



JRS, Witzlebenstraße 30a, 14507 Berlin

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)282 E

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland ist ein Werk der Deutschen Provinz der Jesuiten K.d.ö.R.

Heiko Habbe
Policy Officer

Witzlebenstr. 30a, D-14057 Berlin
Nähe S-Bahnhof Charlottenburg /
U 2 Sophie-Charlotte-Platz
Spendenkonto: 6000 401 020
Pax-Bank Berlin BLZ 370 601 93

Telefon (030) 3260-2590

Telefax (030) 3260-2592

E-Mail heiko.habbe@jesuiten-fluechtlingsdienst.de

Internet www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de

www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de

Datum **23.6.2011**

Stellungnahme des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes Deutschland

anlässlich der öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex

- BT-Drs. 17/5470 -

Inhalt

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Zusammenfassung | 2 |
| 2. Zur Umsetzung der Rückführungsrichtlinie | 3 |
| 2.1 Bestimmungen zur Abschiebungshaft (§§ 62, 62a AufenthG-E sowie § 422 FamFG-E; Art. 15-17 RückfRL) | 3 |
| 2.1.1 Anordnung von Abschiebungshaft (§ 62 AufenthG-E; Art. 15 RückfRL) | 3 |
| 2.1.2 Vollzug von Abschiebungshaft (§ 62a AufenthG-E sowie § 422 FamFG-E; Art. 16-17 RückfRL) | 3 |
| 2.1.2.1 Trennungsgebot (§ 62a Abs. 1 S. 1 AufenthG-E, Art. 16 Abs. 1 RückfRL) | 4 |
| 2.1.2.2 Besonders schutzbedürftige Gruppen (Art. 16 Abs. 3 S. 1, Art. 3 Nr. 9 RückfRL) | 5 |
| 2.1.2.3 Medizinische Versorgung (Art. 16 Abs. 3 S. 2 RückfRL) | 6 |
| 2.1.2.4 Maximale Haftdauer (§ 62 Abs. 3 AufenthG, Art. 15 Abs. 5, 6 RückfRL) | 6 |
| 2.1.2.5 Keine Haft in Asylverfahren (§ 14 Abs. 3 AsylVfG) | 6 |
| 2.1.2.6 Zugang für Nichtregierungsorganisationen (§ 62a Abs. 4 AufenthG-E, Art. 16 Abs. 4 RückfRL) | 7 |
| 2.1.2.7 Harmonisierung der Vorschriften zur Zurückweisungshaft (§ 15 AufenthG) | 7 |
| 2.1.2.8 Anwaltliche Vertretung (§§ 76 ff., 114 FamFG) | 7 |
| 2.2 Wiedereinreisesperre und Befristung (§ 11 AufenthG-E, Art. 11 RückfRL) | 8 |
| 2.3 Abschiebungsmonitoring (Art. 8 Abs. 6 RückfRL) | 10 |
| 3. Zur Umsetzung der Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie | 11 |
| 3.1 Aufenthaltstitel für Opfer ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse (§ 25 Abs. 4b AufenthG-E, Art. 13 Abs. 4 SanktRL) | 11 |
| 3.2 Durchsetzung von Lohnansprüchen (§ 98a AufenthG-E, Art. 6 SanktRL) | 12 |
| 3.3 Übermittlungspflichten (§ 87 Abs. 2 AufenthG) | 12 |
| 3.4 Prozessstandschaft (Art. 6 Abs. 4, Art. 13 Abs. 2 SanktRL) | 12 |

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst (Jesuit Refugee Service – JRS) wurde 1980 gegründet, um das Elend der vietnamesischen Bootsflüchtlinge lindern zu helfen. Als internationale Hilfsorganisation ist der JRS heute in über 50 Ländern vertreten. In Deutschland ist der JRS seit 1995 in der Seelsorge und Betreuung von Menschen in der Abschiebungshaft tätig; hier sind wir in mehreren Bundesländern direkt vor Ort. Weitere Arbeitsfelder sind das Engagement für die Rechte von Migranten ohne formellen Status sowie die aufenthalts- und sozialrechtliche Beratung; zudem sind wir in der Berliner Härtefallkommission vertreten und arbeiten gemeinsam mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz auf die Einrichtung eines Abschiebungsbeobachtungsprojekts am geplanten Großflughafen Berlin-Brandenburg hin.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir im Folgenden Stellung zu einigen in unserer alltäglichen Einzelfallarbeit für Schutzsuchende besonders relevanten Fragen, die sich aus dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex¹ ergeben.

1. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf soll die sog. Rückführungsrichtlinie², die Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie³ und den Visakodex⁴ in nationales Recht umsetzen. Im Folgenden angesprochen werden sollen insbesondere die Vorschriften zur Abschiebungshaft, zur Wiedereinreisesperre, zum Abschiebungsmonitoring sowie zur Stärkung der Rechte informeller Wanderarbeitnehmer.

- Der Entwurf unterstreicht den Charakter von **Abschiebungshaft als letztem Mittel** zur Sicherung der Ausreisepflicht. Konsequenterweise sollte dies mit Vorschlägen zu **alternativen Sicherungsmöglichkeiten** verbunden werden, um unnötige Inhaftierungen zu vermeiden (2.1.1).
- Der Grundsatz der **Trennung von Abschiebungs- und Strafgefangenen** sollte strikter umgesetzt werden. Der Entwurf erlaubt es einzelnen Bundesländern weiterhin, Abschiebungshaft in Justizvollzugsanstalten zu vollziehen. Dies ist für die Betroffenen zu häufig mit unverhältnismäßigen Einschränkungen verbunden (2.1.2.1).
- **Besonders schutzbedürftige Personen** – insbesondere unbegleitete Minderjährige, Familien mit Kindern, behinderte Menschen und psychisch Kranke – sollten grundsätzlich nicht in Abschiebungshaft genommen werden. Ähnliches gilt für Asylbewerber. Die Inhaftierung Minderjähriger verstößt zudem gegen die Kinderrechtskonvention (2.1.2.2., 2.1.2.5).
- Eine aktuelle Studie des JRS Europa belegt: Abschiebungshaft fügt Menschen physisches und psychisches Leid zu und macht sie krank. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert deshalb eine deutliche **Herabsetzung der maximalen Haftdauer auf drei Monate** (2.1.2.4).
- Abschiebungshäftlinge sollten nicht schlechter gestellt werden als Untersuchungshäftlinge und daher vom ersten Tag der Haft an **Anspruch auf Beiordnung eines Pflichtanwalts** haben (2.1.2.8).
- Die Regelungen zur **Wiedereinreisesperre nach Ausweisung oder Abschiebung** stehen nicht im Einklang mit der Systematik der Rückführungsrichtlinie. An die Stelle der automatisch kraft Gesetzes eintretenden Sperre muss eine behördliche Einzelfallentscheidung treten (2.2).
- **Abschiebungsmonitoring** hat sich als wirksames Mittel zur Wahrung der Rechte und Interessen der Abgeschobenen wie auch der beteiligten Beamten erwiesen. Der Gesetzgeber sollte seiner Verpflichtung aus der Rückführungsrichtlinie nachkommen, ein wirksames Beobachtungssystem zu schaffen (2.3).
- Zur wirksamen **Bekämpfung illegaler Beschäftigung** von Ausländern müssen die **Anreize für die Betroffenen** verstärkt werden, ihre Rechte geltend zu machen. Der vorgesehene vorübergehende Aufenthaltstitel für Opfer von Schwarzarbeit sollte nicht nur für eine Zeugenaussage im Strafverfahren, sondern auch zur reinen Durchsetzung von Lohnansprüchen erteilt werden. Zudem sollte den Betroffenen eine wenigstens temporäre Arbeitserlaubnis und im Einzelfall auch eine längerfristige Aufenthaltsperspektive eingeräumt werden (3.1).
- Um Hemmschwellen bei der Durchsetzung von Lohnansprüchen abzubauen, bedarf es einer **Klarstellung der aufenthaltsrechtlichen Übermittlungspflichten**, die die Arbeitsgerichte ausnimmt (3.3).

¹ Im Folgenden: 2. Richtlinienumsetzungsgesetz.

² Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (im Folgenden: RückfRL).

³ Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen (im Folgenden: SanktRL).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft.

2. Zur Umsetzung der Rückführungsrichtlinie

2.1 Bestimmungen zur Abschiebungshaft (§§ 62, 62a AufenthG-E sowie § 422 FamFG-E; Art. 15-17 RückfRL)

2.1.1 Anordnung von Abschiebungshaft (§ 62 AufenthG-E; Art. 15 RückfRL)

Nach dem neuen § 62 Abs. 1 S. 1 AufenthG-E soll Abschiebungshaft unzulässig sein, wenn ihr Zweck durch ein milderes, ebenfalls ausreichendes Mittel erreicht werden kann. Der Gesetzentwurf stärkt damit den ultima-ratio-Gedanken und entspricht darin der Richtlinie⁵. Dies ist zu begrüßen und sollte in der Praxis zu einem zurückhaltenderen Umgang mit dem Instrument der Abschiebungshaft führen. Nach Beobachtung des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes wird Abschiebungshaft vielerorts noch immer zu oft, zu leicht und zu lange verhängt⁶. Auch wenn in der Rechtsprechung seit langem anerkannt ist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen sparsamen Umgang mit Freiheitsentziehungen fordert⁷, kommt es in der Praxis immer wieder zu unverhältnismäßiger Haft. Eine Ursache hierfür wird teils darin gesehen, dass z. B. in mehreren Bundesländern die Ermittlungsrichter für die Anordnung von Abschiebungshaft zuständig sind. Diese seien gewohnt, von der Staatsanwaltschaft gründlich vorgeprüfte Haftanträge zu erhalten, und übernehmen daher die Haftanträge in Abschiebungshaftsachen zu unkritisch⁸. Die Ausländerbehörden trifft aber – anders als die Staatsanwaltschaften – keine umfassende Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung⁹. Zudem liegen dem Gericht häufig die Ausländerakten nicht vor, so dass es an einer eigenständigen Prüfung gehindert ist¹⁰.

Die wortlautnahe Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 RückfRL dürfte es den Betroffenen hinreichend erlauben, sich in Zweifelsfällen auf die Vorschrift zu berufen, um ihre Rechte geltend zu machen, wie auch vom EuGH im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien gefordert¹¹. Der überragenden Bedeutung des Freiheitsgrundrechts wird dadurch besser Rechnung getragen als durch die bisherige Gesetzesfassung.

Zudem betont die Formulierung die Verpflichtung zur ausdrücklichen Berücksichtigung von Alternativen zur Abschiebungshaft, wie sie sich auch aus dem expliziten Bezug der RückfRL¹² auf die „20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr“ des Ministerkomitees des Europarats ergibt¹³. Hiernach ist Abschiebungshaft nur dann zulässig, wenn sich die Behörden davon überzeugt haben, dass im Einzelfall andere Mittel unterhalb des Freiheitsentzugs zur Sicherstellung der Abschiebung nicht möglich sind¹⁴.

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland weist bei dieser Gelegenheit darauf hin, dass andere Staaten bereits seit Jahren Erfahrungen mit Alternativen zur Abschiebungshaft wie etwa Meldeauflagen, Kautionsmodellen etc. sammeln. Diese Projekte ersparen nicht nur den Betroffenen den gravierenden Einschnitt einer längeren Freiheitsentziehung, sie haben sich für die beteiligten Staaten häufig auch als effizienter und kostengünstiger erwiesen¹⁵. Es wäre wünschenswert, eine Diskussion hierüber auch in der Bundesrepublik zu führen.

2.1.2 Vollzug von Abschiebungshaft (§ 62a AufenthG-E sowie § 422 FamFG-E; Art. 16-17 RückfRL)

Der neu einzufügende § 62a AufenthG-E regelt Grundzüge des Vollzugs von Abschiebungshaft. Zu begrüßen ist, dass damit eine bundeseinheitliche Rahmenregelung geschaffen wird¹⁶; bislang existiert eine bundesweite Regelung nur für den Vollzug von Abschiebungshaft in Justizvollzugsanstalten und beschränkt sich auf eine sinngemäße Anwendung weiter Teile des Strafvollzugsgesetzes¹⁷. Die Regelung bleibt aber in einigen wesentlichen Punkten hinter den Vorgaben der Rückführungsrichtlinie zurück.

⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 1 RückfRL.

⁶ Vgl. schon Erklärung der Deutschen Bischofskonferenz Nr. 84 vom März 2006, „Denkt an die Gefangenen...“, S. 67.

⁷ So z. B. BVerfG, B.v. 15.12.2000, Az. 2 BvR 347/00.

⁸ So etwa Sack, Das Elend der Abschiebehaft, 7.6.2011, <http://www.rechtprogressiv.de/das-elend-der-abschiebehaft/#more-428>.

⁹ Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gilt uneingeschränkt der Amtsermittlungsgrundsatz und verpflichtet die Staatsanwaltschaft auch zur Erhebung von Entlastungsbeweisen, vgl. etwa § 160 Abs. 2 StPO; in aufenthaltsrechtlichen Verfahren obliegt die unverzügliche Darlegung für ihn günstiger Umstände dagegen dem Ausländer selbst, § 82 Abs. 1 S. 1 AufenthG.

¹⁰ Zu einem möglichen Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht des Richters vgl. BGH, B. v. 17.6.2010, Az. V ZB 3/10.

¹¹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-361/88, *Kommission ./ Deutschland*, Rn. 15f.

¹² Erwägungsgrund 3, RückfRL.

¹³ „20 Guidelines on Forced Return“, CM(2005) 40 final, 9.5.2005.

¹⁴ 20 Guidelines, Leitlinie 6 Ziff. 1.

¹⁵ Vgl. den Überblick bei Field/Edwards, „Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees“, Studie des UNHCR, Genf 2006, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4472e8b84.html>.

¹⁶ Vgl. die Anforderungen an die Umsetzung der europäischen Rückführungsrichtlinie, formuliert im Rahmen der 3. Internationalen Fachtagung zu Seelsorge und Beratung in der Abschiebungshaft, Mainz, 26. – 28. 1. 2010, dort Ziff. 3.

¹⁷ § 422 Abs. 4 FamFG i. V. m. §§ 171, 173-175, 178 Abs. 3 StVollzG.

2.1.2.1 Trennungsgebot (§ 62a Abs. 1 S. 1 AufenthG-E, Art. 16 Abs. 1 RückfRL)

Insbesondere nicht hinreichend umgesetzt ist die strikte Trennung der Abschiebungs- von Strafgefangenen. Die Rückführungsrichtlinie lässt die Unterbringung von Abschiebungshäftlingen in Strafhaftanstalten ausdrücklich nur für den Fall zu, dass spezielle Hafteinrichtungen in einem Mitgliedstaat nicht vorhanden sind¹⁸. Implizit ist damit auch die Aufforderung zur Schaffung entsprechender Einrichtungen verbunden, soweit es an ihnen fehlt. Der Gesetzentwurf verlagert die Ausnahmeklausel auf Bundeslandebene (§ 62a Abs. 1 S. 1 AufenthG-RE). Unter dem Blickwinkel des europäischen Rechts ist aber nicht erheblich, ob ein Mitgliedstaat eine föderale Struktur hat und die Ausgestaltung des Abschiebungshaftvollzuges unter Subsidiaritätsgesichtspunkten seinen Untergliederungen überlässt. Die Umsetzungsverpflichtung trifft vielmehr alle staatlichen Ebenen.

Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission geteilt, die mit Schreiben vom 11.5.2011 ihren Standpunkt dahingehend dargelegt hat, es könne *„festgestellt werden, dass der Wortlaut des Artikel 16(1) klar auf das Gesamtterritorium eines Mitgliedstaates abstellt. Das Nichtvorhandensein spezieller Hafteinrichtungen in einem regionalen Teilbereich eines Mitgliedstaats – während in einem anderen regionalen Teilbereich solche vorhanden sind – kann daher eine Unterbringung in einer gewöhnlichen Haftanstalt nicht rechtfertigen.“*¹⁹

In Deutschland sind spezielle Hafteinrichtungen in mehreren Bundesländern vorhanden. Die weitere Unterbringung von Abschiebungshäftlingen in Strafhaftanstalten ist demnach unzulässig, mindestens werden in den Bundesländern, die Abschiebungshaft in Strafvollzugseinrichtungen vollstrecken, in angemessener Frist entsprechende spezielle Hafteinrichtungen zu schaffen sein. Die derzeitige Formulierung des § 62a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 AufenthG-E wird daher den Anforderungen des europäischen Rechts nicht gerecht.

Auch die Schaffung gesonderter Trakte in Justizvollzugsanstalten reicht für sich genommen nicht aus. Denn hinter der Regelung des Art. 16 Abs. 1 S. 1 RückfRL steht die Erkenntnis, dass Abschiebungshäftlinge nicht wie Straftäter behandelt und dementsprechend auch nicht den Strafvollzugsregelungen unterworfen werden dürfen. Dies wäre mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch für die Ausgestaltung der Haftbedingungen gilt²⁰, nicht vereinbar. Die Bedingungen der Abschiebungshaft müssen so gestaltet sein, dass sie den geringstmöglichen Eingriff in die Rechte der Häftlinge darstellen²¹. Auch in einem gesonderten Trakt in einer JVA gilt aber das StVollzG, und in der Regel werden die Abschiebungshäftlinge auch dort den gleichen Beschränkungen hinsichtlich Besuchsmöglichkeiten, Einschluss und Kontakt zur Außenwelt unterworfen wie Strafgefangene.

Für die Fälle, in denen gleichwohl auch in Zukunft Abschiebungshaft in Justizvollzugsanstalten vollzogen werden soll, ist das Trennungsgebot, den Empfehlungen der Verbände folgend, ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wurde (§ 62a Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AufenthG-E). Damit ist der – allerdings nur subsidiär geltende, vgl. o. – Art. 16 Abs. 1 S. 2 RückfRL umgesetzt. Die Erfahrung aus der Praxis zeigt, dass es ansonsten vor allem bei Überbelegung immer wieder zur gemeinsamen Unterbringung innerhalb einer Abteilung, teilweise innerhalb einer Zelle kommt. Das Landgericht Dresden hat aus diesem Grund bereits die Fortsetzung von Abschiebungshaft im Einzelfall untersagt²².

Allerdings wird die ergänzende Klarstellung empfohlen, dass unter einer getrennten Unterbringung die Unterbringung von Abschiebungshäftlingen innerhalb einer eigenen Abteilung zu verstehen ist. Nur so ist wenigstens eine teilweise Lockerung der Vollzugsbedingungen gegenüber dem Vollzug von Strafhaft möglich, wie sie letztlich durch die getrennte Unterbringung intendiert ist. Demgegenüber führt die Trennung nur in der Belegung einzelner Zellen erfahrungsgemäß zu keiner Verbesserung der Situation der Abschiebungsgefangenen.

Die getrennte Unterbringung von Strafgefangenen umfasst auch die getrennte Unterbringung von Untersuchungshäftlingen. Auch dies hat die Kommission im zitierten Schreiben klargestellt unter Rückgriff auf die als Auslegungshilfe heranzuziehenden²³ „20 Guidelines on forced return“ des Europarats. Dort heißt es: *„persons detained... should not normally be held together with ordinary prisoners, whether convicted or re-*

¹⁸ Vgl. insoweit z. B. auch den französischen Richtlinienentwurf: „Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé...“

¹⁹ Schreiben der Europ. Kommission, GD Inneres, Referat C.1, an den Jesuiten-Flüchtlingsdienst Europa vom 11.5.2011.

²⁰ Erwägungsgrund 16 S. 1, RückfRL.

²¹ Wie hier Keßler, InfAuslR 2008, 450, 453.

²² LG Dresden, B. v. 17.5.2011, Az. 2 T 372/11; das zuständige Landesjustizministerium hat daraufhin binnen einer Woche die Vollzugsbedingungen grundlegend neu gestaltet.

²³ Vgl. die Bezugnahme in Erwägungsgrund 3 der RückfRL.

*mand.*²⁴ Ansätze einzelner Bundesländer zu einer gemeinsamen Unterbringung von Abschiebungs- und Untersuchungsgefangenen²⁵ sind demnach zurückzuweisen.

2.1.2.2 Besonders schutzbedürftige Gruppen (Art. 16 Abs. 3 S. 1, Art. 3 Nr. 9 RückfRL)

Unzureichend ausgeprägt ist auch die Wahrung der Interessen von schutzbedürftigen Personen. Diesen Menschen sollte nach Überzeugung des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes die Abschiebungshaft unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten generell erspart bleiben²⁶. Die auf Mindeststandards beschränkte Richtlinie benennt hier Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben²⁷. Ihrer Situation gilt besondere Aufmerksamkeit²⁸. Detaillierte Vorgaben werden für eine Inhaftierung von Minderjährigen und Familien gemacht²⁹.

Der Gesetzentwurf übernimmt weder die Definition schutzbedürftiger Gruppen, noch trifft er für alle Gruppen gleichermaßen geltende Schutzvorkehrungen. Bestimmungen im einzelnen werden für die Inhaftierung von Minderjährigen sowie Familien mit Minderjährigen (§ 62 Abs. 1 S. 3 AufenthG-E) und für die Berücksichtigung alterstypischer Belange von Minderjährigen (§ 62a Abs. 3 AufenthG-RE) getroffen. Die letztere Regelung beschränkt sich auf einen Verweis auf Art. 17 RückfRL. Vorzuziehen wäre hier im Sinne der Klarheit und Verständlichkeit der Norm eine wörtliche Umsetzung. Hinsichtlich der sonstigen schutzbedürftigen Gruppen empfiehlt sich eine wörtliche Umsetzung von Art. 16 Abs. 3 S. 1 RückfRL unter Rückgriff auf die Legaldefinition des Art. 3 Nr. 9 RückfRL.

Zudem dürfte die Inhaftierung gerade von unbegleiteten Kindern und Jugendlichen regelmäßig den hohen Anforderungen nicht gerecht werden, die die Richtlinie insoweit stellt. Mehrfach wird hervorgehoben, dass in allen Entscheidungen, die Minderjährige betreffen, der Grundsatz des Kindeswohls zu beachten ist, wie er in der Konvention über die Rechte des Kindes (KRK) verankert ist³⁰.

Die KRK gilt auch in Deutschland uneingeschränkt, nachdem die Bundesregierung Mitte Juli vergangenen Jahres offiziell bei der UN die Rücknahme ihres bisherigen Vorbehaltes hinterlegte. Die Konvention betont nicht nur in Art. 3 Abs. 1, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Sie räumt Kindern, die vorübergehend oder dauernd aus ihrer familiären Umgebung herausgelöst sind, zudem einen besonderen Anspruch auf Schutz und Beistand des Staates ein (Art. 20 Abs. 1 KRK). Dieser Anspruch gilt gem. Art. 20 Abs. 2 KRK explizit auch für Flüchtlingskinder. Er wird typischerweise durch Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII erfüllt. Eine Inhaftierung von Minderjährigen zur Durchsetzung ihrer Ausreisepflicht steht angesichts der mit der Haft unweigerlich verbundenen gravierenden Grundrechtseingriffe zur staatlichen Schutzpflicht im Widerspruch. Dieser kann in Abwägung der widerstreitenden verfolgten Zwecke nur zugunsten des Kindeswohls gelöst werden, da dieses ansonsten völlig hinter das staatliche Interesse an der Überwachung der Ausreise zurücktreten müsste. Abschiebungshaft von Minderjährigen kann demnach nie verhältnismäßig sein. Die KRK verstärkt dies noch, indem sie in Art. 37 b) die Freiheitsentziehung von Minderjährigen einem erhöhten Verhältnismäßigkeitsmaßstab unterwirft. Jede Freiheitsentziehung darf demnach nur im Einklang mit dem Gesetz als letztes Mittel und für die kürzest mögliche Zeit angewendet werden. Im Lichte des Vorstehenden bleibt für eine Freiheitsentziehung von Minderjährigen danach nur Raum bei erheblichen Straftaten oder erheblicher Selbst- oder Fremdgefährdung. Haft zur Durchsetzung der Ausreisepflicht genügt dagegen den Verhältnismäßigkeitsanforderungen der Kinderrechtskonvention nicht³¹. Daran anknüpfend, verlangt auch die Rückführungsrichtlinie in Art. 17 Abs. 4 die Unterbringung unbegleiteter Minderjähriger in Einrichtungen, die zur Berücksichtigung ihrer altersgemäßen Bedürfnisse in der Lage sind³².

²⁴ Council of Europe, Twenty Guidelines on Forced Return, September 2005, kurz: 20 Guidelines, Punkt 10 Abs. 4.

²⁵ Angedeutet etwa in der Antwort der Hessischen Landesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion der LINKEN betreffend vorge-sehene Haftbedingungen in der Abschiebungshaft der neuen JVA Frankfurt I Preungesheim, LT-Drs. 18/2647 vom 15.7.2010.

²⁶ Vgl. die Anforderungen an die Umsetzung der europäischen Rückführungsrichtlinie, formuliert im Rahmen der 3. Internationalen Fachtagung zu Seelsorge und Beratung in der Abschiebungshaft, Mainz, 26. – 28. 1. 2010, dort Ziff. 1; zustimmend Cremer in Dt. Institut für Menschenrechte, Abschiebungshaft und Menschenrechte – Zur Dauer der Haft und zur Inhaftierung von unbegleiteten Minder-jährigen in Deutschland, Berlin 2011, S. 5; ebda. S. 8 ff. zur Unvereinbarkeit der Inhaftierung von Minderjährigen mit der Kinderrechts-konvention.

²⁷ Art. 3 Nr. 9 RückfRL.

²⁸ Art. 16 Abs. 3 S. 1 RückfRL.

²⁹ Art. 17 RückfRL.

³⁰ Vgl. Erwägungsgrund 22 und Art. 5 lit. a) RückfRL.

³¹ Vgl. zu allem Cremer, in: Abschiebungshaft und Menschenrechte – Zur Dauer der Haft und zur Inhaftierung von unbegleiteten Minder-jährigen in Deutschland, Dt. Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 17, Berlin, März 2011.

³² Vgl. z. B. für Brandenburg die Kooperation des Landes mit der Jugendeinrichtung „Alreju“ des Diakonischen Werks Oderland-Spree e. V.

2.1.2.3 Medizinische Versorgung (Art. 16 Abs. 3 S. 2 RückfRL)

Eng verknüpft mit der Frage eines spezifischen Schutzbedarfes ist diejenige der medizinischen Versorgung. Art. 16 Abs. 3 S. 2 RückfRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, medizinische Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten zu gewährleisten. Diese Ansprüche sind in Deutschland grundsätzlich über das Asylbewerberleistungsgesetz abgesichert³³. In der Praxis erweisen sich diese Bestimmungen aber immer wieder als unzureichend. Insbesondere werden nach Beobachtungen des JRS gerade psychische Erkrankungen häufig nicht erkannt und damit auch nicht oder erst verspätet behandelt. Unter den Abschiebungsgefangenen findet sich aber ein vergleichsweise hoher Anteil von Traumatisierten und anderweitig psychisch behandlungsbedürftigen Personen, nicht zuletzt, weil es durch die Regelungen der sog. „Dublin II-Verordnung“ zur Bestimmung des zuständigen Asylstaats³⁴ immer wieder zur Inhaftierung auch von Asylsuchenden kommt. Dieser Personenkreis unterfällt mehrheitlich auch der Definition von Schutzbedürftigkeit in Art. 3 Nr. 9 RückfRL. Der JRS empfiehlt dringend, zur Erkundung des spezifischen Schutzbedarfs verpflichtende medizinisch-psychologische Einganguntersuchungen einzuführen³⁵. Zudem befinden sich Ärzte in Abschiebungshaften teils in der Doppelrolle des Behandlers und des amtsärztlichen Gutachters. Dies führt unweigerlich zu Konflikten. Hier ist eine klare Trennung angezeigt, ggf. unter Rückgriff auf die Möglichkeit, externe Ärzte hinzuzuziehen.

2.1.2.4 Maximale Haftdauer (§ 62 Abs. 3 AufenthG, Art. 15 Abs. 5, 6 RückfRL)

Die Richtlinie lässt – in Entsprechung zum bisherigen deutschen Recht – eine maximale Haftdauer von 18 Monaten zu. Diese Hafthöchstdauer wird in der EU nur von Deutschland und Griechenland ausgeschöpft. Nach einem Bericht der Europäischen Grundrechteagentur beträgt die Höchstdauer in Frankreich einen Monat, in den Niederlanden anderthalb Monate, in Spanien, Irland und Portugal zwei Monate, in Luxemburg vier Monate, in der Tschechischen Republik, in Ungarn, Italien und der Slowakischen Republik sechs Monate, in Belgien acht Monate, in Österreich zehn Monate und in Bulgarien, Polen und Slowenien zwölf Monate³⁶. Die Grundrechteagentur empfiehlt, eine maximale Haftdauer von sechs Monaten im Recht der Mitgliedstaaten zu verankern³⁷.

Nach Erfahrung des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes sinkt bereits oberhalb einer Haftdauer von drei Monaten die Wahrscheinlichkeit deutlich, dass es noch zu einer Abschiebung kommt. Umgekehrt nehmen psychische und physische Beeinträchtigungen infolge der Unsicherheit über die eigene Situation dramatisch zu. Eine aktuelle Studie des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes Europa, durchgeführt in 22 EU-Staaten, belegt die gravierenden Auswirkungen von Abschiebungshaft auf das psychische und physische Wohlbefinden der Betroffenen³⁸. Die Häftlinge leiden unter Unsicherheit über ihre Zukunft, fehlenden Informationen über den Stand ihres Verfahrens, Isolation von der Außenwelt und vielfach auch unter der konkreten Ausgestaltung der Haft. Die nachteiligen Auswirkungen auf ihre Gesundheit lassen sich bereits nach wenigen Wochen nachweisen und nehmen nach etwa drei Monaten besorgniserregendes Ausmaß an. Da Abschiebungshaft lediglich die Sicherung der Ausreisepflicht leisten soll, aber keinen zusätzlichen Sanktionscharakter hat, ist aus Sicht des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes dringend geboten, die maximale Haftdauer auf drei Monate zu beschränken.

2.1.2.5 Keine Haft in Asylverfahren (§ 14 Abs. 3 AsylVfG)

Unverändert bleibt § 14 Abs. 3 AsylVfG. Die Norm erlaubt die Aufrechterhaltung von Vorbereitungs- und Sicherungshaft für bis zu vier Wochen auch bei Stellung eines Asylantrags (S. 1 Ziff. 3-5), im Falle eines Überstellungsverfahrens nach der Dublin II-Verordnung auch darüber hinaus.

Abschiebungshaft darf indessen nach der RückfRL nur gegen sich illegal in einem Mitgliedsstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige verhängt werden. Gemäß Erwägungsgrund 9 in Verbindung mit der Asylverfahrensrichtlinie sollen Asylantragsteller so lange nicht als illegal aufhältig gelten, bis eine abschlägige Entscheidung über den Antrag bestandskräftig geworden ist. Der Asylantrag hat somit die Wirkung einer jedenfalls vorübergehenden Legalisierung des Aufenthalts³⁹. Infolgedessen darf nach Stellung eines Asylerstantrages keine Abschiebungshaft verhängt bzw. muss verhängte Abschiebungshaft grundsätzlich beendet werden. Dies

³³ §§ 4, 6 Abs. 1 AsylbLG.

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist.

³⁵ Vgl. „Quälendes Warten – Wie Abschiebungshaft Menschen krank macht“, JRS Deutschland, Berlin 2010, S. 25; ebenso die Resolution 1707 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, Ziff. 9.2.4..

³⁶ Detention of third-country nationals in return procedures. Thematic Report. European Union Agency for Fundamental Rights 2010.

³⁷ So auch eine aktuelle Bundesratsinitiative des Landes Berlin mit Verweis auf entsprechende Höchstfristen z. B. bei Untersuchungs- und Zivilhaft, BT-Drs.375/11.

³⁸ Jesuit Refugee Service Europe, „Becoming Vulnerable in Detention“, Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union, Brüssel, Juni 2010, unter www.jrseurope.org; Staatenbericht Deutschland: Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland, „Quälendes Warten – Wie Abschiebungshaft Menschen krank macht“, Berlin, Juli 2010, unter www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de.

³⁹ § 55 Abs. 1 S. 1 AsylVfG.

lässt sich auch aus Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 1 RückfRL ableiten, nach dem Abschiebungshaft nur erfolgen darf, um die Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen. Während der Prüfung eines Asylantrages haben solche Vorbereitungen indessen zu unterbleiben. Sind aber die Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 RückfRL nicht mehr gegeben, so ist nach Art. 15 Abs. 4 RückfRL die Haft unmittelbar aufzuheben. Zudem ist während eines laufenden Asylverfahrens auch wegen Art. 9 Abs. 1 a) RückfRL die Abschiebung aufzuschieben, da andernfalls die Gefahr einer Verletzung des Refoulementverbots bestünde. In diesem Verfahrensstadium scheidet Abschiebungshaft ebenfalls aus; zur Sicherung der Rückkehr können dem Drittstaatsangehörigen die Verpflichtungen nach Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 7 Abs. 3 RückfRL auferlegt werden.

§ 14 Abs. 3 AsylVfG ist daher jedenfalls mit Blick auf Asylerstanträge zu ändern⁴⁰.

2.1.2.6 Zugang für Nichtregierungsorganisationen (§ 62a Abs. 4 AufenthG-E, Art. 16 Abs. 4 RückfRL)

Nach der Richtlinie ist internationalen und Nichtregierungsorganisationen zu ermöglichen, Abschiebungshafteinrichtungen zu besuchen. Besuche können fakultativ von einer Genehmigung abhängig gemacht werden⁴¹. Der Gesetzentwurf dreht das Regel-Ausnahme-Verhältnis um, indem er bestimmt, dass einschlägig tätigen Hilfsorganisationen auf Antrag der Besuch gestattet werden kann⁴². Nach Auffassung des JRS dient das Genehmigungserfordernis indessen nur dazu, die Vereinbarkeit der Besuche mit den Abläufen der Einrichtung herzustellen; es darf nicht als Mittel dienen, den von der Richtlinie gewollten Zutritt der Organisationen über Gebühr zu beschränken. Entsprechend sollte in § 62a Abs. 4 AufenthG-E das „kann“ durch ein „wird“ ersetzt werden.

Die Gesetzesbegründung zu § 62a Abs. 4 AufenthG-E ist ebenfalls nicht europarechtskonform. Danach soll *nur* Mitarbeitern solcher Organisationen der Besuch der Anstalt ermöglicht werden, die zumindest auch auf dem Gebiet der Ausländer- und Flüchtlingshilfe tätig sind (Hervorhebung nicht im Original). Zwar räumt Art. 16 Abs. 4 RückfRL das Zutrittsrecht „einschlägig tätigen“ Organisationen ein. Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst legt aber Wert auf die Feststellung, dass einschlägig z. B. auch kirchliche Seelsorgeangebote sind, die unabhängig von der Nationalität von Häftlingen erbracht werden. Überdies ist die gewählte Formulierung gerade im Lichte der ebenfalls umzusetzenden Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie zweifelhaft. Diese schreibt eine systematische und objektive Information illegal beschäftigter Drittstaatsangehöriger vor Vollstreckung einer Rückführungsentscheidung vor⁴³. Eine solche Information sollte zweckmäßig durch entsprechend spezialisierte Organisationen erfolgen. Die Betroffenen werden sich aber nicht selten bereits in Abschiebungshaft befinden, so dass dann auch z. B. Gewerkschaften oder Organisationen zur Bekämpfung von Frauenhandel Zutritt zu den Abschiebungshafteinrichtungen zu gewähren sein wird⁴⁴.

2.1.2.7 Harmonisierung der Vorschriften zur Zurückweisungshaft (§ 15 AufenthG)

§ 15 Abs. 5 AufenthG erlaubt die Inhaftierung von Ausländern zur Sicherung einer Zurückweisung an der Grenze. Auf die Zurückweisungshaft ist gem. § 15 Abs. 5 S. 2 AufenthG die Vorschrift des § 62 Abs. 3 AufenthG entsprechend anzuwenden. Aufgrund der Ergänzung von § 62 AufenthG-E sowie der Neueinfügung des § 62a AufenthG empfiehlt sich eine redaktionelle Angleichung.

2.1.2.8 Anwaltliche Vertretung (§§ 76 ff., 114 FamFG)

Analog zur Regelung für Untersuchungshäftlinge⁴⁵ sollte mittellosen Abschiebungsgefangenen ein Recht auf Beiordnung eines Pflichtanwalts eingeräumt werden. Derzeit besteht diese Möglichkeit nur, wenn zuvor die Erfolgchancen der Beschwerde glaubhaft gemacht werden können. Dies ist den Betroffenen ohne anwaltlichen Beistand aber kaum möglich. Da der Anwalt hierfür den Sachverhalt bereits vollständig aufarbeiten muss, wird in der Praxis letztlich ihm das wirtschaftliche Risiko einer Ablehnung des Verfahrenskostenhilfesuchs aufgebürdet. Unter diesen Umständen stellt es sich regelmäßig als schwierig für die Betroffenen heraus, sich qualifizierten anwaltlichen Beistandes zu versichern; zugleich wird den wenigen auf Abschiebungshaftfragen spezialisierten Anwältinnen und Anwälten ein überproportionales Solidaropfer abverlangt.

Mit Inkrafttreten des FamFG im Herbst 2009 ist auch in Abschiebungshaftsachen der BGH bundesweit zuständiges Gericht in der Beschwerdeinstanz. Die vorherige Zuständigkeit der Oberlandesgerichte ist aufge-

⁴⁰ Wie hier: Keßler, InfAuslR 2008, 450, 451.

⁴¹ Art. 16 Abs. 4 RückfRL.

⁴² § 62a Abs. 4 AufenthG-E.

⁴³ Art. 6 Abs. 2 S. 2 SanktRL.

⁴⁴ Wie hier Follmar-Otto, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex, Ausschuss-Drs. 17(4)282 C, S. 5.

⁴⁵ § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO.

hoben worden. Dies hat zwar zu einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung und einigen begrüßenswert klaren Entscheidungen im Sinne des Grundrechtsschutzes der Betroffenen geführt. Zugleich deutet sich aber ein erheblicher Rückgang der Beschwerdeverfahren insgesamt an, da der Zugang zum BGH nur über speziell zugelassene Rechtsanwälte besteht. Es ist zum Schutz der Rechte der Betroffenen ein Rechtsweg ohne Zulassungsschranke zu fordern⁴⁶.

2.2 Wiedereinreisesperre und Befristung (§ 11 AufenthG-E, Art. 11 RückfRL)

Die durch eine Abschiebung oder Ausweisung ausgelöste Sperrwirkung (§ 11 AufenthG) soll künftig zwingend zu befristen sein statt bisher in der Regel. Die Befristung soll regelmäßig fünf Jahre nicht überschreiten. Ausnahmen sollen gelten, wenn der Ausländer aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung ausgewiesen worden ist oder wenn von ihm eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Bei der Festsetzung der Frist soll berücksichtigt werden, ob der Ausländer rechtzeitig und freiwillig ausgereist ist. Eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne der Ausnahme soll das Zugrundeliegen schwerer Straftaten erfordern⁴⁷. Eine rechtzeitige und freiwillige Ausreise soll auch dann nicht vorliegen, wenn der Ausländer Deutschland zwar freiwillig, aber erst nach Ablauf seines Aufenthaltstitels verlassen hat⁴⁸. Die Wiedereinreisesperre soll entsprechend der bisherigen Ausschreibung zur Einreiseverweigerung gem. Art. 96 SDÜ für den gesamten Schengen-Raum gelten (vgl. Art. 3 Ziff. 6 RückfRL).

Die grundsätzliche Begrenzung der Wiedereinreisesperre auf fünf Jahre ist zu begrüßen. Der in § 11 AufenthG angelegte Automatismus ist dagegen mit der Systematik der RückfRL nicht ohne weiteres vereinbar.

Es verbleibt beim gesetzlichen Eintritt der Wiedereinreisesperre, die nur auf Antrag aufgehoben wird. Art. 11 RückfRL geht demgegenüber erkennbar davon aus, dass regelmäßig bereits über das *Eintreten* eines Einreiseverbots im Einzelfall entschieden werden soll. Eine zwingende Verbindung zwischen Rückkehrentscheidung und Einreiseverbot ist nur für die Fälle des Art. 11 Abs. 1 S. 1 RückfRL normiert. Die hier geregelten Fälle – Nichteinräumung oder fruchtloses Verstreichenlassen einer Ausreisefrist – dürften regelmäßig im Fall einer Ab- bzw. Zurückschiebung gegeben sein. Dagegen bildet Art. 11 Abs. 1 S. 1 RückfRL eine Ausweisung nicht kongruent ab; in diesem Falle wird nämlich regelmäßig noch abzuwarten sein, ob der Drittstaatsangehörige seiner Rückkehrverpflichtung nachkommt, bevor über das Einreiseverbot entschieden werden kann.

Für diesen und alle anderen Fälle stellt Art. 11 Abs. 1 S. 2 RückfRL den Eintritt eines Einreiseverbots ins Ermessen. Insbesondere gegen Opfer von Menschenhandel soll gem. Art. 3 Unterabsatz 2 RückfRL grundsätzlich kein Wiedereinreiseverbot verhängt [sic!] werden. Gleiches dürfte für Drittstaater gelten, die Inhaber eines Aufenthaltstitels eines anderen Mitgliedstaats sind; dies ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 11 Abs. 4 RückfRL⁴⁹.

Gegen Opfer des Menschenhandels kann zwar ein Einreiseverbot verhängt werden, wenn sie einer Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen sind oder eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen. Bereits die Nachprüfung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, erfordert aber ihrerseits eine Einzelfallbeurteilung und steht damit einer von Gesetzes wegen eintretenden Wiedereinreisesperre systematisch entgegen. Zudem ist zu beachten, dass die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der nationalen Sicherheit solche des Gemeinschaftsrechts sind. Sie sind daher nicht ohne weiteres mit der polizeirechtlichen Generalklausel des nationalen Rechts gleichzusetzen. Vielmehr sind sie zur Durchsetzung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts europaweit einheitlich auszulegen. Die Definitionshoheit kommt insoweit dem Europäischen Gerichtshof zu.

Der EuGH hat sich verschiedentlich mit der Auslegung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu befassen gehabt. Er hat dabei u. a. herausgearbeitet, dass die Mitgliedstaaten sich auf diese Interessen nur berufen dürfen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt⁵⁰, so dass ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt ist⁵¹. Dies setzt wiederum eine spezifische Prüfung des Einzelfalls voraus⁵². Das Gemeinschaftsrecht lässt somit keinen Raum für eine von Gesetzes wegen automatisch eintretende Wiedereinreisesperre.

⁴⁶ So auch Heimig in Grundrechte-Report 2011, S. 130 ff.

⁴⁷ Begründung, S. 39.

⁴⁸ a.a.O.

⁴⁹ Abs. 4 regelt, dass bei Erteilung eines Aufenthaltstitels an einen Drittstaater, gegen den ein Einreiseverbot eines anderen Mitgliedstaats besteht, das Konsultationsverfahren nach Art. 25 SDÜ durchzuführen ist. Der umgekehrte, sog. „unechte Konsultationsfall“, ist in der Richtlinie nicht geregelt. Die Verhängung eines unionsweiten Aufenthalts- und Einreiseverbots stellt sich in dieser Konstellation aber als unverhältnismäßig dar.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 9.3.2000, Kommission gg. Belgien, Rs. C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Rn. 28.

⁵¹ Als solche sind die öffentliche Ordnung und Sicherheit grds. anerkannt; EuGH, Urt. v. 18.9.2003, Bosal Holding, Rs. C-168/01, Slg. 2003, I-9409, Rn. 42; EuGH, Urt. v. 21.11.2002, X und Y, Rs. C-436/00, Slg. 2002, I-10829, Rn. 50.

⁵² EuGH, Urt. v. 19.1.1999, Calfa, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-11, Rn. 24; s. a. EuGH, Urt. v. 10.2.2000, Nazli, Rs. C-340/97, Slg. 2000, I-957, Rn. 58.

Letztlich ergibt sich die Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung eindeutig auch aus Art. 3 Ziff. 6 RückfRL, der das Einreiseverbot definiert als „*behördliche oder richterliche Entscheidung* oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht“ (Hervorhebung nicht im Original).

Eine Ermessensprüfung hinsichtlich des „Ob“ und der Dauer einer Wiedereinreisesperre würde auch kaum zusätzlichen Verwaltungsaufwand auslösen. Bereits heute wird aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts faktisch jede Ausweisungsentscheidung mindestens um hilfsweise Ermessensgründe ergänzt.

Eine grundsätzliche Ermessensentscheidung über das Eintreten und die Ausdehnung einer Wiedereinreisesperre entspräche auch der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR hat mehrfach vertreten, dass eine Ausweisungsverfügung aufgrund ihrer unbegrenzten Dauer unverhältnismäßig ist⁵³, und zwar selbst dann, wenn der Ausländer einen Antrag nach § 11 Abs. 1 AufenthG, der zur Befristung der Sperrwirkung und damit zur Milderung der Maßnahme führen würde, selbst nicht gestellt oder betrieben hat⁵⁴. Vor diesem Hintergrund hält der EGMR das Erfordernis eines Antrags, um die Befristung der Wiedereinreisesperre zu erreichen, für zweifelhaft⁵⁵. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Verpflichtung der Ausländerbehörde zur antragsunabhängigen Prüfung der Befristung im Zusammenhang mit der Ausweisungsentscheidung immerhin für diejenigen Fälle festgestellt, in denen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK berührt sind⁵⁶.

Die Festsetzung einer längeren als einer fünfjährigen Wiedereinreisesperre in bestimmten Fällen sieht die Begründung gedeckt dadurch, dass einerseits wegen einer Straftat Ausgewiesene insgesamt von der Geltung der RückfRL ausgeschlossen werden können (Art. 2 Abs. 2 lit. b) RückfRL), andererseits die Richtlinie eine Überschreitung der fünf Jahre zulässt in Fällen, in denen der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt (Art. 11 Abs. 2 RückfRL). Dies begegnet Bedenken. Die Richtlinie soll explizit gemeinsame rechtliche Mindestgarantien für den Umgang mit ausreisepflichtigen Drittstaaten schaffen (RückfRL, Erwägungsgrund 11). Dies gewinnt noch größeres Gewicht dadurch, dass mit der Richtlinie erstmals ein gemeinschaftsweit geltendes Einreiseverbot in allen Mitgliedsstaaten eingeführt werden soll (RückfRL, Erwägungsgrund 14). Die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RückfRL sollte daher mit großer Zurückhaltung gehandhabt werden. Es dürfte insbesondere nicht ausreichen, den Anwendungsbereich des neuen Satz 4, 1. Alt. in der Gesetzesbegründung dahingehend einzuschränken, der Ausnahmetatbestand erfordere das Zugrundeliegen schwerwiegender Straftaten. Eine solche Einschränkung müsste aus Gründen der Normenklarheit im Gesetzestext verankert werden. Im Ergebnis dürfte allerdings der Ausnahmetatbestand des neuen Satz 4, 2. Alt. hinreichend sein, um die von hochgradig kriminellen Straftätern ausgehenden Gefahren abzuwehren. Denn ein Interesse an der Fernhaltung solcher Ausländer vom Bundesgebiet besteht regelmäßig nur in Fällen, in denen von diesen weiterhin eine Gefahr ausgeht.

Hinsichtlich der (auch negativen) Berücksichtigung der Tatsache, ob der Ausländer freiwillig und rechtzeitig ausgereist ist, bei der Bemessung der Länge der Wiedereinreisesperre bedarf es einer Klarstellung. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass die Ausländerbehörden den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet nach Ablauf des eigentlichen Titels durch Fiktionsbescheinigungen, Grenzübertrittsbescheinigungen und ähnliche Dokumente ermöglichen. Gründe können sein, dass dem Ausländer noch Gelegenheit gegeben werden soll, bestimmte Voraussetzungen nachzuweisen, die zu einer Verlängerung oder Neuerteilung der Aufenthaltserlaubnis führen würden, oder dass der Ausgang eines Rechtsmittels gegen die Versagung der Verlängerung des Titels abgewartet werden soll. Es erscheint unangemessen, in Fällen, in denen entweder die Ausländerbehörde oder ein Gericht den vorläufigen Verbleib des Ausländers über die Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis hinaus ermöglicht hat und der Ausländer dies ausgeschöpft hat, diesen Umstand gegen ihn zu verwenden, wenn über die Länge der Wiedereinreisesperre zu entscheiden ist.

Zudem führt die Regelung zu einer strukturellen Benachteiligung von Abgeschobenen und Abschiebungshäftlingen, weil dieser Gruppe in aller Regel keine Möglichkeit zur freiwilligen Ausreise mehr gegeben wird. Insbesondere betroffen sind Ausländer, die in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer Einreise aufgegriffen und inhaftiert wurden. Zwar ermächtigt Art. 11 Abs. 2 S. 1 RückfRL zur Berücksichtigung von Einzelfallumständen bei der Befristungsentscheidung. Das Unterlassen einer freiwilligen Ausreise sollte hier aber nur Beachtung finden dürfen, wenn zuvor die Gelegenheit dazu gegeben wurde.

Es bedarf zudem einer Klarstellung im Gesetz, mindestens aber in der Verwaltungsvorschrift bzw. den Anwendungshinweisen dazu, dass die Entscheidung über die Befristung nicht – wie bisher gängige Praxis – von einer vorherigen Begleichung etwa angefallener Abschiebungskosten abhängig gemacht werden darf. Dem JRS liegen erste Einzelfälle vor, in denen an dieser Praxis festgehalten wird. Angesichts teils erheblicher Forderungssummen und der beschränkten finanziellen Verhältnisse der Betroffenen droht die Weige-

⁵³ Siehe EGMR, *K. ./.* Deutschland, Nr. 31753/02, Rdnr. 68, 28. Juni 2007 m. w. N.; *E. ./.* Schweiz, Nr. 42034/04, 22. Mai 2008.

⁵⁴ EGMR, *Y. ./.* Deutschland, Nr. 52853/99, Rdnr. 48, 17. April 2003, und *K. ./.* Deutschland, Nr. 32231/02, Rdnr. 66, 27. Oktober 2005.

⁵⁵ EGMR, Urteil vom 25.3.2010, InfAusIR 2010, 325, 327 – *M. ./.* Deutschland.

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 23.9.2009, InfAusIR 2009, 445, 446.

rung der Behörden, eine Befristung vorzunehmen, im Ergebnis eine Ausdehnung der Wiedereinreisesperre deutlich über fünf Jahre hinaus zu bewirken. Damit ist der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht genügt.

2.3 Abschiebungsmonitoring (Art. 8 Abs. 6 RückfRL)

Art. 8 Abs. 6 RückfRL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Schaffung eines wirksamen Systems für die Überwachung von Rückführungen. Für ein entsprechendes Beobachtungssystem gibt es in Deutschland etablierte und funktionierende Modellprojekte in der Zivilgesellschaft, die bei den beteiligten staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren ganz überwiegend auf hohe Akzeptanz stoßen. Seit 2001 sind unter maßgeblicher Mitwirkung der beiden großen Kirchen sukzessive an den Flughäfen Düsseldorf, Frankfurt und Hamburg unabhängige Beobachtungsstellen eingeführt worden. In Berlin haben Gespräche über die Einrichtung einer ähnlichen Stelle am geplanten Großflughafen Berlin-Brandenburg begonnen.

Das praktizierte und bewährte System der Beobachtung besteht aus zwei Bausteinen: Zum einen gibt es die Abschiebungsbeobachtung, die bei Luftabschiebungen an den genannten Flughäfen anwesend ist. Zum anderen wurden begleitende Gesprächsforen eingerichtet, in deren Auftrag die Beobachtung stattfindet und denen die Beobachtungsstellen berichtspflichtig sind. Diese Gremien setzen sich aus staatlichen und nicht-staatlichen Institutionen und Organisationen zusammen. Die Foren haben den Auftrag, den Bericht der Abschiebungsbeobachtung entgegen zu nehmen und eventuelle Vorkommnisse / Missstände zu diskutieren. Dabei haben die Foren keine dienst- oder fachaufsichtsrechtlichen Kompetenzen. Sie verstehen sich als Gesprächsforen, in denen problematische Sachverhalte erklärt und geklärt werden können. Weiterhin können die Foren Verbesserungsvorschläge für den zukünftigen Vollzug von Abschiebungen machen. Es geht grundsätzlich nicht um das „Ob“, sondern um das „Wie“ einer Vollzugsmaßnahme.

Die Arbeit der Foren beruht auf Vertraulichkeit. Damit wird auf der einen Seite datenschutzrechtlichen Vorgaben staatlichen Handels Rechnung getragen. Konkrete Sachverhalte und andere sensible Informationen bleiben in den Foren, ähnlich der Arbeit von Härtefallkommissionen. Auf der anderen Seite ist durch die Heterogenität der Foren die Transparenz des Vollzuges für eine Fachöffentlichkeit gewährleistet. Maßnahmen können hinterfragt und Verbesserungen beispielsweise im Hinblick auf den menschenrechtlichen Schutz aller am Abschiebungsprozess Beteiligten angeregt werden.

Der Weiterentwicklung eines zivilgesellschaftlichen Modells der Abschiebungsbeobachtung ist entgegengehalten worden, der Staat könne sich nicht von Privaten kontrollieren lassen. Dazu ist anzumerken, dass die Kontrolle exekutiven Handelns im demokratischen Rechtsstaat grundsätzlich den Gerichten obliegt. Dieses Prinzip der Gewaltenteilung wird durch die Abschiebungsbeobachtung in keiner Weise in Frage gestellt. In dessen ist gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Abschiebungsvorgang an sich für den Betroffenen regelmäßig wegen Zeitablaufs nicht mehr rechtzeitig zu erlangen. Die Abschiebungsbeobachtung – der englische Richtlinien text verwendet den Begriff „forced return monitoring“ – soll hier ein alternatives Modell nicht der Überwachung, sondern der Begleitung, Moderation und Vermittlung zwischen den Beteiligten anbieten. Es ist die Überzeugung auch des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes, dass eine unabhängige Beobachtung der Abschiebungsabläufe die Rechte aller Beteiligten schützt. Das gilt für die Betroffenen, denen bei der Ausübung von Zwang ein Eingriff in ihre Grundrechte drohen kann, ebenso wie für die eingesetzten Polizeibeamten, die durch ein transparentes Beobachtungsmodell vor ungerechtfertigten Angriffen und Beschuldigungen geschützt werden.

Eine von unabhängigen Stellen durchgeführte Abschiebungsbeobachtung entspricht im übrigen auch dem Stand der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts. So hat etwa der LIBE-Ausschuss des Europäischen Parlaments in der aktuellen Diskussion um die FRONTEX-Verordnung⁵⁷ folgenden Art. 9 Abs. 3 vorgeschlagen:

„The monitoring of joint return operations should be carried out independently and should cover the whole joint return operation from the predeparture phase until the hand-over of the returnees in the country of return. Member States shall ensure that relevant international organisations are involved during removal procedures in order to guarantee compliance with proper legal procedure. Monitors should have access to all relevant facilities, including detention centres and aircraft, and receive the necessary training to perform their duties.“⁵⁸

Mit der Arbeit der Abschiebungsbeobachtung und der Foren hat sich ein kontinuierlicher gesellschaftlicher Diskurs zwischen Vertreter/innen der Zivilgesellschaft und staatlichen Akteuren etabliert. Die Modellprojekte

⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

⁵⁸ Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Orientation Vote Result on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (FRONTEX) (COM(2010)0061 – C7-0045/2010 – 2010/0039(COD)), S. 51.

sind von der EU-Kommission bereits anlässlich einer Fachtagung in Brüssel im Herbst 2009 als vorbildlich eingestuft worden. Die bisher geleistete Arbeit hat sich bewährt und sollte im Rahmen der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie im Bundesgebiet flächendeckend etabliert werden⁵⁹. Der Gesetzentwurf versäumt die Chance, eine gesetzliche Grundlage für entsprechende Projekte zu legen.

3. Zur Umsetzung der Arbeitgeber-Sanktionsrichtlinie

Die Sanktionsrichtlinie verfolgt das Ziel, die illegale Beschäftigung von Ausländern unattraktiv zu machen durch Sanktionen gegen Arbeitgeber einerseits, eine gewisse Stärkung der Rechte der Beschäftigten andererseits. Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst vertritt einen an den fundamentalen Rechten der Betroffenen orientierten Ansatz. Im Mittelpunkt sollte die Stärkung der Opfer ausbeuterischer Arbeitsbedingungen in der Auseinandersetzung mit ihren Arbeitgebern stehen⁶⁰.

3.1 Aufenthaltstitel für Opfer ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse (§ 25 Abs. 4b AufenthG-E, Art. 13 Abs. 4 SanktRL)

In diesem Sinne ist es zu begrüßen, dass ein Aufenthaltstitel für Opfer von Straftaten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz⁶¹ geschaffen wird, der es diesen u. a. ermöglichen soll, Lohnansprüche gegen ihren vormaligen Arbeitgeber vom Inland aus durchzusetzen.

Der Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 4b AufenthG-E für Ausländer, die Opfer ausbeuterischer Arbeitsbedingungen geworden sind oder als Minderjährige illegal beschäftigt wurden, ist § 25 Abs. 4a AufenthG nachgebildet; entsprechend ist auch hier Bedingung die Bereitschaft zur Kooperation im Strafverfahren, auch soll der Titel widerrufen werden, wenn der Betroffene nicht mehr aussagen will⁶². Nicht vorausgesetzt ist der Abbruch des Kontakts zum bisherigen Arbeitgeber. Eine Verlängerung steht im Ermessen, wenn dem Arbeitnehmer noch Lohnansprüche zustehen und deren Durchsetzung aus dem Ausland unzumutbar wäre.

Die Vorschrift setzt Art. 13 Abs. 4 SanktionsRL um. Möglicherweise ein Redaktionsversehen ist, dass der neu geschaffene § 10a SchwArbBekG-E nicht in § 25 Abs. 4b AufenthG-E aufgenommen wurde. Dies sollte ergänzt werden. Andernfalls könnten Opfer von Menschenhandel eine Aufenthaltserlaubnis nur nach § 25 Abs. 4a AufenthG beantragen; das aber würde sie wegen der Kontaktsperre⁶³ an der Geltendmachung von Lohnansprüchen hindern, die die Sanktionsrichtlinie ausdrücklich vorsieht. Um weitere Anreize für Betroffene zu setzen, als Zeugen auszusagen, und die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften transparenter und handhabbarer zu machen, empfiehlt es sich zudem, an dieser Stelle alle Opfer von Straftaten im Zusammenhang mit Schwarzarbeit einzubeziehen.

Der Titel § 25 Abs. 4b AufenthG-E soll nur im Zusammenhang mit der Kooperation in einem Strafverfahren erteilt werden; erst bei der Verlängerung spielt eine Rolle, ob der Betroffene noch Lohnansprüche durchzusetzen hat. Auf den ersten Blick ist durch die Richtlinie hier auch nur geboten, einen vorübergehenden Titel für die Mitwirkung an Strafverfahren zu gewähren. Andererseits schreibt Art. 6 Abs. 2 SanktionsRL vor, dass die Mitgliedstaaten wirksame Verfahren und Mechanismen einrichten müssen, um den irregulär Beschäftigten die Durchsetzung von Lohnansprüchen zu ermöglichen. Es dürfte diesem Zweck entsprechen, den Betroffenen für die Dauer ihres notwendigen Aufenthalts im Bundesgebiet auch dann einen Aufenthaltstitel zu geben, wenn sie sich entscheiden, lediglich ihre Lohnansprüche durchzusetzen. Es besteht ein öffentliches Interesse an der Bekämpfung der Schwarzarbeit nicht nur durch die strafrechtliche Verfolgung von Arbeitgebern, sondern auch dadurch, dass die illegale Beschäftigung wirtschaftlich unattraktiv gemacht wird.

Die Praxiserfahrung mit dem ähnlich strukturierten § 25 Abs. 4a AufenthG (vorübergehende Aufenthaltserlaubnis für die Opfer von Menschenhandel für die Dauer eines Strafverfahrens) zeigt, dass die derzeitige Ausgestaltung der Vorschrift nur sehr bedingt geeignet ist, das öffentliche Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Menschenhandel wirksam durchzusetzen. So kamen 2009 auf rund 700 erfasste Fälle von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung nur 45 Opfer, denen die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a AufenthG erteilt wurde⁶⁴. Es sollten daher stärkere Anreize für das eigene Interesse der Opfer an der Mitwirkung gesetzt werden. Ein solcher Anreiz kann insbesondere auch in der Perspektive eines längerfristigen Aufenthalts liegen. Dies würde auch dem Umstand Rechnung tragen, dass den Betroffenen i. d. R. mit der vorübergehenden Gestattung ihres Aufenthalts nicht geholfen ist. In zahlreichen Fällen bestehen vor einer

⁵⁹ Vgl. schon die Empfehlungen der 3. Internationalen Fachtagung zu Seelsorge und Beratung in der Abschiebungshaft, Mainz, Januar 2010.

⁶⁰ Ähnlich Rabe in Dt. Institut für Menschenrechte, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex, S. 2.

⁶¹ § 25 Abs. 4b AufenthG-E; allerdings spielt die Durchsetzung von Lohnansprüchen erst bei der Verlängerung eine Rolle, die Ersterteilung soll an die Erforderlichkeit und Bereitschaft zu einer Zeugenaussage im Strafverfahren gegen den Arbeitgeber geknüpft sein.

⁶² § 52 Abs. 5 AufenthG-E.

⁶³ § 25 Abs. 4a S. 2 Nr. 2 AufenthG.

⁶⁴ „Einsame Zeugen“, Süddeutsche Zeitung v. 8.3.2010.

Rückkehr ins Herkunftsland berechnete Befürchtungen wegen dort zu erwartender Repressalien. Es sollte daher deutlicher die Möglichkeit eines dauerhaft legalen Aufenthalts in der Bundesrepublik eingeräumt werden, der in diesen Fällen nicht selten ohnehin im Wege anderweitiger humanitärer Aufenthaltserlaubnisse ermöglicht wird. Dies würde nicht zuletzt die Kooperationsbereitschaft der Betroffenen stärken.

Zu empfehlen ist schließlich, den Betroffenen für die Dauer ihres legalen Aufenthalts die Erwerbstätigkeit zu erlauben. Dies würde ebenfalls einen starken Anreiz zur Kooperation setzen.

3.2 Durchsetzung von Lohnansprüchen (§ 98a AufenthG-E, Art. 6 SanktRL)

Der neu geschaffene § 98a AufenthG-E soll die Vorgaben der Sanktionsrichtlinie umsetzen, nach der der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem irregulären Arbeitnehmer eine vorenthaltene Vergütung rückwirkend nachzuzahlen, mindestens in Höhe der üblichen Vergütung und im Zweifel für wenigstens drei Monate (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 SanktRL).

Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland begrüßt uneingeschränkt, dass die Bundesrepublik ihre Verpflichtung zur Transformierung der entsprechenden Richtlinienvorschriften in nationales Recht wahrnimmt. Fragwürdig ist allerdings der Standort des § 98a AufenthG-E. Es handelt sich um eine zivilrechtliche Anspruchsnorm, die auch im BGB ihren Platz finden sollte.

Zu begrüßen ist auch, dass im Vergleich zu früheren Fassungen nunmehr EU-Bürger der neuen Mitgliedstaaten, die eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III benötigen, wieder in die Vorschrift einbezogen werden. Der weitergehende Ansatz, auch die Rechte von Wanderarbeitnehmern aus Staaten der Europäischen Union zu stärken, verdient Zustimmung sowohl vom Standpunkt der Betroffenen aus als auch unter ordnungspolitischen Aspekten, da faktisch infolge erheblicher wirtschaftlicher Unterschiede zwischen den Staaten der Union derzeit Anreize sowohl für Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer bestehen, die existierenden Arbeitsmarktzugangsregeln zu missachten. Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst empfiehlt insoweit, die zeitlichen Grenzen für die Beschränkung des Arbeitsmarktzugangs aus den Beitrittsverträgen der letzten Beitrittswelle nicht auszuschöpfen. Solange aber EU-Bürgern der freie Arbeitsmarktzugang verwehrt wird, sollte ihnen wenigstens im Konfliktfall ein Mindestanspruch auf erarbeiteten Lohn gesichert werden.

3.3 Übermittlungspflichten (§ 87 Abs. 2 AufenthG)

Eines der Haupthindernisse für die Geltendmachung von Lohnansprüchen statusloser Migranten und somit für ein wirksames Verfahren i. S. d. Art. 13 Abs. 1 SanktRL stellen weiterhin die ausländerrechtlichen Übermittlungspflichten des § 87 Abs. 2 AufenthG dar, die auch die Arbeitsgerichte treffen. Sie erreichen in der Praxis kaum je den Normzweck, der Ausländerbehörde Kenntnis vom informellen Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen zu verschaffen. Hingegen schrecken sie weit öfter Betroffene davon ab, die ihnen zustehenden Ansprüche geltend zu machen. Die Übermittlungspflichten haben sich damit als ein Instrument erwiesen, das ausbeuterische und illegale Arbeitsbedingungen eher festigt denn aufbricht.

Um die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu sichern, ist daher erforderlich, die ausländerrechtlichen Übermittlungspflichten der Arbeitsgerichte einzuschränken⁶⁵. So würde der Vorgabe der Richtlinie entsprochen, wirksame Verfahren zur Rechtsdurchsetzung gegenüber dem Arbeitgeber sicherzustellen⁶⁶.

In ihrem Koalitionsvertrag haben CDU/CSU und FDP zudem vereinbart: „Wir werden die aufenthaltsgesetzlichen Übermittlungspflichten öffentlicher Stellen dahingehend ändern, dass der Schulbesuch von Kindern ermöglicht wird.“⁶⁷ Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland bedauert, dass das vorliegende Gesetzgebungsverfahren entgegen früherer Ankündigungen offenbar nicht genutzt werden soll, um diese Vereinbarung umzusetzen. Die Ermöglichung eines Schulbesuchs für alle Kinder in Deutschland, unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status, wäre ein wichtiges Signal dafür, dass die Bundesrepublik die fundamentalen Rechte von Minderjährigen stärkt und respektiert, wie sie sich z. B. aus der Kinderrechtskonvention ergeben.

3.4 Prozessstandschaft (Art. 6 Abs. 4, Art. 13 Abs. 2 SanktRL)

Die nach dem vorgesehenen § 98a AufenthG-E einklagbaren Ansprüche sind für die Betroffenen nur von Wert und tragen nur dann zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bei, wenn sie auch effektiv durchgesetzt werden können. Dies bedingt vor allem einen für die Betroffenen gangbaren Zugang zur Rechtspflege. Art. 13

⁶⁵ Vgl. beispielhaft die Gesetzentwürfe der Bundestagsfraktionen der SPD, BT-Drs. 17/56, sowie von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/6167.

⁶⁶ Art. 13 Abs. 1 SanktRL.

⁶⁷ WACHSTUM. BILDUNG. ZUSAMMENHALT. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 79.

Abs. 1 SanktRL schreibt den Mitgliedstaaten insoweit vor, wirksame Verfahren sicherzustellen, mit denen die Betroffenen Beschwerde gegen ihre Arbeitgeber einreichen können. Diese Mechanismen sollen nach Art. 6 Abs. 4 SanktRL auch noch nach der Rückkehr des Drittstaaters in sein Herkunftsland zur Verfügung stehen.

Art. 13 Abs. 2 SanktionsRL verpflichtet ferner dazu, Dritten bei Vorliegen eines berechtigten Interesses zu ermöglichen, sich im Namen oder zur Unterstützung der Betroffenen an öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Verfahren zu beteiligen.

In Deutschland steht den Betroffenen grundsätzlich der Weg zu den Arbeitsgerichten offen. Jedoch wird der Zugang in der Praxis dadurch erschwert, dass die Betroffenen teils keinen regulären Aufenthaltsstatus haben (vgl. dazu oben Anmerkung zu § 87 AufenthG), teils durch Unkenntnis der rechtlichen Möglichkeiten und Verfahrensvoraussetzungen. Gründliche Beratung und im Zweifel auch rechtliche Vertretung ist daher erforderlich. Eine Verfolgung von Ansprüchen aus dem Ausland ist grundsätzlich möglich, erfordert aber die Vertretung durch eine hierzu befugte Person im Inland gem. § 11 ArbGG. Auch eine Abtretung einer Forderung zur Einziehung auf fremde Rechnung ist möglich, dann allerdings muss die Vertretung vor dem Arbeitsgericht durch einen Rechtsanwalt erfolgen, sofern der Zessionar nicht seinerseits vertretungsbefugt ist (§ 11 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

Die praktischen Hürden der rechtlich grundsätzlich möglichen Forderungsdurchsetzung sind mithin erheblich, insbesondere, wenn der Betroffene vor Abschluss des Verfahrens die Bundesrepublik verlässt bzw. verlassen muss. Es erscheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob die Betroffenen, die als bislang illegal Beschäftigte in der Regel eher den Kontakt mit staatlichen Stellen meiden werden, ihre Rechte tatsächlich mit Erfolg durchsetzen werden. Zwar haben sich inzwischen in mehreren deutschen Städten gewerkschaftliche Beratungsstellen gegründet, die irreguläre Arbeitsmigranten beraten und bei der Geltendmachung von Lohnansprüchen unterstützen; diese Beratungsangebote sind uneingeschränkt zu begrüßen und sollten ausgeweitet werden. Jedenfalls derzeit wenden sich irreguläre Migranten aber oft eher an Migrationsberatungsstellen. Die effektive Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte aus der Sanktionsrichtlinie würde nach Einschätzung des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes Deutschland gefördert, wenn auch solchen Stellen im Rahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes die Möglichkeit eingeräumt würde, in den Fällen des § 98a AufenthG-E vor den Arbeitsgerichten zu vertreten bzw. Forderungen auf fremde Rechnung geltend zu machen.



Heiko Habbe
Policy Officer

Anlage:

- Schreiben der Europ. Kommission, GD Inneres, Referat C.1, an den Jesuiten-Flüchtlingsdienst Europa vom 11.5.2011



EUROPÄISCHE KOMMISSION
GENERALDIREKTION INNERES

Direktion C: Einwanderung und Asyl
Referat C.1: Grenzverwaltung und Rückführungspolitik

Brüssel, den 11 MAI 2011
HOME/C1/HN/Ares D(2011)

Hr Stefan Keßler
Jesuit Refugee Service
Rue du Progrès 333/2
B-1030 Brüssel

Sehr geehrter Herr Keßler,

Ich beziehe mich auf ihr Schreiben vom 21.4.2011, in dem sie Fragen zu Artikel 16(1) der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG aufwerfen.

Artikel 16(1) lautet:

Die Inhaftierung erfolgt grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen. Sind in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen nicht vorhanden und muss die Unterbringung in gewöhnlichen Haftanstalten erfolgen, so werden in Haft genommene Drittstaatsangehörige gesondert von den gewöhnlichen Strafgefangenen untergebracht.

In ihrer ersten Frage bitten sie um Klarstellung ob Artikel 16(1) auf die Situation in einem Mitgliedstaat in ganzem abstellt, oder ob regionale Differenzierungen (je nach Bundesland) möglich sind. Ihre zweite Frage lautet ob eine Unterbringung Rückzuführender gemeinsam mit Untersuchungshäftlingen erlaubt ist.

Grundsätzlich kann nur der Europäische Gerichtshof das Unionsrecht bindend auslegen.

Aus Sicht der Dienststellen der Kommission kann zur ersten Frage festgestellt werden, daß der Wortlaut des Artikel 16(1) klar auf das Gesamtterritorium eines Mitgliedstaates abstellt. Das Nichtvorhandensein spezieller Hafteinrichtungen in einem regionalen Teilbereich eines Mitgliedstaats - während in einem anderen regionalen Teilbereich solche vorhanden sind - kann daher eine Unterbringung in einer gewöhnlichen Haftanstalt nicht rechtfertigen.

Zur zweiten Frage kann festgestellt werden, daß Punkt 10 Absatz 4 der "20 Guidelines on forced return" des Ministerkommittees des Europarats vom 4.5.2005, der eine wichtige Grundlage für die oa Bestimmung darstellt und als Auslegungshilfe herangezogen werden kann, ausdrücklich klarstellt, dass "*persons detained pending their removal from the territory should not normally be held together with ordinary prisoners, whether convicted or on remand.*" Insoferne ist jedenfalls sicherzustellen dass keine gemeinsame Unterbringung mit Untersuchungshäftlingen vorgenommen wird.

Ich hoffe, dass diese Klarstellungen hilfreich für Sie sind und ich erlaube mir – im Geiste der Transparenz – die betroffene Abteilung des deutschen Innenministeriums in Kopie zu setzen.



Henrik Nielsen

Cc: Ministerialdirektorin Dr. Gabriele Hauser, Bundesministerium des Inneren, Alt-Moabit 101 D, D-10559 Berlin