit der Folge, dass es in der Praxis zu rechtsfehlerhaften Anwendungen kommen wird. Ich will das an einer Fallkonstellation deutlich machen, die in der Praxis immer wieder auftritt:

Ein Flüchtling reist unerlaubt in das Bundesgebiet ein. Aufgrund seines Asylantrags erhält er eine Aufenthaltsgestattung. Nach rechtskräftiger Ablehnung seines Asylantrags soll der Flüchtling in sein Heimatland abgeschoben werden. Auf Antrag der Ausländerbehörde wird er auf der Grundlage der genannten Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG in Abschiebungshaft genommen mit der lapidaren – in der Praxis immer wieder anzutreffen – Begründung, er sei unerlaubt eingereist und vollziehbar ausreisepflichtig. Aus dem Erlass des Innenministeriums unter Ziffer 1.2 wird für die Ausländerbehörde nicht deutlich, dass diese Vorgehensweise rechtswidrig ist, die Behörde wird sich durch den Erlass allenfalls genötigt sehen zu prüfen, ob der betroffene Flüchtling die „gesetzliche Vermutung einer Vereitelungsabsicht“ – also der Absicht, sich der Abschiebung beispielsweise dadurch zu entziehen, dass er untertaucht – widerlegt hat. Das wird sie in der Regel verneinen. (Wie sollte der Betroffene auch in der Lage sein, zur Überzeugung der Ausländerbehörde zu belegen, dass er nicht untertauchen will?). Den Ausführungen des Innenministeriums in dem Schreiben vom 25. Februar 2008 hingegen ist zu entnehmen, dass die Abschiebungshaft unter Hinweis auf § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG in dem genannten Fall nicht angeordnet werden darf. Denn: „Die unerlaubte Einreise muss ursächlich für die vollziehbare Ausreise sein“ (Seite 1 des Schreibens vom 25. Februar). Und: „Die Ursächlichkeit ... entfällt, wenn zwischenzeitlich der Aufenthalt z. B. aufgrund einer Aufenthaltsgestattung infolge eines Asylantrags rechtmäßig geworden war und erst aufgrund einer erneuten Abschiebungsandrohung eine Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht eingetreten ist“ (Seite 2 des Schreibens vom 25. Februar). Das bedeutet im Ergebnis nichts anderes, als dass in einer in der Praxis häufig auftretenden Fallkonstellation die von dem Innenministerium in seinem Erlass propagierte „gesetzliche Vermutung der Vereitelungsabsicht“ gar nicht greift, weil der Betroffene durch Stellung des Asylantrags eine (vorübergehende) Aufenthaltsgestattung erwirbt. In diesen Fällen bleibt es daher bei dem Grundsatz, dass die Vereitelungsabsicht des Betroffenen von der Ausländerbehörde nachgewiesen werden muss, jedenfalls zumindest die in dem Gesetz dafür enthaltenden Indizien (§ 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 – 4 AufenthG).

Unter diesen Umständen ist es mir ein Rätsel, warum das Innenministerium – wenn es denn meiner Auffassung nicht folgen will – auf diese wesentliche Einschränkung in seinem Erlass zur vollständigen Unterrichtung der Ausländerbehörden nicht hinweist.

Mit einem entsprechenden Hinweis könnten Anwendungsfehler und damit unzulässige Inhaftierungen vermieden werden.

Auf weitere wesentliche Kritikpunkte an dem Erlass möchte ich nicht eingehen, weil sich diese aus meinen beigefügten Stellungnahmen ergeben.

Mit freundlichen Grüßen

gez.  
Wulf Jöhnk



**Der Beauftragte für Flüchtlings-,  
Asyl- und Zuwanderungsfragen  
des Landes Schleswig-Holstein  
bei dem Präsidenten des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Der Flüchtlingsbeauftragte ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

Innenministerium des Landes  
Schleswig-Holstein  
Frau Katja Ralfs  
Düsternbrooker Weg 92  
24105 Kiel

**Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: F 1 –  
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in: Wulf Jöhnk**

**Telefon (0431) 988-1290  
Telefax (0431) 988-1293  
fb@landtag.ltsh.de**

**5. Februar 2008**

**Entwurf eines Erlasses zur Durchführung der Abschiebungshaft  
Stand 21. Januar 2008  
IV 605-212-29.111.3-62**

Sehr geehrte Frau Ralfs,

ich bedanke mich für die Zusendung der neuen Entwurfsfassung und dafür, dass mir erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.

Die neue Fassung des Erlassentwurfs enthält einige Verbesserungen, die zu begrüßen sind. Einige wesentliche Kritikpunkte bleiben indessen bestehen. Auf sie will ich nur kurz eingehen, weil ich sie in meiner Stellungnahme vom 15. November 2007 ausführlich dargestellt habe und wir bei unserem Gespräch am 18. Januar 2008 ausführlich darüber diskutiert haben.

1. Unter Ziffer 1.2 hält der Entwurf unverändert an der aus meiner Sicht fehlerhaften Auffassung von der „gesetzlichen Vermutung einer Vereitelungsabsicht“ nach § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG fest.
2. Der Entwurf nimmt zwar unter Ziffer 1.4 nunmehr Hinweise zu der dringend erläuterungsbedürftigen neuen Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 5 AufenthG (Scheitern der Abschiebung) auf, diese sind jedoch rechtlich – insbesondere aus verfassungsrechtlicher Sicht – nicht haltbar. Ich verweise auf meine Stellungnahme vom 15. November 2007 (S. 4): Nach dem Scheitern der Abschiebung ist in jedem Fall eine erneute richterliche Entscheidung einzuholen – also auch dann, wenn die Ausländerbehörde der Meinung ist, der Betroffene habe das Scheitern der Abschiebung zu vertreten. Dies ergibt sich zwingend aus Art. 104 Abs. 2 GG. Es geht um eine Entscheidung über einen andauernden oder zu beendenden Freiheitsentzug, der auch unter den Erleichterungen der neuen Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 5 AufenthG an bestimmte tatbestandsmäßige Voraussetzungen gebunden ist (Scheitern der Abschiebung aus Gründen, die der Ausländer zu vertreten hat). Wegen ihrer freiheitsentziehenden Auswirkung

gen kann diese Entscheidung nicht allein von der Ausländerbehörde getroffen werden.

3. In den Vorbemerkungen zu Ziffer 2 übernimmt der Erlassentwurf eine Regelung aus dem Justizministerium, wonach die Abschiebungshaft nunmehr auch für Jugendliche ab 16 Jahren in der Anstalt in Rendsburg durchführt werden soll. Unabhängig von der grundsätzlichen Problematik, ob Jugendliche überhaupt in Abschiebungshaft genommen werden können oder sollen, wird damit eine Konzeption umgestoßen, die seinerzeit bei der Schaffung der Rendsburger Anstalt eine wesentliche Rolle spielte: die Anstalt in Rendsburg sollte ausschließlich für erwachsene männliche Abschiebungshäftlinge eingerichtet und die gesamte Bewachungs- und Betreuungskonzeption darauf ausgerichtet werden. Jetzt sollen auch Jugendliche in die Anstalt in Rendsburg gesteckt werden, ohne dass auch nur ansatzweise geregelt wird, was sich mit Rücksicht auf die künftig dort inhaftierten Jugendlichen an der Bewachungs- und Betreuungskonzeption der Anstalt ändern soll.
4. In Ziffer 2 Absatz 4 des Entwurfs ist die Aktenvorlage gegenüber dem Haftrichter geregelt. Das ist zu begrüßen. Ich empfehle jedoch, in dem maßgeblichen Satz das Wort „ggf.“ zu streichen. Damit wird deutlich, dass auf das Verlangen des Gerichts die Ausländerakte stets vorzulegen ist.
5. Unter Ziffer 4.1.3 des Entwurfs sind in dem 2. Absatz die Sätze 2 und 3 mit der Rechtslage nicht vereinbar. Bei einer auf Grund bisheriger Erfahrungen sicheren Prognose, dass die erforderlichen Reisedokumente innerhalb von 3 Monaten nicht beschafft werden können, ist – unter der Voraussetzung, dass der Ausländer dies nicht zu vertreten hat – die Anordnung der Abschiebungshaft unzulässig (§ 62 Abs. 2 Satz 4 AufenthG), d. h. die Ausländerbehörde darf keine Maßnahmen zur Anordnung der Abschiebungshaft ergreifen. Dies gilt – wie das SchIH OLG erst jüngst entschieden hat – auch dann, wenn das Herkunftsland die Ausstellung von Ersatzpapieren von der Erklärung der freiwilligen Rückkehr abhängig macht und der Betroffene sich weigert, eine solche Erklärung abzugeben.
6. Zu Ziffer 4.3.1. des Entwurfs ist die Formulierung in Satz 1 und die Regelung in Satz 2 zu kritisieren. Die Formulierung in Satz 1 „bei schwangeren Frauen sind an die Voraussetzungen für die Anordnung der Abschiebungshaft besonders hohe Anforderungen zu stellen“ trifft in keiner Weise das eigentliche Problem. Die tatbestandsmäßigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Abschiebungshaft stehen auch bei Schwangeren nicht zur Disposition, sie können daher nicht durch „besonders hohe Anforderungen“ oder weniger hohe Anforderungen abgeschwächt oder verschärft werden. Es geht vielmehr allein um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Übermaßverbots: die Inhaftierung einer schwangeren Frau kann sich als unverhältnismäßig darstellen, weil es durch die Restriktionen der Haft zu Beeinträchtigungen der Schwangerschaft und der Schwangeren selbst kommen kann, die außer Verhältnis zu dem mit der Haft verfolgten Sicherungszweck stehen. In diesem Sinne als unverhältnismäßig kann die Anordnung und Durchführung der Abschiebungshaft unabhängig von dem Schwangerschaftsmonat zu beurteilen sein, so dass die Einschränkung „ab dem sechsten Schwangerschaftsmonat“ in Satz 2 nicht zu rechtfertigen ist.

7. In den Ziffern 4.3.2 und 4.3.6 des Entwurfs ist unverändert die Abschiebungshaft für Jugendliche im Alter von 16 und 17 Jahren vorgesehen. Aus den Gründen, die ich wiederholt vorgetragen habe, ist dies scharf zu kritisieren. Die Kritik wird auch nicht dadurch abgemildert, dass die Jugendlichen nicht mehr wie bisher in der Jugendstrafanstalt, sondern in der Anstalt in Rendsburg untergebracht werden sollen. Die Rendsburger Anstalt ist solange für die Inhaftierung Jugendlicher nicht geeignet, wie ein neues Konzept, das die besonderen Bewachungs- und Betreuungsbedürfnisse jugendlicher Abschiebungshäftlinge berücksichtigt, nicht erstellt und umgesetzt worden ist.
8. In der Ziffer 4.3.6 des Entwurfs wird der letzte Satz der Gesetzeslage nach § 42 SGB VIII nicht gerecht. Es kommt nicht darauf an, ob eine anderweitige Unterbringung im Sinne des § 42 SGB VIII „möglich und geeignet ist“, sondern darauf, ob aus Gründen des Jugendschutzes eine Inobhutnahme in einer geeigneten Einrichtung geboten ist. Stellt man – wie der Entwurf – nur auf die Möglichkeit einer anderweitigen Unterbringung ab, leistet man den Bestrebungen derjenigen Jugendämter Vorschub, die – wie ich erfahren habe – auf die Schaffung geeigneter Einrichtungen zur Inobhutnahme unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge – offenbar aus Gründen der Kosten- und Personaleinsparung - verzichten.
9. Ziffer 4.3.7 des Entwurfs (Berücksichtigung gesundheitlicher Beeinträchtigungen) ist unverändert aus den Gründen meiner Stellungnahme vom 15. November 2007 zu kritisieren.
10. In Ziffer 4.3.8 ist der 1. Satz wegen der Verwendung der Worte „besonders hohe Anforderungen“ zu beanstanden. Diese Wortwahl trifft in keiner Weise das eigentliche Problem. Es geht – wie schon unter 6 dargestellt – nicht um scharfe oder abgeschwächte Gesetzesanwendungen, sondern ausschließlich um die Beachtung des Übermaßverbots – hier in der Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des geringst möglichen Eingriffs.
11. Zu Ziffer 4.4 des Entwurfs erlaube ich mir den Hinweis, dass die dort erwähnte weitere Beschwerde im gerichtlichen Haftungsverfahren nach dem mir bekannten Stand des Entwurfs des sogenannten FGG-Reformgesetzes nicht mehr vorgesehen ist.

Mit freundlichen Grüßen

Wulf Jöhnk



**Der Beauftragte für Flüchtlings-,  
Asyl- und Zuwanderungsfragen  
des Landes Schleswig-Holstein  
bei dem Präsidenten des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Der Flüchtlingsbeauftragte ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

Herrn Innenminister  
Dr. Ralf Stegner  
Düsternbrooker Weg 92  
24105 Kiel

**Ihr Zeichen:  
Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: F  
Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in: Wulf Jöhnk**

**Telefon (0431) 988-1290  
Telefax (0431) 988-1293  
fb@landtag.ltsh.de**

**15. November 2007**

**Entwurf eines Erlasses zur Durchführung der Abschiebungshaft  
Schreiben des Innenministeriums vom 24. Oktober 2007  
IV 605-212-29.111.3-62**

Sehr geehrter Herr Minister,

ich bedanke mich dafür, dass mir Gelegenheit gegeben wird, zu dem Erlassentwurf Stellung zu nehmen.

Ich begrüße, dass das Innenministerium die Änderung des Aufenthaltsgesetzes durch das sogenannte Richtlinienumsetzungsgesetz, das auch Änderungen zur Abschiebungshaft enthält, zum Anlass nimmt, den Erlass zur Durchführung der Abschiebungshaft neu zu fassen.

Dem Ministerium ist bekannt, dass ich meine Kritik an der Anordnung und Fortdauer der Abschiebungshaft mit Vorschlägen zur Änderung des geltenden Erlasses zur Durchführung der Abschiebungshaft vom 20. Dezember 2002 verbunden habe. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich hierzu auf meine schriftlichen Stellungnahmen, die dem Ministerium – wovon ich ausgehe – vorliegen (Schreiben an die Fraktionsvorsitzenden vom 19. Januar 2007, Schreiben an den Innen- und Rechtsausschuss vom 15. und 25. Mai 2007).

Ich begrüße, dass der Entwurf einige der in meinen Stellungnahmen enthaltenen Vorschläge aufgenommen hat. Gleichwohl bleibt der Entwurf noch deutlich hinter den Anforderungen zurück, die an den Erlass zur Durchführung der Abschiebungshaft zu stellen sind, um die – bislang hohe – Rechtsfehlerquote bei der Anordnung und Fortdauer der Abschiebungshaft zu verringern.

Dies gilt insbesondere für die folgenden Regelungen des Entwurfs:

- Wenn der Entwurf einleitend auf Art. 104 Grundgesetz eingeht, ist dies wegen der Schwere des freiheitsentziehenden Eingriffs durch die Haft zu begrüßen. Mindestens ebenso wichtig wäre allerdings, bereits an dieser Stelle auf die strikte Beachtung des – mit Verfassungsrang ausgestatteten – Übermaßverbots mit allen seinen Ausgestaltungen hinzuweisen: Unabhängig von den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen nach § 62 Aufenthaltsgesetz muss die Haft zur Sicherung der Abschiebung unbedingt erforderlich sein (Grundsatz der Erforderlichkeit), über andere weniger einschneidende Mittel darf die Verwaltung nicht verfügen (Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs), der mit der Haft verbundene Eingriff darf zu dem angestrebten (Sicherungs-)Zweck nicht außer Verhältnis stehen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Zwar weist der Entwurf an verschiedenen Stellen auf den „Grundsatz“ oder das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ hin. Abgesehen davon, dass das Abstellen nur auf die „Verhältnismäßigkeit“ unvollständig ist, gehört das Übermaßverbot wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung für sämtliche Phasen der Haft (Anordnung, Fortdauer) an den Anfang des Erlasses.
- Die Regelung unter Ziff. 1.2 des Entwurfs, wonach „die Erfüllung eines Tatbestands der Ziffern des § 62 Abs. 2 Satz 1 Aufenthaltsgesetz grundsätzlich die gesetzliche Vermutung einer Vereitelungsabsicht des Ausländers“ „indiziert“, halte ich in Bezug auf den Haftgrund nach Satz 1 Ziff. 1 (vollziehbare Ausreisepflicht aufgrund einer unerlaubten Einreise) für rechtsfehlerhaft. Sie ist mit der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar, auf die ich wiederholt hingewiesen habe (Nachweise u.a. bei Grotkopp, SchlHA 2006, 374, Fn. 16; ferner bei Melchior, [www.abschiebungshaft.de](http://www.abschiebungshaft.de)), wonach zu Satz 1 Nr. 1 das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Absicht der Vereitelung hinzukommen muss. Dies ergibt sich im Rahmen des stets zu beachtenden Übermaßverbots aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit: Ohne die Vereitelungsabsicht ist die Abschiebungshaft selbstverständlich nicht erforderlich. Die unpräzise Formulierung des § 62 Abs. 2 Satz 1 Aufenthaltsgesetz nötigt zu einer verfassungskonformen Auslegung, ohne die eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Haftanordnung nicht gegeben wäre.
- Unter Ziff. 1.2 des Entwurfs fehlt eine Regelung über die Einhaltung des Verfahrens bei den sogenannten geplanten Festnahmen (im Unterschied zu den sogenannten Spontanfestnahmen nach § 62 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz – Ziff. 3 des Entwurfs). Dieses Verfahren (Antrag der Ausländerbehörde beim Amtsgericht, Vorladung des Betroffenen durch das Gericht, Anhörung des Betroffenen, Entscheidung des Gerichts, ggf. Vollzug der Abschiebungshaft) wird in der Praxis, wie mir erst jüngst wieder berichtet worden ist, regelmäßig nicht eingehalten.
- Die neu in das Gesetz aufgenommene Vorschrift des § 62 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz enthält – trotz der teilweise missverständlichen Gesetzesbegründung – eine Regelung ausschließlich für die sogenannte Spontanfestnahme, die bislang ohne ausreichende Rechtsgrundlage praktiziert wurde. Die Vorschrift dient nicht der gesetzgeberischen Rechtfertigung der

bisher ausgeübten rechtswidrigen Praxis bei der sogenannten geplanten Festnahme (Beispiel: bislang geduldeter Ausländer wird nach Ablauf der Duldung ohne vorherige richterliche Entscheidung festgenommen und erst danach dem Richter vorgeführt). Die Regelungen unter Ziff. 3 des Entwurfs lassen zwar erkennen, dass auch sie nur die sogenannte Spontanfestnahme im Blick haben (sh. hierzu insbesondere Abs. 3 und 4 der Ziff. 3). Gleichwohl halte ich wegen der häufigen Rechtsverstöße in der bisherigen Praxis ausführlichere und präzisere Hinweise für erforderlich. Dabei sollten die Unterscheidung zwischen geplanter und Spontanfestnahme und die dabei zu beachtenden unterschiedlichen Verfahren deutlich herausgestellt werden. Wichtig ist auch, darauf hinzuweisen, dass der Ausländer freizulassen ist, wenn eine richterliche Entscheidung nicht unverzüglich erlangt werden kann (z.B. wenn ein richterlicher Bereitschaftsdienst nicht besteht oder nicht erreichbar ist).

- Zu Ziff. 4.1 des Entwurfs (Dauer der Haft) ist zu begrüßen, dass nunmehr das Beschleunigungsgebot und eine Regelung aufgenommen worden ist, nach der die Ausländerbehörde wegen der Dauer der Haft in regelmäßigen Abständen die Haftgründe zu prüfen hat (amtliche Haftprüfung). Zu dem Beschleunigungsgebot halte ich es für erforderlich, auf einige Notwendigkeiten hinzuweisen, die in der Rechtsprechung entwickelt worden sind (vgl. hierzu Heinhold, Abschiebungshaft in Deutschland, 1. Auflage 2004, S. 285; Melchior [www.abschiebungshaft.de](http://www.abschiebungshaft.de)). So ist beispielsweise zu empfehlen, dass die Ausländerbehörde die entsprechende Ausländerakte als „Haftsache“ zu kennzeichnen hat, die umgehend zu bearbeiten ist.
- Zu Ziff. 4.3 des Entwurfs (Absehen von der Abschiebungshaft) ist zu kritisieren, dass nach wie vor Abschiebungshaft für 16- und 17-jährige Jugendliche vorgesehen ist. Auf den bekannten Gesetzeskonflikt, der darin besteht, dass nach jugendgesetzlichen Vorschriften (§ 42 SGB VIII) verpflichtend die Inobhutnahme der Jugendlichen vorgeschrieben ist, geht der Entwurf ebenso wenig ein wie auf die Tatsache, dass es in Schleswig-Holstein keine geeignete Anstalt für die Durchführung der Abschiebungshaft für Jugendliche gibt (die Jugendanstalt in Neumünster ist eine Jugendstrafvollzugsanstalt, die Abschiebungshaftanstalt in Rendsburg ist nur für männliche Erwachsene eingerichtet). Wie wiederholt vorgeschlagen und ausführlich begründet, plädiere ich daher dafür, von der Abschiebungshaft für Jugendliche gänzlich abzusehen.
- Ziff. 4.3.7 des Entwurfs (gesundheitliche Beeinträchtigungen) sollte deutlich den Hinweis enthalten, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen, auch Traumatisierungen, wenn sie ausreichend belegt sind, dazu führen können, dass die Abschiebungshaft unzulässig ist. Das ist zum einen dann der Fall, wenn sich die Abschiebungshaft wegen der krankheitsbedingten Gefährdung des Betroffenen als unverhältnismäßig erweist, zum anderen dann, wenn die Erkrankung zu einem inlandsbezogenen Vollstreckungshindernis oder zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernis führt. Wird ein

Krankenhausaufenthalt erforderlich, ist in jedem Fall von Abschiebungshaft abzusehen bzw. die Haft zu beenden, wenn sie bereits vollzogen worden ist.

Der Entwurf enthält keinen Hinweis zu der neu aufgenommenen Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 5 Aufenthaltsgesetz (Rechtsfolgen bei Scheitern der Abschiebung). Dies halte ich jedoch für dringend geboten: die Vorschrift ist erläuterungsbedürftig, ohne Anwendungshinweise für die Ausländerbehörden wird es zu Rechtsverstößen kommen.

Die neue Vorschrift geht zunächst von der selbstverständlichen – auch bislang schon geltenden – Rechtsfolge aus, dass die Abschiebungshaft endet, wenn sämtliche für die tatsächliche Durchführung der Abschiebung erforderlichen Maßnahmen abschließend eingeleitet worden sind, der (Sicherungs-)Zweck der Haft ist dann erreicht. Scheitert die Abschiebung gleichwohl – z.B. weil die zuständigen Behörden im Zielland die Aufnahme des Betroffenen verweigern – bedarf es bei der Rückkehr nach Deutschland grundsätzlich unter Berücksichtigung der neuen Faktenlage einer erneuten richterlichen Entscheidung, ob die Haft weiterhin angeordnet werden soll. (Das war auch nach der bisherigen Rechtslage so, deshalb war die Fortsetzung der Haft ohne erneute richterliche Entscheidung in dem Ihnen von mir vorgetragenen Fall des Herrn Jozzez grob rechtswidrig). Die neue Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 5 Aufenthaltsgesetz ermöglicht jetzt eine Fortsetzung der Haft bis zum Ablauf der ursprünglich angeordneten Anordnungsfrist, wenn „die Abschiebung aus Gründen, die der Ausländer zu vertreten hat, gescheitert“ ist. Die Vorschrift wirft zahlreiche Fragen auf, auf die ich nur kurz hinweisen will, die aber zur Vermeidung von Rechtsverstößen für die Ausländerbehörden geklärt werden müssen. Zu klären ist die Frage, wann eine Abschiebung gescheitert ist: erst dann, wenn – wie im Fall Jozzez – die Aufnahme im Zielland verweigert wird, oder schon dann, wenn der Flugpilot den Transport des Betroffenen ablehnt, oder dann, wenn das Flugzeug im Zielland aus irgendwelchen Gründen nicht landet? Hinzuweisen ist darauf, dass nach einem Scheitern der Abschiebung in jedem Fall eine erneute richterliche Entscheidung einzuholen ist - also auch dann, wenn die Ausländerbehörde der Meinung ist, der Betroffene habe das Scheitern der Abschiebung zu vertreten. Dies ergibt sich zwingend aus Art. 104 Abs. 2 Grundgesetz: es geht in der Sache um eine Entscheidung über einen Freiheitsentzug, der auch unter den Erleichterungen der neuen Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 5 Aufenthaltsgesetz an bestimmte tatbestandsmäßige Voraussetzungen gebunden ist (Scheitern der Abschiebung aus Gründen, die der Ausländer zu vertreten hat). Im Übrigen muss selbstverständlich die nach dem Scheitern der Abschiebung entstandene neue Tatsachenlage in die Prüfung einbezogen werden (Scheitern als Beleg für ein Abschiebungshindernis mit der Folge, dass Haft nicht fortgesetzt werden darf?).

Nicht problematisiert habe ich bislang die Frage, ob und inwieweit Angaben aus der sogenannten PEPDAT bei der Ersatzpapierbeschaffung bei der Anordnung der Abschiebungshaft berücksichtigt werden dürfen. Nach der zutreffenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 5. April 2007 – 13 W 27/07 – (abgedruckt bei Melchior, [www.abschiebungshaft.de](http://www.abschiebungshaft.de), Rundbrief 10/2007) kann die Anordnung der Abschiebungshaft auf derartige Angaben nicht gestützt werden. Die Frage, ob und ggf. in welchem Zeitraum Ersatzpapiere beschafft werden können, spielt vornehmlich

wegen § 62 Abs. 2 Satz 4 Aufenthaltsgesetz eine wesentliche Rolle. Wegen der zutreffenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg sollte in dem Erlass über die Durchführung der Abschiebungshaft geregelt werden, dass eine Abschiebungshaft auf Angaben aus der PEPDAT nicht gestützt werden darf.

Ein leidiges Problem ist die Frage, ob die Ausländerbehörde die Ausländerakte dem Haftrichter vorlegen muss. Es versteht sich eigentlich von selbst, dass eine sachgerechte gerichtliche Entscheidung ohne Kenntnis der Ausländerakte nicht möglich ist. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist dies ausdrücklich gesetzlich geregelt. Der Erlass sollte daher den Hinweis aufnehmen, dass die Ausländerbehörde zur Vorlage der Akte gegenüber dem Gericht verpflichtet ist.

Mit freundlichen Grüßen

Wulf Jöhnk