

Berlin, im November 2010
Stellungnahme Nr. 67/10

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

**durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht
zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher
Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler
Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Hannover (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale

Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Frankfurt/M.

Rechtsanwältin Silke C. Schäfer, Göttingen

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Nagold

Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin (Berichterstatter)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Bundestag vertretenen Parteien

- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)

- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht

- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Mit dem geplanten Gesetz sollen drei Richtlinien sowie zwei Verordnungen im Bereich des Ausländerrechts in das nationale Recht umgesetzt werden, bzw. das nationale Recht soll an die unmittelbar geltenden Verordnungen angepasst werden.

Zu den beabsichtigten Änderungen auf der Grundlage der Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008) nimmt der Deutsche Anwaltverein aus asyl- und ausländerrechtlicher Sicht wie folgt Stellung:

Die Rückführungsrichtlinie ist anzuwenden auf alle Fälle der Rückführung eines Drittstaatsangehörigen in den Drittstaat oder in einen anderen Staat, der zur Aufnahme des Drittstaatsangehörigen aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen mit einem Mitgliedsstaat oder mit der EU verpflichtet ist (vgl. Art. 3 Nr. 3 RL 2008/115/EG). Aus Art. 6 Abs.2 RL 2008/115/EG ergibt sich, dass diese auch auf Fälle anwendbar ist, in denen der Drittstaatsangehörige verpflichtet ist, in einen anderen Mitgliedstaat zurückzukehren. Auch die Erwägungsgründe 9 und 23 RL 2008/115/EG berücksichtigt das Flüchtlingsrecht. Ob dieses auch im Anwendungsbereich der Dublin-II-Verordnung gilt, kann dahin stehen, denn der Gesetzgeber kann von sich aus die Rückführungsrichtlinie auch in diesem Bereich umsetzen, soweit einzelne Regelungen der Dublin-II-Verordnung dem nicht entgegenstehen (vgl. Art. 4 Abs.3 RL 2008/115/EG).

Der Deutsche Anwaltverein sieht zur Umsetzung der Rückführungsrichtlinie erheblichen Änderungsbedarf des bisherigen Gesetzesentwurfs, insbesondere im Bereich der Abschiebungshaft.

A. „Ultima Ratio“ der Abschiebungshaft

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Abschiebungshaft darf schon nach nationaler verfassungsrechtlicher Rechtsprechung nur als „ultima ratio“ beschlossen werden. Sie dient nicht der Erleichterung der Arbeit der Behörden, sondern soll sicherstellen, dass eine Abschiebung durchführbar ist. Es ist daher stets zu prüfen, ob die Haft erforderlich ist oder ein milderer Mittel zur Sicherstellung der Abschiebung zur Verfügung steht. Allein das Auslösen der Haftgründe der § 62 Abs.2 Nr. 1 bis 5 AufenthG kann die Haft nicht rechtfertigen (BVerfG, Beschl. v. 13.07.1994 – 2 BvL 12/93, 45/93 – InfAuslR 1994, 342). Schon der aktuelle Gesetzeswortlaut gibt diese verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht wieder. Nach § 62 Abs.2 S.1 AufenthG „ist“ der Ausländer bei Vorliegen eines Haftgrundes in Haft zu nehmen. Diese Begrifflichkeit vermittelt den falschen Eindruck, auf die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Haft käme es nicht an. Häufige Folge ist, dass die Behörden bei der Beantragung von Abschiebungshaft zu wenig oder gar kein Augenmerk auf die Frage der Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit der Haft legen. In vielen Entscheidungen mussten sich die Obergerichte daher mit diesen Gesichtspunkten auseinandersetzen.

Der Gesetzgeber hat zwar für das Freiheitsentziehungsverfahren in § 417 FamFG den antragstellenden Behörden auferlegt, schon im Antrag Angaben zur Erforderlichkeit der Haft zu machen. Bislang sieht die Rechtsprechung Mängel im Antrag allerdings als grundsätzlich heilbar an (BGH, Beschl. v. 22.07.2010 – V ZB 28/10, www.bgh.bund.de).

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Auch die Rückführungsrichtlinie sieht in der Abschiebungshaft die „ultima ratio“. In Art. 15 Abs.1 RL 2008/115/EG heißt es: „Sofern in dem konkreten Fall keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewendet werden können, ...“.

Die Inhaftnahme hat stets verhältnismäßig zu sein (Erwägungsgrund 16 RL 2008/115/EG).

Zudem räumt auch die Richtlinie der freiwilligen Ausreise stets Vorrang ein (Art. 7 RL 2008/115/EG). In Art. 7 Abs.3 RL 2008/115/EG werden ausdrücklich mildere Mittel zur Verhinderung einer Fluchtgefahr genannt (u.a. Meldepflichten, Kautions, Vorlage von Papieren, Aufenthaltsbeschränkungen). Das aktuelle Recht ist weder mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar.

III. Erforderliche Umsetzung

Der geänderte Gesetzesvorschlag enthält im neuen § 62 Abs.1 S. 1 und 2 AufenthG zur „ultima ratio“ der Abschiebungshaft die Aussage, dass die Inhaftnahme unzulässig ist, wenn der Haftzweck durch ein milderer, ebenfalls ausreichendes anderes Mittel erreicht werden kann, ferner die Beschränkung auf die kürzest mögliche Dauer. Dieses ist zu begrüßen. Die Richtlinie zählt allerdings konkrete mildere Mittel auf. Eine Wiedergabe im Gesetzestext wird die Behörden und Gerichte anhalten, konkrete mildere Mittel zu prüfen. Zudem sollte im neuen Absatz 2 anstelle „ist“ die Formulierung „darf nur“ gewählt werden, um den Ausnahmecharakter der Abschiebungshaft nochmals deutlich herauszustellen.

B. Inhaftierung unbegleiteter Minderjähriger zum Zwecke der Abschiebung

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Nach aktuellem nationalen Recht darf die Inhaftierung Minderjähriger zum Zwecke der Abschiebung nur unter folgenden sehr engen Voraussetzungen erfolgen:

a. Minderjährige bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres dürfen zu Zwecken der Abschiebung unter keinen Umständen in Haft genommen werden. Dieses ergibt sich aus der fehlenden asyl- und ausländerrechtlichen Verfahrensfähigkeit dieser minderjährigen Kinder (vgl. §§ 12 AsylVfG, § 80 Abs.1 AsylVfG). Zwar regelt § 80 Abs.2 AufenthG die Zulässigkeit der Zurückweisung und Zurückschiebung, nicht aber die der Abschiebung, erst Recht nicht der Abschiebungshaft. Kinder können in Freiheitsentziehungsverfahren keine wirksamen Anträge stellen, weswegen die Freiheitsentziehung zu Zwecken der Abschiebung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zulässig ist.

Kinder sind zudem nicht in der Lage, ihre ggf. vorhandenen Asylgründe sorgfältig zu schildern. Dazu kann auch ein ggf. zu bestellender Vormund unter Umständen nicht viel beitragen. Vor diesem Hintergrund kann ein – gemessen an Aufklärungspflichten des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge sowie Mitwirkungspflichten des minderjährigen Flüchtlings – ordnungsgemäßes Asylverfahren aus der Haft heraus nicht, insbesondere nicht beschleunigt, durchgeführt werden.

b. Minderjährige ab Vollendung des 16. Lebensjahres sind nach bisheriger Rechtsanwendung zwar ausländerrechtlich und asylrechtlich verfahrensfähig. Damit wird bislang auch die Möglichkeit gesehen, Minderjährige zum Zwecke der Abschiebung, Zurückschiebung und Zurückweisung in Haft zu nehmen. Es hat sich in der Rechtsprechung allerdings durchgesetzt, dass die Inhaftierung Minderjähriger nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig ist:

Haft gegen Minderjährige wird zwar immer wieder beschlossen, von den Obergerichten aber regelmäßig aufgehoben. Nach inzwischen gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung setzt die Haft gegen Minderjährige voraus, dass

- alle allgemeinen Haftvoraussetzungen vorliegen sowie
- die Haft das mildeste Mittel ist und
- die antragstellende Ausländerbehörde (die Bundespolizei bei Zurückweisungs- oder Zurückschiebungshaft) dieses
 - vorab geprüft und
 - im Haftantrag dargelegt hat, dass mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen.

Als milderes Mittel sieht die obergerichtliche Rechtsprechung stets die Unterbringung in einem Jugendheim nach Jugendhilferecht (u.a. OLG Köln, Beschl. v. 11.09.2002 – 16 Wx 164/02, NVwZ-Beil. 2003, 64; KG Berlin, Beschl. v. 18.03.2005 – 25 W 64/04, InfAusIR 2005, 268; OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 30.08.2004 – 20 W 245/04, bei Melchior, www.abschiebungshaft.de; OLG München, Beschl. v. 09.05.2005 – 34 Wx 37/05, InfAusIR 2005, 324; OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.09.2003 – 6 W 26/03, InfAusIR 2004, 119; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 09.03.2006 – 3 W 36/06, AuAS 2006, 138).

Daraus folgt, dass Haft gegen unbegleitete Minderjährige nach geltender Rechtslage nur zulässig ist, wenn eine Jugendhilfeeinrichtung zur Unterbringung des Minderjährigen nicht zur Verfügung steht. Es ist in der Bundesrepublik praktisch kein Fall denkbar, in dem das nicht möglich wäre.

Der Gesetzgeber hat zudem kürzlich den Vorbehalt gegen die Kinderrechtskonvention fallengelassen. Damit ist das nationale Recht in § 80 AufenthG mit der Konvention nicht mehr vereinbar (vgl. DAV-Stellungnahme 57/10 vom September 2010). Die Konvention sieht vor, dass das Wohl des Kindes bei allen behördlichen Entscheidungen vorrangig zu berücksichtigen ist. Eine ausländerrechtliche Verfahrensfähigkeit von Kindern unter dem 18. Lebensjahr widerspricht dem, da diese Jugendlichen Pflichten auferlegt, deren Reichweite sie altersgemäß nicht erkennen können. Haft gegen Minderjährige wird in der Praxis ausschließlich in Fällen mit Asylbezug beschlossen. Aus den in Datensammlungen zu findenden Gerichtsentscheidungen zur Minderjährigshaft ergibt sich kein Fall, in dem nicht zumindest die Frage subsidiären Schutzes und nationalen Abschiebungsschutzes eine Rolle gespielt hätte. Jugendliche Flüchtlinge sind aber in der Regel nicht in der Lage, das Verfahren auf Zuerkennung von Flüchtlings- oder Abschiebungsschutz zu überschauen. Es entspricht daher in der Regel auch nicht dem Wohl des Kindes im Sinne der Kinderrechtskonvention, diese aus Anlass einer unerlaubten Einreise zum Zwecke eines Asylverfahrens in Haft zu nehmen.

Zum Vollzug der Abschiebungshaft gegen Minderjährige gibt es bislang wenige bzw. gar keine Regelungen. Teilweise wird zum Haftvollzug auf Vorschriften des Strafvollzugsrechts Bezug genommen (§ 106 Abs.2 AufenthG, § 422 Abs.4 FamFG, §§ 171 ff. StVollzG). Diese Regelungen enthalten aber nichts zu den Besonderheiten des Vollzugs von Abschiebungshaft. In den Bundesländern, in denen die Abschiebungshaft nach Polizei- und Ordnungsrecht vollzogen wird, gibt es ebenfalls wenige Regelungen zum Vollzug der Haft bei Minderjährigen. In der Praxis findet ein getrennter Vollzug zwischen Erwachsenen und Minderjährigen, soweit ersichtlich, nicht statt.

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Die Rückführungsrichtlinie sieht die Möglichkeit der Inhaftierung unbegleiteter Minderjähriger in Art. 17 Abs. 1 RL 2008/115/EG vor. Wörtlich heißt es dort, die Inhaftierung Minderjähriger sei nur im „äußersten Fall“ zulässig und für die kürzestmögliche angemessene Dauer einzusetzen. Art. 17 Abs.5 RL 2008/115/EG sieht zudem vor, dass dem Wohl des Kindes im Zusammenhang mit Abschiebungshaft grundsätzlich Vorrang einzuräumen ist (vgl. auch Erwägungsgrund 22 RL 2008/115/EG). Im Übrigen belegt Art. 10 Abs.1 RL 2008/115/EG die Notwendigkeit der vorherigen Prüfung der Unterbringung in einer Jugendhilfeeinrichtung.

Zur Haftsituation wird in Art. 17 RL 2008/115/EG ein Mindestmaß an Haftbedingungen für Minderjährige beschrieben.

III. Erforderliche Umsetzung

Sowohl die Inhaftierung als auch die Haftsituation betreffend bleibt der Gesetzesentwurf hinter den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie weit zurück.

1. Nach dem geänderten Gesetzesentwurf zu § 62 Abs.1 Satz 2 AufenthG sind Minderjährige nur in Ausnahmefällen und solange in Haft zu nehmen, wie es unter besonderer Berücksichtigung ihres Alters angemessen ist.

a. Im Hinblick auf den Begriff „sind“ scheint die Behörde bei der Frage, ob Minderjährige in Haft zu nehmen sind, gar kein Ermessen zu haben, welches zugunsten des Minderjährigen selbst im Ausnahmefall ausgeübt werden kann. Der Begriff scheint einen Haftantrag der Behörde im Ausnahmefall zwingend erforderlich zu machen. Nicht aber die Haftverschonung ist der Ausnahmefall, sondern die Inhaftierung. Anstelle von „sind“ hat es vielmehr „dürfen nur“ zu heißen, um die Ausnahmesituation der Inhaftierung Minderjähriger nochmals deutlich zu machen (vgl. Hinweise zu A „ultima ratio“).

b. Nach dem Gesetzesvorschlag soll die Inhaftierung Minderjähriger „in Ausnahmefällen“ erfolgen. Die Richtlinie sieht hingegen diese Möglichkeit nur im „äußersten Falle“ vor. Darin liegt ein qualitativer Unterschied. „Ausnahmefall“ und „äußerster Fall“ sind nicht identisch.

Ein Ausnahmefall ist schon dann anzunehmen, wenn bei Vorliegen bestimmter Umstände ein Fall vorliegt, der sich nicht als Regelfall darstellt. Es muss sich dabei aber nicht um einen Extremfall handeln. Demgegenüber ist unter dem Begriff „äußerster Fall“ nur ein solcher zu verstehen, bei dem Umstände vorliegen, die eine Inhaftierung geradezu als einzig zulässige Möglichkeit erscheinen lassen. Der Gesetzgeber sollte daher eine Formulierung wählen, die darstellt, dass nur im „äußersten Fall“ eine Inhaftierung zulässig ist und das bloße Abweichen von der Regel die Haft noch nicht rechtfertigt.

c. Im Hinblick auf die obergerichtliche Rechtsprechung sollte auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich im Gesetz verankert werden, indem darauf hingewiesen wird, dass zunächst eine anderweitige Unterbringung in einem Jugendheim zu prüfen ist. Dieses könnte etwa durch den einschränkenden Halbsatz, „sofern keine anderweitige Sicherstellung der Abschiebung möglich ist, insbesondere nicht die Unterbringung nach Jugendhilferecht“. Um eine wirkliche Prüfung durch die Behörden sicherzustellen, ist dieses auch als Begründungserfordernis des § 417 FamFG zu verankern.

d. Art. 17 Abs.5 RL 2008/115/EG sieht ausdrücklich vor, dass dem Wohl des Kindes im Zusammenhang mit der Abschiebungshaft Vorrang einzuräumen ist. Der Hinweis auf das Kindeswohl fehlt im Gesetzesentwurf vollständig. Damit wäre auch die Anordnung der Haft zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes widerspricht. Art. 17 Abs.5 RL 2008/115/EG ist daher ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

IV. Zweckmäßigkeit der Regelung

Insgesamt stellt sich die Frage, ob Abschiebungshaft gegen Minderjährige nicht vollständig untersagt werden soll.

Rein zahlenmäßig wird es nach den vorherigen Ausführungen nur sehr selten zulässig sein, Minderjährige in Haft zu nehmen. Tatsächlich gibt es nur noch wenige Fälle von Minderjährigenhaft. So ergibt sich aus einer Statistik des Landes Niedersachsen, dass dort im Jahr 2006 nur 7 männliche Minderjährige inhaftiert waren. In den Jahren 2007 und 2008 waren es keine mehr (Nds. LT DrS 16/1303). Gemäß einer weiteren bundesweiten Statistik (ohne Bayern) waren am Stichtag 31.12.2007 insgesamt nur 10 Minderjährige in Abschiebungshaft in der Bundesrepublik inhaftiert (BT-DrS 16/11384). Beide Statistiken enthalten keine Aussage dazu, ob nur unbegleitete Minderjährige gezählt wurden.

Eine Inhaftierung von unbegleiteten Minderjährigen nach negativem Abschluss des Asylverfahrens zum Zwecke der Abschiebung kommt, sofern sie überhaupt zulässig ist, schon deswegen kaum in Betracht, weil neben dem Abschluss aller Verfahren die Behörden auch dafür Sorge tragen müssen, dass der unbegleitete Minderjährige im Rückkehrstaat einem Mitglied der Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung übergeben wird (Art. 10 Abs.2 RL 2008/115/EG). Dieses wird sich in vielen Fällen als problematisch, jedenfalls als zeitaufwändig, gestalten, sodass eine Inhaftierung des Minderjährigen in der Regel aus Gründen der zeitlichen Begrenzung der Haft von vornherein ausscheidet. Schon heute wird von der Abschiebung von Minderjährigen bis zum Eintritt der Volljährigkeit regelmäßig abgesehen, weil eine Abschiebung von Minderjährigen ins Ungewisse nicht vertretbar ist. Insgesamt wird es daher nur äußerst wenige Fälle geben, in denen die Minderjährigenschaft überhaupt zulässig ist. Auch aus fiskalischen Interessen scheint es dann wenig sinnvoll, den Vorgaben der Richtlinie entsprechende Hafträume für Minderjährige bereit zu halten.

Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber nicht nur aus Gründen des „Wohl des Kindes“, sondern auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit erwägen, die Inhaftierung unbegleiteter Minderjähriger ganz zu untersagen. § 62 Abs.5 AufenthG sollte daher lauten: „Abschiebungshaft gegen Minderjährige ist unzulässig.“

C. Familienhaft

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Gemäß aktueller Rechtslage ist die Inhaftierung einer Familie mit Kindern vor Vollendung des 16. Lebensjahres nicht zulässig. Die Inhaftierung von Familien mit Kindern ab dem 16. Lebensjahr war bislang grundsätzlich zulässig. Im Hinblick auf die regelmäßig nicht bestehende Möglichkeit, mit minderjährigen Kindern längerfristig unterzutauchen, erscheint aber die Gefahr, dass sich ganze Familien der Abschiebung entziehen, nicht besonders realistisch zu sein. Deswegen ist eine Abschiebungshaft gegen ganze Familien in der Regel schon nicht erforderlich. Im Hinblick auf das Entfallen des Vorbehalts zur Kinderschutzkonvention erscheint die grundsätzliche Zulässigkeit der Inhaftierung von Kindern, auch wenn sie familiär begleitet sind, als zweifelhaft.

In der Praxis wird daher tatsächlich häufig auch nur ein Elternteil in Haft genommen, was ebenfalls grundsätzlich als zulässig angesehen wird.

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Gemäß der Richtlinie ist die Inhaftierung ganzer Familien mit minderjährigen Kindern nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Gleiches gilt für die Inhaftierung einzelner Familienangehöriger. Allerdings gilt auch hier die Vorgabe der Richtlinie, dass das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist (Art. 17 Abs.5 RL 2008/115/EG). Die Vorschrift stellt nicht alleine auf die Inhaftierung von Minderjährigen ab, sondern auch auf die isolierte Inhaftierung von Erwachsenen, die von Minderjährigen begleitet werden. Für Kinder kann die Haft von Elternteilen eine höchst stigmatisierende Wirkung haben, die mit dem Wohl des Kindes nicht zu vereinbaren ist.

Zudem enthält die Richtlinie, wie bei unbegleiteten Minderjährigen, konkrete Vorgaben zum Vollzug der Haft.

III. Erforderliche Umsetzung

Der geänderte Gesetzesentwurf sieht in § 62 Abs.1 S.3 AufenthG vor, dass bei Familien mit Kindern nur ein Elternteil in Haft genommen werden „soll“. Das ist mit der Richtlinie vereinbar. Allerdings gilt auch in den denkbaren Ausnahmefällen, dass das Wohl der Kindes Vorrang hat. Das ist klarzustellen.

IV. Zweckmäßigkeit der Regelung

Die vorgesehenen gesetzlichen Regelungen zur Inhaftierung ganzer Familien erwecken den Eindruck, dass dieses in der Bundesrepublik praktiziert werden würde. Das ist unzutreffend. Es gibt in der Bundesrepublik praktisch keine familiengerechten Hafteinrichtungen zur Vollziehung der Abschiebungshaft. Deren Einrichtung wäre auch kostenmäßig nicht zu rechtfertigen, da Haft nur jeweils auf kurze Zeiträume zu begrenzen ist. Die zuvor unter B. genannten Statistiken unterscheiden nicht nach unbegleiteten und begleiteten Minderjährigen, sodass tatsächliche Fälle der Inhaftierung von Familien mit Kindern zahlenmäßig praktisch nicht vorkommen. Auch bei begleiteten Minderjährigen sollte die Haft daher grundsätzlich ausgeschlossen werden.

In der Praxis erfolgen tatsächlich lediglich Trennungen von Familien dahingehend, dass ein Elternteil in Haft genommen wird, während die übrigen Familienangehörigen in Freiheit auf die Abschiebung warten. Diese Praxis erscheint bedenklich.

Es entspricht grundsätzlich nicht dem Wohl eines Kindes, einen Elternteil in Haft besuchen zu müssen, obwohl der Elternteil keine Straftat begangen hat. Sofern nicht von derartigen Trennungen abzusehen ist, sollte die Möglichkeit der Inhaftierung einzelner Familienmitglieder auf das Mittel der kleinen Sicherungshaft beschränkt bleiben.

Daher ist auch hier das Wohl des Kindes ausdrücklich im Gesetz zu verankern, indem etwa in einem § 62 Abs.6 AufenthG geregelt wird, dass bei allen freiheitsentziehenden Maßnahmen gegen Ausländer, die von minderjährigen Kindern begleitet werden, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist.

D. Inhaftierung schutzbedürftiger, insbesondere kranker Personen

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Die Inhaftierung besonders schutzbedürftiger Personen i.S.v. Art. 3 Nr. 9 RL 2008/115/EG wird nach bisheriger Rechtslage als allgemein zulässig angesehen. Im Einzelfall kann die Inhaftierung unverhältnismäßig sein. Bislang gibt es aber nur wenige gerichtliche Entscheidungen zum Haftrecht, in denen dieses angenommen wurde. Von Haft abgesehen wird regelmäßig erst dann, wenn die betroffene Person haftunfähig ist.

II. Vorgaben der Richtlinie

In Art. 5 RL 2008/115/EG wird neben dem Wohl des Kindes und den familiären Bindungen auch der Gesundheitszustand als besonders zu berücksichtigender Umstand genannt. Art. 5 RL 2008/115/EG bezieht sich dabei nicht nur auf das Wie der Rückführungsmaßnahme, sondern auch auf das Ob der Maßnahme. Dieses ergibt sich aus dem Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 4 RL 2008/115/EG, der die Möglichkeit des Absehens von einer Rückkehrentscheidung vorsieht. In Art. 16 RL 2008/115/EG werden die speziellen medizinischen Bedürfnisse besonders schutzbedürftiger Menschen beschrieben.

III. Erforderliche Umsetzung

Auch im geänderten Gesetzesentwurf steht zur Behandlung besonders schutzbedürftiger Personen nichts. Die Vorgaben der Richtlinie sind umzusetzen. Dabei ist zudem folgendes zu berücksichtigen:

Besonders problematisch erscheint in diesem Zusammenhang die Inhaftierung möglicherweise schwersttraumatisierter Flüchtlinge zum Zwecke der Zurückschiebung in einen für das Asylverfahren zuständigen Staat. Gemäß Art.20 RL 2003/9/EG (Aufnahmerichtlinie) tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, im Bedarfsfall die Behandlung erhalten, die für Schäden, welche ihnen durch die genannten Handlungen zugefügt worden sind, erforderlich ist. Regelmäßig wird eine solche Behandlung bei Traumatisierten unter den Bedingungen einer Haft nicht möglich sein. Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass die Haftsituation regelmäßig die psychische Belastung der Betroffenen verstärkt, insbesondere mit zunehmender Dauer der Haft (vgl. DEVAS-Studie „Becoming Vulnerable in Detention“, www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de). Es sollte daher in § 62 AufenthG verankert werden, dass die Situation schutzbedürftiger Personen, ähnlich dem Wohl des Kindes bei Minderjährigen, vorrangig zu berücksichtigen ist. Auch hier ist eine zeitliche Beschränkung der Haft nach den Regeln der kleinen Sicherungshaft vorzugeben.

E. Inhaftierung Asylsuchender

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Nach aktueller Rechtslage ist jeder Asylsuchende, der in die Bundesrepublik Deutschland flieht, von Abschiebungshaft bedroht, sofern es ihm nicht gelingt, vor dem Aufgriff einen Asylantrag beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zu stellen.

Für Asylsuchende, die über Flughäfen einreisen, an denen das sog. Flughafenverfahren durchgeführt wird, folgt das bereits aus der Unterbringung im Transit bis zur Gestattung der Einreise. Diese Unterbringung ist in der Regel eine freiheitsentziehende Maßnahme, da sie gegen den Willen des Betroffenen erfolgt (EGMR, Amuur ./ Frankreich, Nr. 19776/92 (1996) Rn.48, NVwZ 1997, S.1102).

Für alle anderen Asylsuchenden, solche also, die auf dem Landweg einreisen oder solche, die über einen Flughafen ohne angeschlossenes Flughafenverfahren einreisen, gilt in der Praxis folgendes:

Stets ist der Prüfung eines Asylantrags die Frage der Klärung der Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrags gemäß den Regelungen der Dublin-II-Verordnung vorgeschaltet. Nach bisheriger Praxis leiten die Behörden im Aufgriffsfall Asylsuchende nicht, wie es § 18 Abs.1 AsylVfG vorsieht, an die zuständige Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge weiter, sondern stellen zunächst einen Haftantrag und senden den Einreisevorgang nach Herbeiführung eines Haftbeschlusses zunächst zur Vorprüfung der Zuständigkeit an die Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge in Dortmund, die die Zuständigkeitsprüfung übernimmt. Dieses wird in allen Fällen so gehandhabt, in denen auch nur ansatzweise die Möglichkeit besteht, dass der Asylsuchende über einen Dublin-II-Staat eingereist ist. In der Praxis bedeutet das, dass jeder Asylsuchende davon betroffen ist.

Da die die Haft verhindernde Aufenthaltsgestattung bei einer potentiellen Einreise aus einem Dublin-II-Staat erst mit dem Eingang des Asylantrags beim zuständigen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge entsteht (§ 55 Abs.1 S.3 AsylVfG), können alle Asylsuchenden zunächst mit der Begründung einer unerlaubten Einreise (Haftgrund des § 62 Abs.2 Nr.1 AufenthG) in Abschiebungshaft genommen werden. Auch ein begründetes Asylgesuch ändert daran nichts, solange die Behörden vor Weiterleitung des Gesuchs einen Haftbeschluss herbeiführen, wie es in der Praxis regelmäßig geschieht. Eine Verpflichtung der Behörden, vor dem Haftantrag haftverschonend das Asylgesuch in Form eines behördlichen Protokolls (vgl. Art. 4 Abs.2 Dublin-II-VO) an das Bundesamt zu schicken, sieht die Haftrechtsprechung aktuell nicht.

Die Abschiebungshaft endet nach aktueller Praxis auch nicht durch die Antragstellung binnen eines Monats ab Einreise aus der Haft heraus (vgl. § 14 Abs.3 Nr.4 AsylVfG), denn regelmäßig nehmen die Haftgerichte wegen der für Asylsuchende typischen Einreisemodalitäten (Zuhilfenahme von Schleusern, gefälschte Dokumente etc.) auch den Haftgrund des Entziehungsverdachts (§ 62 Abs.2 Nr.5 AufenthG) an.

Da der innerhalb eines Monats nach Einreise aus der Haft heraus gestellte Asylantrag nur den Haftgrund der unerlaubten Einreise entfallen lässt, bleiben Asylsuchende in Haft bis das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Übernahme der Zuständigkeit bejaht, sofern es dann den Asylantrag nicht binnen der Vier-Wochen-Frist des § 14 Abs.3 S.3 AsylVfG als offensichtlich unbegründet ablehnt. Da der Asylantrag aus der Haft heraus gestellt wurde, liegt allerdings regelmäßig ein Grund vor, den Asylantrag als offensichtlich unbegründet abzulehnen (vgl. § 30 Abs.3 Nr. 4 AsylVfG).

Nach aktueller Rechtslage ist damit Abschiebungshaft grundsätzlich bei jedem, d.h. bei 100 % aller nach Deutschland einreisenden Asylsuchenden zulässig, sofern es nicht an der unter A. beschriebenen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Haft fehlt. Wegen § 30 Abs.3 Nr.4 AsylVfG wird im Übrigen die Offensichtlichkeitsentscheidung zum Regelfall.

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie und anderen internationalen Rechts

Das internationale Flüchtlingsrecht sieht die Inhaftierung von Asylsuchenden demgegenüber nicht als Regelfall, wie es in der Praxis in der Bundesrepublik geschieht oder nach geltender Rechtslage jedenfalls geschehen kann, sondern als absoluten Ausnahmefall an.

So sieht Art. 31 Abs.1 der Genfer Flüchtlingskonvention ausdrücklich vor, dass Flüchtlinge wegen der Einreisemodalitäten nicht bestraft werden. Es ist eine Errungenschaft des internationalen Flüchtlingsrechts, dass von Personen, die vor Verfolgung fliehen, nicht erwartet werden kann, dass sie beim Verlassen ihres Landes und bei der Einreise in ein anderes Land alle Vorschriften einhalten und dass sie daher wegen illegaler Einreise in das Land, in dem sie Asyl suchen, oder wegen illegalen Aufenthalts in diesem Land nicht bestraft werden sollten. Der Gesetzgeber hat dieses Prinzip in § 14 Abs.3 Nr. 4 AsylVfG verankert (vgl. BT-DrS 13/5086, S.11). Die Vorschrift steht allerdings in offenem Widerspruch zu § 30 Abs.3 Nr. 4 AsylVfG.

Art. 18 Abs.1 der RL 2005/85 (Verfahrensrichtlinie) gibt vor, dass die Mitgliedstaaten eine Person nicht allein deshalb in Haft nehmen dürfen, weil sie ein Asylbewerber ist. Die Inhaftierung einer Person, die um Asyl nachgesucht hat, auch wenn der nach § 14 AsylVfG erforderliche Eingang des Asylantrags beim zuständigen Bundesamt noch nicht zu verzeichnen ist, ist mit der Begründung der unerlaubten Einreise nicht mit Art. 18 Abs.1 der RL 2005/85 vereinbar.

Art. 19 Abs.2 S. 2 Dublin-II-VO sieht ausdrücklich vor, dass der von einer Zuständigkeitsbestimmung betroffene Asylsuchende sich auf eigene Initiative in den zuständigen Staat begeben darf. Dem läuft die Inhaftierung von Asylbewerbern zur Durchführung einer Abschiebung nach der Dublin-II-VO zuwider.

Erwägungsgrund 9 RL 2008/115/EG sieht ausdrücklich vor, dass ein illegaler Aufenthalt bis zur bestandskräftigen abschlägigen Entscheidung über den Asylantrag oder das Aufenthaltsrecht nicht vorliegt.

III. Erforderliche Änderung

Die Rückführungsrichtlinie ist grundsätzlich auch auf diese Fälle anwendbar (Art. 6 Abs.2 RL 2008/115/EG). Daher sind alle bereits genannten Regelungen zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat daher zusätzlich zur Implementierung der „ultima ratio“-Klausel an geeigneter Stelle im AsylVfG ausdrücklich zu verankern, dass § 62 AufenthG auch für alle Fälle von Rückkehrentscheidungen nach der Dublin-II-Verordnung gilt. Es ist zudem zu regeln, dass bei Asylbewerbern die flüchtlingstypischen Modalitäten der Einreise nicht als Grund für die Annahme des Haftgrundes des § 62 Abs.2 Nr.5 AufenthG herangezogen werden dürfen.

F. Rechtliche Beratung und Vertretung von Menschen in Abschiebungshaft

I. Aktuelle nationale Rechtslage

Das Gesetz sieht eine Notwendigkeit rechtlicher Vertretung grundsätzlich ausschließlich im sog. Flughafenverfahren vor (vgl. § 18 a Abs.1 AsylVfG; BVerfGE 94, 166). Allerdings ist eine solche Beratung und Vertretung wegen der Vergleichbarkeit mit dem Flughafenverfahren auch in Abschiebungshaftfällen erforderlich (vgl. § 14 Abs.3 S.2 AsylVfG). Außerhalb des Flughafenverfahrens haben nur einzelne Bundesländer die Einrichtung einer ständigen Rechtsberatung in einzelnen Abschiebungshaftanstalten unter unterschiedlichen Voraussetzungen ermöglicht, so u.a. in Brandenburg, Nordrhein-Westfalen.

Für vermögenslose Flüchtlinge gibt es die Möglichkeit, Beratungshilfe für die Beratung oder Verfahrenskostenhilfe für eine Rechtsvertretung zu beantragen. Die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe hängt allerdings nach geltender Rechtslage von den Erfolgsaussichten ab. Zwar dürften diese aufgrund der Notwendigkeit einer – ergebnisoffenen - persönlichen Anhörung des Betroffenen regelmäßig zu bejahen sein. In der Praxis zeigt sich aber, dass nach wie vor viele Tatsachengerichte keine Verfahrenskostenhilfe bewilligen und Betroffene daher von rechtlicher Vertretung abgeschnitten sind. Zudem ist die Verfahrenskostenhilfe keine kostenlose staatliche Hilfe, sondern die gewährte Zahlung muss später zurückgezahlt werden, wenn dieses möglich ist.

Im Rechtsmittelverfahren müssen sich von Abschiebungshaft Betroffene zudem nach der Änderung des Verfahrensrechts eines vor dem BGH in Karlsruhe zugelassenen Rechtsanwalts versichern, was in der Regel schon aus Gründen der Entfernung scheitert.

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Lediglich in Art. 13 Abs.4 RL 2008/115/EG wird darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Rechtsberatung und/oder -vertretung nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts über die Prozesskostenhilfe kostenlos gewährleistet wird. Art. 13 Abs.4 befaßt sich allerdings mit Rechtsbehelfen gegen die Rückkehrentscheidung, nicht mit der Haft. Die Möglichkeit der Haft ist in Art. 14 u. 15 RL 2008/115/EG geregelt, die zur Rechtsberatung und/oder –vertretung nichts enthalten. Da die Beratung und/oder Vertretung in Haftfällen zusätzlich erschwert ist und die Haft ein weitergehender Eingriff ist, wird Art. 13 Abs.4 aber auch auf Haftfälle anzuwenden sein. Schon im EU-Gesetzgebungsverfahren hat das Parlament das Erfordernis gesehen, dass insbesondere in Haftfällen sicherzustellen ist, dass kostenlose Rechtsberatung- oder -vertretung zur Verfügung steht (EP vom 18.06.2008 - COD/2005/0167).

In Art. 13 Abs.4 der Richtlinie ist ausdrücklich von „kostenloser“ Beratung oder Vertretung die Rede. Weder das nationale Beratungshilferecht noch das Verfahrenskostenhilferecht ermöglicht aber eine kostenlose Beratung oder Vertretung. Im Falle der Beratungshilfe hat der Betroffene selbst einen geringfügigen Beitrag zu leisten (aktuell 10 €). Die Verfahrenskostenhilfe ist eine Art staatliches zinsloses Darlehen, um den Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen. Erzielt der Betroffene zu einem späte-

ren Zeitpunkt ein ausreichendes Einkommen, so hat er die gewährte Verfahrenskostenhilfe zurückzuzahlen.

Die Regelung über die kostenfreie Rechtsberatung oder –vertretung ist allerdings erst zum 24.12.2011 umzusetzen (Art. 20 Abs.1 RL 2008/115/EG). Gleichwohl ist der Gesetzgeber nicht gehindert, diese Regelung bereits jetzt umzusetzen.

III. Erforderliche Umsetzung

Im Gesetzesentwurf findet sich lediglich der Hinweis, dass Abschiebungshäftlinge zu Rechtsvertretern Kontakt aufnehmen dürfen. Von kostenloser Beratung oder Vertretung ist im Entwurf nicht die Rede. Der Entwurf genügt damit nicht den Vorgaben der Richtlinie.

Menschen in Abschiebungshaft haben, insbesondere dann, wenn sie gerade erst in die Bundesrepublik als Flüchtlinge eingereist sind, sehr häufig keine Möglichkeit, sich gegen rechtswidrige Freiheitsentziehungen zu wehren. Es fehlt an Kenntnissen des deutschen Rechtswesens, mitunter kommen auch noch psychische Belastungen nach Verfolgung und Flucht hinzu. In häufig schnell verlaufenden Haftverfahren haben die Betroffenen oft auch nicht die Möglichkeit, ebenso schnell fachkompetenten Rat einzuholen. Zudem kann häufig nur nach Akteneinsicht der Anspruch auf rechtliches Gehör wirksam zur Geltung gebracht werden, indem etwa die Einhaltung des haftrechtlichen Beschleunigungsgebots überwacht wird. Dazu ist ein Asylbewerber regelmäßig schon sprachlich nicht in der Lage.

Der Gesetzgeber ist daher gehalten, nach den Vorgaben der Richtlinie eine kostenlose Rechtsberatung und/oder –vertretung durch Rechtsanwälte zur Verfügung stellen.

Auch wenn vom rechtlichen Ansatz her Abschiebungshaft nicht mit strafrechtlicher Untersuchungshaft zu vergleichen ist, sind die Auswirkungen der freiheitsentziehenden Maßnahme häufig ähnlich. Für den Bereich der Untersuchungshaft hat der Gesetzgeber inzwischen stets die Beiordnung eines Rechtsanwalts vorgeschrieben. Dieses sollte analog auch im Freiheitsentziehungsverfahren gelten. Der Gesetzgeber sollte zudem analog zum strafrechtlichen Revisionsrecht den Zwang fallenlassen, sich durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten zu lassen.

Mindestens ist eine Änderung des Verfahrenskostenhilferechts insofern vorzunehmen, als die Bewilligung der Hilfe und die Beordnung eines Rechtsanwalts nach § 76 FamFG in Abschiebungshaftsachen nicht mehr von den Erfolgsaussichten des Verfahrens abhängig gemacht wird, zumal wegen der notwendigen Anhörung des Betroffenen, die ergebnisoffen zu erfolgen hat, ohnehin stets eine Erfolgsaussicht anzunehmen wäre. Da die Einschaltung eines beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts durch den Betroffenen in Haft selbst in der Praxis in den seltensten Fällen möglich ist, sollte, wenn die Beschränkung auf Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind, nicht fallen gelassen wird, auch der vermittelnde Rechtsanwalt beigeordnet werden. Die Bevollmächtigten, die in den Sachinstanzen vertreten, leisten in aller Regel für die Rechtsbeschwerde wichtige Vorarbeit und stellen den Kontakt zu den beim BGH zugelassenen Anwälten her. Ein Honorar erhalten sie dafür nach bisheriger Rechtslage nicht.

G. Abschiebung durch die Bundespolizei

I. Aktuelle Rechtslage

Nach bisheriger Rechtslage ist die Bundespolizei ausschließlich für Zurückweisungen und Zurückschiebungen zuständig, nicht hingegen für Abschiebungen. Lediglich die Durchführung der Abschiebung (begrifflich: Rückführung) kann in der Zuständigkeit der Bundespolizei liegen (§ 71 Abs.3 AufenthG).

In Fällen ohne Asylbezug kann die Zurückweisung oder Zurückschiebung auch durch die Bundespolizei direkt in das Herkunftsland vorgenommen werden, in Fällen mit Asylbezug wegen des Refoulement-Verbots hingegen nicht. Hier blieb die Zuständigkeit nur auf die Fälle der Zurückweisung oder Zurückschiebung in einen sicheren Drittstaat oder Dublin-II-Staat beschränkt, was sich aus dem AsylVfG ergibt.

Für Abschiebungen nach Erlass einer aufenthaltsbeendenden Entscheidung einschließlich einer Abschiebungsandrohung war die Bundespolizei bislang nie zuständig, weder nach den Vorschriften des AsylVfG noch nach denen des AufenthG.

Örtlich ergibt sich die Beschränkung der Zuständigkeit der Bundespolizei auf den Grenzschutz aus dem Bundespolizeigesetz.

II. Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Art. 2 Abs.2 a) RL 2008/115/EG erlaubt den Mitgliedstaaten, die Richtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die von den zuständigen Behörden in Verbindung mit dem illegalen Überschreiten der Außengrenze eines Mitgliedstaats auf dem Land-, See- oder Luftwege aufgegriffen bzw. abgefangen werden.

III. Umsetzung

Der Gesetzesentwurf enthält Änderungen des § 57 und 71 AufenthG, also im Bereich des allgemeinen Aufenthaltsrechts. Gemäß § 57 Abs.1 sind Zurückschiebungen nur noch solche an den Schengen-Außengrenzen. Die Anpassung erfolgt auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 2 a) RL 2008/115/EG. Danach wird die Bundespolizei aufenthaltsrechtlich nur noch an Flug- und Seehäfen für die Zurückschiebung und Zurückweisung außerhalb des Flüchtlingsrechts zuständig sein.

Die Zuständigkeit für Zurückschiebungen gemäß dem AufenthG (also außerhalb des AsylVfG) über die Binnengrenze fällt damit weg. Der Gesetzesentwurf fängt dieses auf, indem nunmehr die Bundespolizei auch für Abschiebungen, allerdings nur über die Binnengrenze, zuständig sein soll. Beispiel: Ein Drittstaatsangehöriger mit französischem Aufenthaltstitel betritt die Bundesrepublik, obwohl er hier eine Einreisesperre hat.

Gegen diese Zuständigkeitserweiterung der Bundespolizei auf Abschiebungen bestehen erhebliche Bedenken. Mit der Zuständigkeitserweiterung wird die grundsätzliche Trennung der Zuständigkeiten der allgemeinen Ausländerbehörden und der Bundespolizei erstmals aufgehoben. Dieses ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zur Ausdehnung der Bundesgrenzschutzkompetenzen auf den Eisenbahn- und Luftverkehrsbereich klargestellt, dass der Bundesgrenzschutz nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden, Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren darf (BVerfGE 97,198).

Die Begründung einer Zuständigkeit für Abschiebungen, sei diese auch nur begrenzt, überschreitet diese vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Grenze. Mit der Abschiebung sind eine Vielzahl neuer Aufgaben für die Bundespolizei verbunden, die bislang nicht zu ihrem Aufgabenkreis gehörten.

So müssen für Abschiebungen regelmäßig folgende Maßnahmen ergriffen werden, wofür die Bundespolizei Kompetenzen erhalten müßte: Ausreiseaufforderung (§ 50 AufenthG), Abschiebungsandrohung (§ 59 AufenthG), Zielstaatbestimmung bei Abschiebungsandrohung (§ 59 Abs.2 AufenthG), Prüfung eines Antrags auf subsidiären Schutz (§§ 60 Abs.2 – 7 AufenthG, 25 Abs.3 AufenthG), Beachtung der Beteiligungserfordernisse (§ 72 AufenthG), Ausreisefrist (§ 59 Abs. 1 AufenthG), Fristverlängerung (§ 59 Abs. 1 AufenthG), Überwachung der freiwilligen Ausreise (§ 59 Abs. 1 S. 3 AufenthG), Regelung des Verbleibs des Ausländers während der Ausreisefrist oder während einer längerfristig nicht durchführbaren Abschiebung (§ 60 a AufenthG), Regelungen über die damit zusammenhängenden Kosten, räumliche Beschränkungen (§ 61 a AufenthG), Opferschutzregelungen (§ 59 Abs.7 AufenthG), Maßnahmen gegen Arbeitgeber (§ 59 Abs.8 AufenthG).

Zudem wird im Bereich der Binnengrenzen mit der Regelung eine konkurrierende Zuständigkeit aufgebaut mit den dortigen grenznahen Ausländerbehörden, was dem Gebot transparenter Entscheidungsstrukturen zuwiderläuft. So wird ein Drittstaatsangehöriger, der im grenznahen Bereich aufgegriffen wird, sich mit Anträgen sowohl an die dort örtlich zuständige Ausländerbehörde als auch an die Bundespolizei wenden können. Dass damit die Tür geöffnet wird für divergierende Maßnahmen und Entscheidungen, liegt auf der Hand.

Auch faktisch ist eine Zuständigkeit der Bundespolizei in diesem Bereich nicht erforderlich. Die geplante Vorschrift erweckt den Eindruck, die Bundespolizei dürfe an den Binnengrenzen weitgehend kontrollieren. Das ist aber nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Der EuGH hat inzwischen klargestellt, dass auch Drittstaatsangehörige nur unter folgenden Voraussetzungen kontrolliert werden dürfen: die Kontrollen dürfen nicht an den Grenzen, sondern nur im Hoheitsgebiet stattfinden und die Kontrollen dürfen nur unabhängig vom Überschreiten der Grenze durch die kontrollierte Person stattfinden (EuGH, Urt. v. 22.06.2010, Rs. C-10/188 und C-10/189, „Melki & Abdeli“). Für die Fälle, in denen illegal eingereiste Ausländer im Grenzbereich verdachtsunabhängig, also zufällig kontrolliert werden, bedarf es keiner Zuständigkeits-erweiterung der Bundespolizei.

Der Gesetzesvorschlag dazu ist daher abzulehnen. Vielmehr sollte der Gesetzgeber in diesen Fällen allenfalls eine beschleunigte Übergabe der Fälle durch die Bundespolizei an die örtlich zuständigen Ausländerbehörden regeln.