

Berlin, im Februar 2008  
Stellungnahme Nr. 07/08

## **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in  
Familiensachen und in den Angelegenheiten  
der freiwilligen Gerichtsbarkeit  
(FGG-Reformgesetz – FGG-RG) Buch 7 (Verfahren in  
Freiheitsentziehungssachen)  
– Stand 7.09.2007 (BT-Drs.: 16/6308)**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Veronika Arendt-Rojahn, Marburger Str. 5, 10789 Berlin (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Klingerstraße 24, 60313 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Jürgen Moser, Alexandrinenstraße 2-3, 10969 Berlin

Rechtsanwalt Volkert Ohm, Am Wall 151-152, 28195 Bremen

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Allerheiligentor 2-4, 60311 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Vorstadtplatz 15, 72202 Nagold

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Blumenauerstraße 1, 30449 Hannover

Rechtsanwalt Klaus-Peter Stiegeler, Heinrich-von-Stephan-Str. 8 b, 79068 Freiburg

Gast des Ausschusses:

Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Rosenthaler Straße 46/47, 10178 Berlin (Berichterstatte)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Inneren
  
- Innenausschuss des Bundestages
- Rechtsausschuss des Bundestages
- Innenausschüsse der Landtage
- Arbeitsgruppen Inneres 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
- NJW

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

Mit dem Reformgesetz soll das bisherige Freiheitsentziehungsgesetz (FEVG) in das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FamGG) als eigenes Buch 7 eingegliedert werden. Das Reformgesetz enthält gegenüber dem FEVG neben redaktionellen Änderungen auch einige inhaltliche. Zu den beabsichtigten Änderungen nimmt der Deutsche Anwaltverein durch seinen Ausschuss Ausländer- und Asylrecht in Ergänzung zu den Stellungnahmen des Ausschusses Zivilverfahrensrecht (DAV-Stellungnahmen Nr. 42/06 und Nr. 64/06) aus ausländerrechtlicher Sicht wie folgt Stellung:

### **1. Änderungen AsylVfG/AufenthG**

In Art. 18 und 19 des Änderungsgesetzes werden das Asylverfahrensgesetz und das Aufenthaltsgesetz angepasst. § 89 Abs.2 AsylVfG und § 106 Abs.2 S.1 AufenthG verwiesen bisher auf das FEVG, welches wiederum selbst in § 3 S. 2 FEVG auf die subsidiäre Anwendung des FamGG verwies. Nun wird in beiden Vorschriften ausschließlich auf Buch 7 verwiesen. Auf den allgemeinen Teil des FamGG (Buch 1) wird nicht verwiesen, auch nicht subsidiär. Damit wird der Eindruck erweckt, dass die Vorschriften des allgemeinen Teils im Freiheitsentziehungsverfahren überhaupt nicht zur Anwendung kommen sollen. Das ist vom Gesetzgeber aber sicher nicht gewollt, da dieser in der Gesetzesbegründung zum Buch 7 selbst teilweise auf Buch 1 verweist. Eine Begründung für das Entfallen von § 3 S.2 FEVG ist nicht ersichtlich.

Art. 18 des FGG-RG sollte daher lauten:

„2. § 89 Abs.2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Das Verfahren bei Freiheitsentziehungen richtet sich nach den Büchern 1 und 7 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.““

Art. 19 des FGG-RG sollte lauten:

„In § 106 Abs. 2 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950), das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden die Wörter „dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen“ durch die Wörter „Bücher 1 und 7 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ ersetzt.“

## **2. Antragserfordernis**

Unverändert ist das Antragserfordernis der Behörde in § 417 FamGG (bisher § 3 FEVG) geblieben. Weil in der bisherigen Praxis die Frage der örtlichen Zuständigkeit der antragstellenden Behörde immer wieder Probleme aufwarf, sollte dieses klarstellend wie folgt aufgenommen werden:

„Die Freiheitsentziehung darf das Gericht nur auf Antrag der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde anordnen.“

Das Begründungserfordernis des § 23 FamGG galt für Freiheitsentziehungen im Ausländerrecht auch schon nach bisherigem Recht. Der Gesetzgeber hat § 23 FamGG allerdings nur als „Soll“-Vorschrift eingeführt, sodass im Haftverfahren nicht wünschenswerte Ausnahmen zugelassen sind. Einen nachvollziehbaren Grund kann es dafür nicht geben. Einen Ausländer ohne Begründung zur Inhaftierung einem Haftrichter vorzuführen, darf auch nicht im einstweiligen Anordnungsverfahren möglich sein.

Auch die Ansprüche auf rechtliches Gehör und wirksamen Rechtsschutz kann der Betroffene nicht effektiv geltend machen, wenn er nicht weiß, aus welchen Gründen er inhaftiert werden soll. Abschiebungshaft gegen Ausländer wird häufig gegen solche Ausländer verhängt, die sich noch nicht lange in der Bundesrepublik aufhalten und daher mit den hiesigen Verhältnissen nicht vertraut sein können. Dieses gilt insbesondere für Asylbewerber, sofern diese nach materiellem Recht überhaupt in Haft genommen werden dürfen. Diese können die Haft sehr häufig nicht nachvollziehen, weil Haft in der Regel mit Strafe assoziiert wird, nicht aber mit Verwaltungsvollstreckung. Zudem kann ein ordnungsgemäß und umfassend begründeter Antrag die Gefahr von Fehlentscheidungen aufgrund unvollständigen Sachverhalts minimieren.

Die bisherige Rechtsprechung hatte daher zunehmend auch eine ordnungsgemäße Begründung des Haftantrages verlangt: Zu einer ordnungsgemäßen Begründung gehört die Darlegung der maßgeblichen Tatsachen. Dazu gehört die Identität des Ausländers, soweit bekannt (BayObLG, Beschl. v. 14.08.1991, – BReg. 3 Z 122/91 -, InfAusIR 1991, 345; Marschner/Volckardt, § 3 FEVG, Rdnr. 6), sein gewöhnlicher Aufenthaltsort, die vollziehbare Ausreisepflicht einschließlich des Nachweises der Zustellung eines Bescheides, der die Ausreisepflicht begründet (BGH, Urt. v. 18.05.2006, - III ZR 183/05 -, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)), die Erforderlichkeit der Abschiebung, die Voraussetzungen eines Haftgrundes, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Haft, die Durchführbarkeit der Abschiebung sowie die erforderliche Haftdauer. Haftanträge von Ausländerbehörden erschöpften sich bislang häufig in der Wiedergabe des Gesetzestextes. Es ist aber nicht Sache der Gerichte, Ermittlungsdefizite der Behörden durch eigene Nachforschungen ins Blaue hinein zu kompensieren (KG, Beschl. v. 12.9.1996, – 25 W 5611/96 -, NVwZ 1997, 516). Es sollten daher aus Gründen effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten folgende Sätze in § 417 eingefügt werden:

„Der Antrag ist zu begründen. Zu den in § 23 Abs.1 FamGG genannten Tatsachen gehören insbesondere

1. die Identität des Betroffenen, soweit bekannt oder ermittelbar,
2. der gewöhnliche Aufenthaltsort des Betroffenen,
3. die nachweislich vollziehbare Ausreisepflicht des Betroffenen,
4. die Erforderlichkeit der Abschiebung,
5. die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Haft,
6. die Durchführbarkeit der Abschiebung,
7. die erforderliche Haftdauer.

Ein unbegründeter oder nicht vollständiger Haftantrag ist in der Regel abzulehnen.“

Zu Recht weist der Gesetzgeber in § 23 Abs.1 FamGG darauf hin, dass auch Beweismittel und Urkunden vorzulegen sind. Im Abschiebungshaftverfahren ergeben sich viele Erkenntnisse über den Betroffenen aus der Ausländerakte. Das Bundesverfassungsgericht hat inzwischen entschieden, dass der Haftrichter die Ausländerakte beizuziehen hat (BVerfG, Beschl. v. 7.9.2006 – 2 BvR 129/04 -, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)). Im Hinblick auf das haftrechtliche Beschleunigungsgebot sollte die antragstellende Ausländerbehörde angehalten werden, die Ausländerakte von sich aus vorzulegen. Daher sollte eingefügt werden:

„Mit der Begründung soll auch die Ausländerakte dem Gericht vorgelegt werden. Die Vorlage hat spätestens in der Anhörung zu erfolgen. Die §§ 13, 14 FamGG sind entsprechend anzuwenden.“

### **3. Beteiligte**

In § 418 FamGG wird nunmehr ausdrücklich geregelt, wer „Beteiligter“ am Verfahren ist. Wie bisher sind notwendige Beteiligte der Betroffene und die antragstellende Behörde.

Darüber hinaus waren bisher im FEVG für verschiedene Verfahrensschritte (Anhörung, Zustellung, Rechtsmitteleinlegung, Mitteilung über Freiheitsentziehung) an unterschiedlichen Stellen Rechte Dritter geregelt. Ehegatten oder Lebenspartner, Eltern und Kinder sowie Pflegeeltern, außerdem die „Person des Vertrauens“ erhalten jetzt eine ausdrücklich formelle Rechtsposition als „Beteiligter“. Dieses wird vom DAV begrüßt, da bislang die Beteiligung dieser Personen in Abschiebungshaftsachen häufig vernachlässigt wurde.

Wenn auch eher selten, jedoch hin und wieder stehen auch Ausländer unter Betreuung. Der Betreuer sollte daher auch zu dem in § 418 Abs.1 FamGG genannten Personenkreis hinzugezählt werden, sofern die Betreuung sich auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht bezieht, andernfalls zu dem in § 418 Abs.3 genannten Personenkreis.

### **4. Verfahrenspfleger/rechtliche Beratung/rechtliche Vertretung**

Insgesamt überhaupt nicht zufriedenstellend ist leider die Vertretung des Betroffenen geregelt.

Grundsätzlich bewertet der Ausschuss Ausländer- und Asylrecht im DAV es als positiv, dass besonders schutzbedürftige Personen im Rahmen des FamGG Verfahrenspfleger zur Seite gestellt werden. Das Abschiebungshaftrecht setzt aber in der Praxis ein hohes Maß an Kenntnis des gesamten Ausländerrechts und Erfahrung mit dem Rechtsgebiet voraus, um einen Betroffenen wirksam vor Fehlentscheidungen zu schützen. Dieses kann von Verfahrenspflegern in der Praxis nicht gewährleistet werden, deswegen sollte Verfahrenspfleger immer ein Rechtsanwalt sein. Der Gesetzgeber sollte daher die auch mit finanziellen Mitteln einzurichtende Verfahrenspflegschaft nachrangig zur Förderung einer fachkompetenten Rechtsberatung sowie einer rechtlichen Vertretung behandeln. In § 419 Abs.2 FamGG erkennt der Gesetzgeber die Nachrangigkeit der Verfahrenspflegschaft gegenüber einer anwaltlichen Vertretung, allerdings nur im Einzelfall.

### **a. Verfahrenspfleger**

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist nun grundsätzlich auch in Abschiebungshftsachen ein Verfahrenspfleger zu beteiligen (§ 419, 418 Abs.2 FamGG). Die Beteiligung eines Verfahrenspflegers ist mit der Schaffung des Betreuungsrechts eingeführt worden für Personen, die nicht in der Lage sind, sich in eigenen Angelegenheiten sachgerecht zu vertreten. In der Begründung wird aber festgestellt, dass dieses in Abschiebungshftsachen nur ausnahmsweise der Fall sein solle, weil der Betroffene „im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte“ sei. Dieses ist jedenfalls bei Asylbewerbern dann zweifelhaft, wenn sie aufgrund früher im Heimatland erlittener Verfolgungsmaßnahmen psychisch erkrankt, insbesondere traumatisiert sind. Nach den Erfahrungen des DAV kommen derartige Fälle häufig vor. Dass eventuell Traumatisierte bei den sonstigen Hemmnissen (Sprachhindernisse, Unkenntnis des deutschen Rechts) nicht in der Lage sind, sich zu vertreten, liegt auf der Hand.

Sehr häufig verbringen darüber hinaus Asylbewerber im Hinblick auf § 14 AsylVfG die ersten vier Wochen ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik nach ihrer Flucht in Abschiebungshaft. Eine Kenntnis des Verfahrens und der eigenen Rechte kann von den häufig aus völlig anderen Kultur- und Rechtskreisen stammenden Menschen nicht erwartet werden.

Die Frage, ob jemand einen Verfahrenspfleger benötigt ist also sehr differenziert zu beurteilen. Die in der Gesetzesbegründung vorgenommen Einschränkung auf Ausnahmefälle sollte daher fallengelassen werden. Auch sollte die Begründungspflicht des ablehnenden Beschlusses des Gerichts bleiben, damit das Gericht sich mit der Frage der Einsetzung eines Verfahrenspflegers auseinandersetzt.

### **b. Rechtsberatung**

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.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zum Flughafenverfahren im Hinblick auf etwaige asylrechtliche Fehlentscheidungen eine für die Betroffenen kostenlose Rechtsberatung gefordert. Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zu § 14 AsylVfG zu Recht darauf hingewiesen, dass die Situation für Abschiebungshäftlinge mit der sich im Flughafenverfahren festgehaltenen vergleichbar ist und in § 14 AsylVfG einen zügigen Zugang zu rechtlichem Beistand verankert.

Inzwischen wird eine Rechtsberatung in Abschiebungshaft in Nordrhein-Westfalen (JVA Büren) und in Brandenburg (Abschiebungsgewahrsam Eisenhüttenstadt) von lokalen Anwaltsorganisationen mit staatlicher Förderung durchgeführt.

Das Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe hat in seinem letzten Bericht vom 18. April 2007 zu seinem Besuch vom Winter 2005 in der Bundesrepublik die Einrichtung einer Rechtsberatung in Eisenhüttenstadt lobend erwähnt und die Bitte geäußert, dass dieses Modell in allen Bundesländern eingerichtet wird (<http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2007-18-inf-eng.pdf>, S.37). Die Bundesregierung hat in der Antwort auf den Bericht des CPT dargelegt, alle Länder seien nochmals auf die Empfehlung des CPT hingewiesen worden.

Der Ausschuss Ausländer- und Asylrecht des DAV hält eine solche Rechtsberatung für dringend erforderlich. Der Gesetzgeber sollte die Gelegenheit der Änderung des FamGG nutzen und ein solches System einrichten, ggf. über eine gesetzgeberische Rahmenentscheidung, um damit der Empfehlung des CPT Nachdruck zu verleihen. Im Übrigen ist der DAV der Auffassung, dass eine Rechtsberatung durch Mitarbeiter von Behörden, wie sie offenbar in Baden-Württemberg praktiziert wird, nicht rechtsstaatlichen Ansprüchen an die Gewaltenteilung genügt.

### **c. Verfahrenshilfe/Beiordnung**

Ebenfalls nicht zufriedenstellend sind die Regelungen zur Rechtsvertretung.

#### **- Verfahrenshilfe**

Die Regelungen der Verfahrenshilfe, die im Wesentlichen dem Prozesskostenhilferecht angelehnt ist, sind nicht ausreichend. In § 76 Abs.1 FamGG wird in Verfahren, die auf Antrag eingeleitet werden, Verfahrenskostenhilfe – wie bisher – bei Erfolgsaussicht gewährt. In Fällen der Einleitung des Verfahrens von Amts wegen erfolgt die Gewährung von Verfahrenshilfe dagegen bereits dann, wenn „die Rechte des Beteiligten durch den Verfahrensausgang betroffen werden können und die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist oder mutwillig erscheint.“

Da das Freiheitsentziehungsverfahren nur auf Antrag einzuleiten ist, kommt eine unmittelbare Anwendung des Abs.2 wohl nicht in Betracht. Gleichwohl werden durch die Freiheitsentziehung die Rechte des Betroffenen in erheblichem Maße betroffen. Das bedarf keiner Erläuterung. Die Einleitung des Verfahrens erfolgt zudem durch eine Behörde, also auf amtliche Veranlassung. § 76 Abs.2 sollte daher auch für das Freiheitsentziehungsverfahren anzuwenden sein.

In § 419 Abs.2 FamGG sollte daher als S.2 angefügt werden:

„Für die Vertretung durch einen Rechtsanwalt gilt § 76 Abs.2 FamGG entsprechend.“

### **- Beiordnung**

In aller Regel stellt sich die Rechtsmaterie der Abschiebungshaft für den Betroffenen als schwierige Rechtsmaterie dar, die es ihm unmöglich macht, sich selbst gegen eine unrechtmäßige Freiheitsentziehung selbst zu verteidigen. Die Rechtsprechung zur Kostenerstattung hat bestätigt, dass Abschiebungshaftrecht aufgrund der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage in der Regel die Geltendmachung einer höheren Gebühr als der Mittelgebühr nach dem RVG rechtfertigt (vgl. OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.09.2005 – 13 W 97/04). Hinzu kommt häufig die fehlende Kenntnis des deutschen Rechtssystems unmittelbar nach Einreise, Verständigungsschwierigkeiten des Betroffenen. Eine anwaltliche Vertretung erscheint daher in aller Regel „notwendig“ (vgl. EGMR, Urte. v. 12.05.1992 – EuGrZ 1992, 347 – Megyeri / Deutschland). Da die Pflichtverteidigung im Freiheitsentziehungsverfahren nicht geregelt ist, kommt der Beiordnung besondere Bedeutung zu. Bei Freiheitsentziehungen über drei Monate stellt sich stets die Frage, ob diese noch verhältnismäßig ist. Sehr häufig ist auch zu prüfen, ob eine Abschiebung, die innerhalb von drei Monaten nicht möglich war, noch in absehbarer Zeit erfolgen kann. Die Sachlage wird daher zunehmend „schwierig“. In analoger Anwendung der Vorschriften zur Pflichtverteidigung der StPO sollte daher geregelt werden, dass bei einer Freiheitsentziehung von über drei Monaten stets ein Rechtsanwalt beizuordnen ist. Als S.3 ist daher in § 419 Abs.2 FamGG einzufügen:

„Dem Betroffenen ist stets ein Rechtsanwalt beizuordnen, wenn die Haftdauer drei Monate überschreitet.“

## **5. Anhörung**

Der Verzicht auf die Anhörung der Beteiligten in § 420 Abs.3 S.2 FamGG ist bedenklich. Die Formulierung ist zu offen. Sie macht erheblichen Missbrauch möglich, weil sie in das freie Ermessen des Gerichts gestellt ist. Das Gericht mag geneigt sein, Hindernisse mit dieser Vorschrift wegzuwischen. Anhörungsfehler führen aber häufig zu falschen Haftentscheidungen. Insbesondere aus der Anhörung von Familienangehörigen können sich erhebliche Umstände ergeben, die eine Haft unverhältnismäßig machen. Die Entscheidung sollte daher zumindest anfechtbar sein. Daher sollte ein Verzicht nur ausnahmsweise im begründeten Einzelfall möglich sein. Zu dem Verzicht auf die Anhörung sollte auch der Betroffene anzuhören sein. Die Formulierung sollte daher lauten:

„Die Anhörung kann ausnahmsweise im begründeten Einzelfall unterbleiben, wenn sie nicht ohne erhebliche Verzögerung oder nicht ohne erhebliche und unverhältnismäßige Kosten möglich ist. Der Betroffene ist dazu anzuhören.“

## **6. Vollzug**

422 Abs.4 FamGG verweist bei Vollzug in Justizvollzugsanstalten auf das StVollzG. Dieser allgemeine Verweis ist nicht hinnehmbar. Insgesamt passen die Vorschriften des StVollzG nicht zur Abschiebungshaft. Ein Gefängnis ist per definitionem kein passender Ort, um jemanden festzuhalten, der weder strafrechtlich verurteilt noch einer Straftat verdächtigt ist (CPT Standards, 7. Jahresbericht, Rn.28, [www.cpt.coe.int/german.htm](http://www.cpt.coe.int/german.htm)). Rechtsstaatlich erfordert die freiheitsentziehende Maßnahme einschließlich des Vollzugs daher eine klare gesetzliche Grundlage. Das StVollzG enthält nur wenige unpräzise Aussagen über den Vollzug von Abschiebungshaft. Die Regelungen genügen nicht verfassungsrechtlichen Ansprüchen (Bamann/Feest in Feest, StVollzG-Kommentar, 5. Aufl. 2006, Exkurs n. § 175, Rdnr. 32; Böhm in Schwind/Böhm/Jehle, StVollzG, 4.Aufl.2005, § 175, Rdnr. 5).

Auch die zum StVollzG geltenden bundesrechtlichen Verwaltungsvorschriften sowie teilweise vorhandene Verwaltungsvorschriften, Richtlinien oder Erlasse der Bundesländer können die Regelungslücken nicht auffüllen.

Sehr problematisch ist u.a. die bundeseinheitliche VV zu § 171 StVollzG. Grundsätzlich sieht Nr.1 VV vor, dass im Vollzug über den bloßen Freiheitsentzug hinausgehende Beschränkungen nur angeordnet werden dürfen, soweit dieses zur Abwendung einer Gefahr für Sicherheit und Ordnung in der Anstalt erforderlich ist. Gemäß Nr. 4 VV soll u.a. dieses aber nicht für Abschiebungshäftlinge gelten.

Das ist nicht nachvollziehbar und verfassungsrechtlich nicht haltbar. Abschiebungshaft dient ausschließlich dem Zweck, die tatsächliche Abschiebung sicherzustellen, soll also ausschließlich verhindern, dass der Ausländer wegläuft oder untertaucht. Vor diesem Hintergrund kann ausschließlich die Sicherheit und Ordnung weitergehende Maßnahmen als das Einsperren rechtfertigen. Insbesondere darf Abschiebungshaft niemals beugenden Charakter erhalten. Alle Maßnahmen, die diesem Zweck dienen, sind absolut unzulässig.

In Bezug auf Minderjährige fehlt es generell an einer Regelung (vgl. BVerfG, Urt. v. 31.05.2006 – 2 BvR 1673/04 zum Jugendstrafvollzug).

### **7. Aussetzung des Vollzugs**

Der DAV begrüßt die jetzt verankerte Möglichkeit der Aussetzung des Vollzugs der Freiheitsentziehung, die auch schon nach altem Recht bereits möglich war. In der Praxis wurde von der Möglichkeit – auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung - allerdings so gut wie nie Gebrauch gemacht.

### **8. Dauer und Verlängerung der Freiheitsentziehung**

In § 425 Abs.1 FamGG ist als Höchstfrist eine Haftdauer von einem Jahr genannt. Die Regelung wurde einfach aus dem FEVG übernommen. Dieses ist im Hinblick auf die inzwischen gesicherte Rechtsprechung zur erneuten Haftprüfung nach drei Monaten nicht nachvollziehbar. Zu Recht weist der Gesetzgeber in der Begründung darauf hin, dass sich die Dauer der Haft nach materiellem Recht bestimmt. Da aber diese im Abschiebungshaftrecht nicht länger als drei Monate auf der Grundlage eines Beschlusses erfolgen darf, sollte auch die im FamGG bestimmte Höchstdauer nicht länger sein, da die Regelung andernfalls nur zu Missverständnissen führt.

Abs.1 der Vorschrift sollte daher lauten:

„(1) In dem Beschluss, durch den eine Freiheitsentziehung angeordnet wird, ist eine Frist für die Freiheitsentziehung bis zur Höchstdauer von drei Monaten zu bestimmen.“

## **9. Aufhebung**

In § 426 FGG n.F. ist die Überprüfung der Freiheitsentziehung vor Ablauf der beschlossenen Haft geregelt. Im Gegensatz zu § 10 Abs.2 FEVG enthält die Vorschrift kein Antragsrecht des Betroffenen mehr. Der Ausschuss Ausländer- und Asylrecht hält dieses für verfassungsrechtlich unzulässig, weil dem Betroffenen die Möglichkeit genommen wird, effektiven Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige oder rechtswidrig gewordene Freiheitsentziehung zu ergreifen. Die Freiheitsentziehung ist einer der schärfsten Eingriffe des Staates in die Rechte seines Bürgers. Es bedarf daher besonderer Vorkehrungen zum Schutz vor rechtswidrigen Eingriffen dieser Art.

In der Praxis kann das Recht, die Abänderung der Entscheidung zu beantragen, erhebliche Bedeutung haben. Die Vorschrift kann unter anderem zur Aufhebung rechtswidriger Haft führen, wenn Rechtsmittelfristen gegen den Haftbeschluss versäumt wurden. Nicht selten kann außerdem im Wiederaufnahmeverfahren unklar gebliebener Sachverhalt aufgeklärt werden, sodass die ursprünglich scheinbar gerechtfertigte Haft nun rechtswidrig ist. Es entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK, dass eigenes Verschulden (z.B. die Versäumung von Verfahrensfristen) nicht zu menschenrechtswidrigen Eingriffen führen darf (EGMR, Urteil vom 25.06.1996, InfAuslR 1997, S. 49 f.). Das wird auch für Freiheitsentziehungen zu gelten haben. Zudem erwachsen auch andere Entscheidungen nach dem FGG nicht in eine materielle Rechtskraft, die eine Durchbrechung der Rechtskraft unmöglich macht.

Zumindest dann, wenn sich die Sachlage zugunsten des Betroffenen geändert hat, muss für den Betroffenen die Möglichkeit bestehen, die Abänderung der Entscheidung herbeizuführen. Soweit ersichtlich ermöglichen alle anderen gerichtlichen und Verwaltungsverfahrensordnungen eine derartige Möglichkeit (z.B. § 51 VwVfG, § 80 Abs.7 VwGO).

Die Streichung der Regelung wird auch nicht durch § 48 Abs.1 FamGG aufgefangen. Die Regelung ermöglicht zwar eine Abänderung einer Entscheidung nach nachträglicher wesentlicher Änderung der Sach- oder Rechtslage, die Änderung ist aber nur auf Antrag zulässig (§ 48 Abs.1 S.2 FamGG). Nach der Gesetzesbegründung soll für die Änderung allerdings ein Antrag des „ursprünglichen Antragstellers“ erforderlich sein. Dieses ist im Freiheitsentziehungsverfahren die zuständige Ausländerbehörde. Es stellt sich als ganz erheblicher Abbau verfahrensbezogener Rechte dar, wenn in Freiheitsentziehungsverfahren nur die Ausländerbehörde bei Änderung der Sach- oder Rechtslage Abänderungsanträge stellen darf, der betroffene Ausländer aber nicht.

Aus welchen Gründen ausgerechnet bei einem der schwersten Grundrechtseingriffe dieses nicht möglich sein soll, kann sich dem DAV nicht erschließen.

Die Regelung des § 48 Abs.1 FamGG schließt auch ein Antragsrecht der anderen Beteiligten aus. Auch das ist nicht haltbar. So sind durch eine Freiheitsentziehung gegenüber einem Familienangehörigen immer auch in erheblichem Umfang die Grundrechte des Art. 6 GG betroffen. Familienangehörige bedürfen zur Wahrung ihrer Grundrechte ausreichenden verfahrensrechtlichen Schutzes.

Der bisherige § 10 Abs.2 FEVG ist daher als Absatz auch in § 426 n.F. zu übernehmen.

### **10. Einstweilige Anordnung**

§ 427 Abs. 1 FGG n.F. sieht – wie § 11 Abs.1 FEVG – eine vorläufige Freiheitsentziehung vor. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit sehr häufig Gebrauch gemacht, wenn nicht sofort angehört werden kann oder andere Verfahrenshindernisse bestehen. Da jede Freiheitsentziehung bei unaufgeklärtem Sachverhalt für den Betroffenen ein sehr belastender Grundrechtseingriff ist, sollte „in dubio pro libertate“ die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung nur ausnahmsweise bestehen. Es wäre daher wünschenswert, wenn statt „kann“ die Worte „darf ....nur“ eingesetzt werden würden, damit der Ausnahmecharakter klargestellt wird.

In Satz 2 wird die einstweilige Anordnung für bis zu sechs Wochen für zulässig gehalten. Der Ausschuss Ausländer- und Asylrecht im DAV hat wegen des in Freiheitsentziehungsverfahren geltenden Beschleunigungsgebotes erhebliche Bedenken gegen die gesetzlich eingeräumte Dauer von sechs Wochen. Eine solche Dauer wird in der Regel in Abschiebungshafffällen dem Beschleunigungsgebot nicht gerecht. Es besteht dafür auch in der Praxis in aller Regel kein Bedürfnis. Es wird daher vorgeschlagen, Satz 2 wie folgt zu ersetzen:

„Die vorläufige Freiheitsentziehung darf die Dauer von einer Woche nicht überschreiten. Im Falle nicht anders abzuwendender Verfahrenshindernisse darf diese Frist durch richterlichen Beschluss einmalig um eine Woche verlängert werden, wenn die Voraussetzungen des Satz 1 weiter vorliegen.“

## **11. Verwaltungsmaßnahme**

In § 428 Abs.1 FGG n.F. wird § 13 FEVG übernommen. Zunächst ist in geeigneter Weise klarzustellen, dass die Vorschrift der Behörde keine materielle Grundlage für eine Freiheitsentziehung verleiht. Obwohl dieses aus der Stellung des FEVG als Verfahrensrecht und nicht als materielle Eingriffsbefugnis der Behörden eigentlich klar sein sollte, wird § 13 FEVG immer wieder zur Begründung einer Festnahme herangezogen. Ein klarstellender Hinweis in der Gesetzesbegründung wäre wünschenswert.

Besonders problembehaftet ist die Frage der unverzüglichen Vorführung vor den Richter. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass im Falle der Erreichbarkeit eines Richters dieser sofort einzuschalten ist (BVerfG, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 BvR 2292/00 – InfAuslR 2002, 406). Das Bundesverfassungsgericht hat daraus auch gefolgert, dass eine Freiheitsentziehung rechtswidrig ist, wenn der Richter nicht unverzüglich eingeschaltet wurde. Letztlich ist diese Entscheidung in der täglichen Praxis aber wirkungslos, da die Gerichte in der Regel die Haft für die Zukunft beschließen. Es sollte daher in die gesetzliche Regelung aufgenommen werden, dass der Betroffene zu entlassen ist, wenn die richterliche Entscheidung nicht unverzüglich herbeigeführt wurde. Problematisch ist, dass die zu langsam handelnde Behörde den Betroffenen von sich aus nicht entlassen wird. Es wird daher vorgeschlagen, folgenden 2. Satz einzuschließen:

„Hat die zuständige Verwaltungsbehörde die richterliche Entscheidung nicht unverzüglich herbeigeführt, darf ein Haftbeschluss bis zur Stellung eines ordnungsgemäßen Haftantrages nicht erlassen werden. Auf einen erneuten Haftantrag darf das Gericht keine einstweilige Anordnung gemäß § 427 FGG n.F. treffen.“

## **12. Rechtsmittel**

Das Rechtsmittel der Beschwerde steht neben dem Betroffenen nach § 429 Abs.2 auch den Familienangehörigen und der Vertrauensperson zu, allerdings nur im Interesse des Betroffenen und nur, wenn sie schon in der ersten Instanz beteiligt waren. Die zweite Voraussetzung ist nicht bedenkenfrei. Wenn die Beteiligung der Familienangehörigen in der ersten Instanz zu Unrecht abgelehnt wurde, muss es für diese die Möglichkeit geben, die Beteiligung im Beschwerdeverfahren zu erreichen. Der Teilsatz „wenn sie im ersten Rechtszug beteiligt worden sind.“ sollte daher gestrichen werden.

Besonders problematisch ist die Streichung der dritten Instanz beim Oberlandesgericht und die Einführung der Rechtsbeschwerde zum BGH. Dieses betrifft zwar das ganze FamGG, zeigt aber im Recht der Freiheitsentziehungen besonders schwerwiegende Folgen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass eine einigermaßen einheitliche Rechtsprechung im Recht der Freiheitsentziehung bis 2001 nicht erreichbar war. Bis dahin gingen die Oberlandesgerichte in der Praxis davon aus, dass ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung nicht besteht. Das führte dazu, dass nur wenige Entscheidungen die Grundlagen des Abschiebungshaftrechts bildeten, da es wegen der vorherigen Erledigung der Haft durch Abschiebung oder Entlassung meistens nicht mehr zu einer obergerichtlichen Entscheidung kam. Sowohl bei den Behörden als auch bei den Rechtsvertretern bestand große Unsicherheit über die Rechtmäßigkeit der Haft.

Das änderte sich erst mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.12.2001 (2 BvR 527/99, InfAuslR 2002, 132). In der Folge konnten viele bis dahin ungeklärte Rechtsfragen geklärt werden, was zu mehr Rechtssicherheit führte.

Durch die Rechtsbeschwerde beim BGH würde die Uhr wieder zurückgedreht werden, da die Rechtsbeschwerde von einem beim BGH zugelassen Bevollmächtigten eingereicht werden muss. Im Hinblick auf kostenrechtliche Erwägungen wird kaum einer der dort zugelassen Anwälte ein Abschiebungshaftverfahren übernehmen. Es müsste zumindest für das Freiheitsentziehungsverfahren die Beschränkung auf beim BGH zugelassen Anwälte fallengelassen werden.

Zudem müsste der BGH die Arbeit von vielen Oberlandesgerichten übernehmen.

Allein beim Kammergericht Berlin beträgt die Zeit bis zur Entscheidung bereits jetzt mehrere Jahre. Es muss mit der Rechtsänderung damit gerechnet werden, dass grundsätzlich zu klärende Fragen erst nach Jahren geklärt werden.

Schließlich ist die Rechtsbeschwerde an Zulassungsgründe gebunden, die aber bei Rechtsfehlern der unteren Instanzen nicht greifen. Damit würden die Verfahren auf das Bundesverfassungsgericht verlagert.

### **13. Kosten**

Das Kosteninteresse bei Erledigung oder Rücknahme ist jetzt ausdrücklich geregelt. Die Regelung bleibt aber bei rechtswidriger Haft trotz begründetem Anlass unklar. Art. 5 EMRK verlangt Schadensersatz bei rechtswidriger Haft. Mit der Begründung, der Betroffene habe den Anlass für die Haft gesetzt und daher die eigenen Kosten auch selbst zu tragen, steht das Gesetz in Widerspruch zu Art. 5 EMRK.