

Prof. Dr. jur. Christine M. Graebisch, Dipl.-Krim.
Fachbereich Angewandte Sozialwissenschaften
Emil-Figge.Str. 44, 44227 Dortmund
eMail: strafvollzugsarchiv@fh-dortmund.de

Martin von Borstel

Verein für Rechtshilfe im Justizvollzug des Landes Bremen e.V.
eMail: rechtsberatung-abschiebehaf@gmx.de¹

Stellungnahme zum Entwurf des „Abschiebungshaftvollzugsgesetzes Nordrhein-Westfalen“

Schriftliche Sachverständigenstellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Landtags NRW am 26. März 2015 zum Gesetzesentwurf der Fraktionen von SPD/Grünen Drucksache 16/7545 unter Beantwortung der an die Sachverständige gestellten Fragen 1.-5.

1. Inwieweit ist die u.a. durch EU-Recht geforderte Unterscheidung von Abschiebungshaftvollzug zum Strafvollzug im vorliegenden Gesetzentwurf ausreichend geregelt?

Es wird ausdrücklich die bisher geltende Rechtslage fortgeschrieben, die Bezug auf das StVollzG nahm und lediglich eine Bezugnahme auf das neue, am 27. Januar 2015 in Kraft getretene, nordrhein-westfälische StVollzG hinzugefügt. Daraus und aus der geplanten Unterbringung in derselben Anstalt wie zuvor – bislang eine Justizvollzugsanstalt – geht schon hervor, dass die europarechtlichen Anforderungen nicht erfüllt sind. Zwar wird nunmehr offenbar dem Trennungsgebot Rechnung getragen, wonach Abschiebungsgefangene nicht gemeinsam mit Strafgefangenen untergebracht werden dürfen, nicht aber dem Abstandsgebot, dass eine Art der Unterbringung erfordert, die sich substantiell von den Bedingungen des Strafvollzugs unterscheidet. Denn darin liegt der wesentliche Grund für das Trennungsgebot nach Art. 16 RÜFü-RL².

¹ Die Verfasserin ist Leiterin des Strafvollzugsarchivs an der Fachhochschule Dortmund, das sich wissenschaftlich mit Recht und Rechtswirklichkeit von Strafvollzug und anderer staatlicher Freiheitsentziehung befasst und hat gemeinsam mit Johannes Feest das Thema Abschiebungshaft in Feest/Lesting *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz* (AK-StVollzG), 6. Auflage 2012 kommentiert. Der Verfasser ist Autor der vom Flüchtlingsrat Brandenburg, Flüchtlingsrat Schleswig-Holstein und der Humanistischen Union herausgegebenen Publikation *Haft ohne Straftat. Fakten und Argumente gegen Abschiebungshaft*, 2013 sowie Rechtsberater in der Bremer Abschiebungshaft.

² Vgl. etwa Martin Schieffer: Termination of residence. Directive 200/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in member States for returning illegally staying third-country nationals, in: Hailbronner, Kay [Hrsg.], *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*. Chapter V. München 2010, S. 1545 f.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Gefängnischarakter sogar offenbar nur eventuell („soweit“) perspektivisch reduziert und ein höherer Unterkunftsstandard als im Strafvollzug erreicht werden.

Es mag sein, dass in der vorgesehenen Gewahrsamsordnung die unterschiedliche Situation von Straf- und Abschiebungshaftvollzug herausgearbeitet werden wird. Der Änderungsantrag von SPD/Grünen weist nochmals deutlich darauf hin, dass dies erforderlich sei. Dazu können aber zum einen (noch) keine Aussagen getroffen werden, zum anderen muss diese Aufgabe vom Gesetzgeber selbst erfüllt werden und darf nicht an die Exekutive delegiert werden.

2. Ist die Regelung der wesentlichen Ausgestaltung des Abschiebungshaftvollzugs, insbesondere unter Berücksichtigung der Schwere des Grundrechtseingriffs durch die Haft, durch die vorgesehene untergesetzliche Festlegung angemessen?

Nein, keineswegs. Seit 1972 ist verfassungsgerichtlich geklärt:

„Auch die Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.“ (BVerfG, Entscheidung vom 14. März 1972 – 2 BvR 41/71). Infolgedessen dürfen also Eingriffe in die Grundrechte von Gefangenen nur auf formell-gesetzlicher Grundlage erfolgen. Das gilt natürlich auch für Abschiebungsgefangene. Dabei geht es verfassungsrechtlich im Vollzug um Eingriffe, die über den reinen Freiheitsentzug hinausgehen: *„Grundrechtseingriffe, die über den Freiheitsentzug als solchen hinausgehen, bedürfen danach unabhängig von den guten oder sogar zwingenden sachlichen Gründen, die für sie sprechen mögen, einer eigenen gesetzlichen Grundlage, die die Eingriffsvoraussetzungen in hinreichend bestimmter Weise normiert.“* (BVerfGE 40, 276 <283>). Nach dem Gesetzesentwurf sollen mit dem Gesetz ausdrücklich Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 und 2 (körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person), Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 (Informationsfreiheit) und Artikel 10 Absatz 1 (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) eingeschränkt werden – der Entwurf sagt aber nicht genau wie, sondern delegiert die Regelung umfassend an das Innenministerium als Verordnungsgeber.

Dass aber einzelne gesetzliche Verweisungsnormen die Anforderungen der Verfassung nicht erfüllen, hat das Bundesverfassungsgericht 2006 nochmals in Bezug auf den Jugendvollzug bestätigt. Auch § 115 JGG ermächtigte die Bundesregierung, mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften über näher bezeichnete wesentliche Elemente des Vollzugs der Jugendstrafe durch Rechtsverordnung zu erlassen. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Jugendvollzug klargestellt, dass weder die Verordnungsermächtigung als solche noch einige wenige Vorschriften im StVollzG eine ausreichende Eingriffsgrundlage darstellen. (BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 –, BVerfGE 116, 69-95, Rn. 40 f.)

Vorschriften für den Strafvollzug auch nur vorübergehend analog heranzuziehen (§ 2 des Entwurfes) ist bereits dadurch ausgeschlossen, dass diese für den Vollzug in Justizvollzugsanstalten konzipiert wurden, in denen Abschiebungshaft nicht nur einfach nicht mehr vollzogen wird, sondern gerade deswegen nicht mehr vollzogen darf, weil es sich dabei um für den Strafvollzug konzipierte Anstalten und Haftbedingungen handelt. „Zweck und Eigenart der Abschiebungshaft oder die besonderen Verhältnisse der Einrichtung“ (§ 2) stehen der entsprechenden Anwendung daher von vornherein und grundsätzlich entgegen, so dass der Verweis auf diese Vorschriften dem Gesetzesvorbehalt nicht Genüge leisten kann. Zwar handelt es sich um ein Gesetz, dieses hat aber einen komplett unterschiedlichen Regelungsbereich und muss diesen aufgrund europarechtlicher Vorgaben auch haben. Insofern ist die Situation noch deutlicher als bei den jedenfalls teilweise übereinstimmenden Zielsetzungen von Jugend- und Erwachsenenstrafvollzug, für die das BVerfG unmissverständlich festgestellt hat:

„[...] inwieweit Besonderheiten, die einfachgesetzlich im Erziehungsgedanken des Jugendgerichtsgesetzes zum Ausdruck gebracht sind, einer Ordnung des Jugendstrafvollzuges nach den Regeln des Erwachsenenstrafvollzuges entgegenstehen, durfte [der Gesetzgeber] nicht den Gerichten zur Beantwortung auf der Grundlage von Analogieüberlegungen überlassen, sondern musste sie selbst beantworten.“ (BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 –, BVerfGE 116, 69-95, Rn. 48)

Der Gesetzesentwurf ist auch insofern in keiner Weise geeignet, den Anforderungen an einen verfassungsgemäßen Rechtsschutz für Gefangene zu entsprechen, als der Rechtsweg, mit dem die Gefangenen ihre Rechte durchsetzen könnten, unregelt und unklar bleibt. Ist nach dem Strafvollzugsgesetz die Strafvollstreckungskammer zuständig, in Hinblick auf § 62 a AufenthG die Verwaltungsgerichtsbarkeit oder gar entsprechend der Anordnungskompetenz und dem FamFG die ordentliche Gerichtsbarkeit? Auch in Bezug auf den Gefangenenrechtsschutz hat das BVerfG im Jahr 2006 in keinen Zweifel zurücklassender Weise festgestellt, dass schon weitaus geringere Hürden als die vorliegend errichtete, den Adressaten für Rechtsschutzgesuche völlig offen zu lassen, mit der Verfassung nicht vereinbar sind:

„Die gesetzliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes darf auch hier den Zugang zum Gericht nicht in unverhältnismäßiger, durch Sachgründe nicht gerechtfertigter Weise erschweren (vgl. BVerfGE 10, 264 <267>; 88, 118 <124>, m.w.N.) und muss daher auf die typische Situation und die davon abhängigen Möglichkeiten der Rechtsschutzsuchenden Rücksicht nehmen. Gefangene befinden sich in einem Rechtsverhältnis mit besonderen Gefährdungen, in dem sie auch in der Möglichkeit, sich der Hilfe Dritter zu bedienen, eng beschränkt sind. Die im Jugendstrafvollzug Inhaftierten sind zudem typischerweise besonders ungeübt im Umgang mit Institutionen und Schriftsprache; zu geeignetem schriftlichen Ausdruck sind sie häufig überhaupt nicht fähig.“
(BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 –, BVerfGE 116, 69-95, Rn. 58)

Die Beschreibung der Gefangenen des Jugendvollzugs hinsichtlich ihrer häufig eingeschränkten Möglichkeiten Rechtsschutz zu suchen, ist auf Abschiebungsgefangene nicht nur übertragbar, sondern wird um ein Vielfaches dadurch übertroffen, dass letztere noch weitaus häufiger die deutsche Sprache nicht oder in dafür zu geringem Maße beherrschen und mit den Besonderheiten des deutschen Rechtssystems nicht vertraut sind. Dies wirkte sich selbstverständlich in potenziertem Maße aus, wenn die Gefangenen den Rechtsschutz erst im Wortsinne suchen (!) müssten.

Die Länder haben nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2006 in Kenntnis dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage neben Gesetzen zum Jugendvollzug auch solche zum Vollzug der Untersuchungshaft erlassen. Während dies auch für Nordrhein-Westfalen gilt, dessen Zuständigkeitsbereich zudem von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betreffend den Jugendvollzug erfasst war, wurde in NRW daraufhin darüber hinaus aus denselben verfassungsrechtlichen Gründen das bundesweit erste Gesetz zum Jugendarrestvollzug erlassen.

Die zutreffende Begründung des Gesetzesentwurfs der Landesregierung (LT-Drucks. 16/746, S. 2) lautete:

„Das Recht des Jugendarrestvollzuges ist bisher gesetzlich nur rudimentär im Jugendgerichtsgesetz und im Übrigen durch Rechtsverordnung und allgemeine Verwaltungsvorschriften geregelt. Dieses Regelwerk entspricht nicht mehr verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1972 (BVerfGE 33, 1 ff.) und später 2006 (Urteil vom 31. Mai 2006-2 BvR 1673/04) gefordert, Grundrechtseingriffe gegenüber erwachsenen beziehungsweise jungen Gefangenen gesetzlich zu legitimieren. Dies hat auch für den Vollzug des Jugendarrestes zu gelten.“

Zweifel an den verfassungsrechtlichen Vorgaben können bei den Initiatoren des Gesetzes daher also nicht bestehen. Vielmehr wird offensichtlich bewusst eine verfassungswidrige Regelung getroffen, um einem gefühlten praktischen Bedarf entgegenzukommen.

Soweit mit dem vorliegenden und auf den 31.12.2015 befristeten Gesetzesentwurf der Gedanke an eine Übergangsregelung verbunden sein mag, wie sie das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bezogen auf das StVollzG-Bund, die gesetzliche Regelung des Jugendstrafvollzugs sowie die des Sicherungsverwahrungsvollzugs trotz festgestellter Verfassungsmäßigkeit eingeräumt hatte, so greift diese Überlegung im Falle des Vollzugs von Abschiebungshaft nicht. Eine solche käme nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann in Betracht, wenn damit ein Zustand vermieden werden könnte, „*der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als die vorübergehende Hinnahme materiell rechtfertigungsfähiger, gesetzlich aber nicht ausreichend legitimer Eingriffe.*“ (BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 –, BVerfGE 116, 69-95, Rn. 67)

Ein solcher Zustand ist vorliegend jedoch ersichtlich nicht gegeben, weil als Alternative dazu wenigstens für die Dauer bis zum 31.12.2015 auf Abschiebungshaft verzichtet werden könnte. In dieser Zeit könnten auch Erfahrungen für einen zukünftigen Verzicht auf Abschiebungshaft gesammelt werden. Dagegen spricht auch nicht, dass § 62 AufenthG bei der Anordnung der Abschiebungshaft kein Ermessen gewährt, was in dem vorliegenden Entwurf als Begründung für die vermeintliche Notwendigkeit der Übergangsregelung angegeben wird. Zum einen besteht in Hinblick auf den schwerwiegenden staatlichen Eingriff einer Freiheitsentziehung ohnehin keine ausnahmslose Verpflichtung für Gerichte, diese auch tatsächlich anzuordnen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Juli 1994 – 2 BvL 12/93, 2 BvL 45/93 –, Rn. 18, juris), wovon auch der Bundesgerichtshof bei vorhersehbar rechtswidrigem Vollzug selbstverständlich ausgeht (BGH Beschluss vom 20. November 2014, - V ZB 54/14 -, juris). Zum anderen ist die gerichtliche Anordnung von Abschiebungshaft alleine auf Antrag möglich. Hier bietet sich die Möglichkeit im Wege eines Erlasses den Ausländerbehörden so anzuweisen, dass sie jedenfalls bis zum 31.12.2015 auf Haftanträge zu verzichten, was mit alternativen Herangehensweisen, insbesondere der Auferlegung von Meldeverpflichtungen verbunden werden kann. Der dann eintretende Zustand, dass der Vollzug in Einzelfällen ausgesetzt werden müsste oder sich schlimmstenfalls die Anordnung von Abschiebungshaft in einigen Fällen, in denen sie danach noch als notwendig angesehen würde, auf das Jahr 2016 verschieben würde, was eventuell auch für die eine oder andere vielleicht sonst bereits 2015 mögliche Abschiebung gelten würde, ist jedoch kein verfassungswidriger Zustand. Vielmehr entspräche dieser Zustand den verfassungsrechtlichen Anforderungen Abschiebungshaft als ultima ratio einzusetzen, die zudem europarechtlich geboten sind (dazu AK StVollzG-Feest/Graebisch Anh. § 175, Rn. 53), sogar mehr als eine Weiterführung der bisherigen problematischen Rechtspraxis auf zudem verfassungswidriger Grundlage für den Vollzug. Es könnte damit zugleich gezeigt werden, dass es dem Gesetzgeber ernst ist mit der auch im vorliegenden Entwurf gemachten Vorgabe, dass Abschiebungshaft nur ultima ratio sein soll und die gegenteilige Praxis abzustellen, in der in rund der Hälfte der Fälle Abschiebungshaft angeordnet wird, ohne dass auch nur die (sonstigen) gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt wären (Statistik des Rechtsanwalts Peter Fahlbusch, des Jesuitenflüchtlingsdiensts u.a., zusammengefasst bei *von Borstel* Abschiebungshaft in Zahlen und Fakten, in Flüchtlingsrat Brandenburg, Flüchtlingsrat Schleswig-Holstein, Humanistische Union (Hrsg.): Haft ohne Straftat. Fakten und Argumente gegen Abschiebungshaft, Berlin 2013, S. 61).

Bezogen auf die Sicherungsverwahrung, bei der es ebenfalls um eine wirkungsvolle Durchsetzung des bislang zu wenig realisierten Abstandsgebotes und ultima ratio-Prinzips geht, entschied sich der Bundesgesetzgeber wenigstens dazu, ein Rechtsschutzprogramm einzuführen, dass die Überprüfbarkeit der Umsetzung sicherstellen soll und den Betroffenen wenigstens einen staatlich finanzierten rechtlichen Beistand gewährt (§ 119 a StVollzG-Bund). Auch bei Untersuchungshaft besteht inzwischen vom ersten Tag an Anspruch auf Beiordnung eines (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO) Verteidigers/Rechtsanwalts.

3. Erfüllt der Gesetzentwurf die Anforderungen an eine humane und rechtskonforme Abschiebungshaft hinsichtlich der Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen, besondere Bedingungen der Dublin-Haft sowie grundsätzlicher unionsrechtlicher Vorgaben für die Ausgestaltung von Abschiebungshafteinrichtungen?

Nein. Unter anderem sind, da auf das StVollzG verwiesen wird, keinerlei Regelungen für die spezifischen schutzbedürftigen Gruppen, die regelmäßig in Abschiebungshaft angetroffen werden, vorhanden, so etwa Traumatisierte, Flüchtlinge, physisch und psychisch schwer erkrankte Personen, Schwangere, Minderjährige, Familien, Opfer von Menschenhandel etc.

Bereits im Jahre 2011 befasste sich das Anti-Folterkomitee der Vereinten Nationen (CAT) mit der Abschiebungshaft in Deutschland. Hinsichtlich der Inhaftierungspraxis negativ hervorgehoben wurde die große Zahl von „Dublin-Fällen“ und von Personen mit abgelehntem Asylantrag. Bezogen auf die Situation im Vollzug (Art. 16 RÜFÜRL) kritisierte CAT das Fehlen systematisierter Eingangsbefragungen in einer Zahl von Bundesländern, mit denen besonders verletzbare Gruppen von Gefangenen, wie traumatisierte Flüchtlinge, unbegleitete Minderjährige als solche erkannt werden könnten. Dafür müssten medizinische Untersuchungen stattfinden, die nicht - wie bislang – lediglich auf die Feststellung von Tuberkulose, sondern vielmehr insbesondere auch auf die von psychischen Erkrankungen und Traumatisierungen gerichtet seien. Die zugehörige Empfehlung lautete darauf, medizinische und psychologische Untersuchungen durch unabhängige und qualifizierte Fachleute sicherzustellen. Dies ist nur ein Beispiel für eine sogar von internationalen und ebenso der Nationalen Stelle zur Verhütung von Folter (Jahresbericht 2013, S. 20 ff.) erhobenen Forderungen, die von den absoluten Minimalstandards handeln, um eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung abzuwenden. Nicht einmal solche Minimalanforderungen an den Abschiebungshaftvollzug finden sich jedoch in dem hier zur Diskussion stehenden Gesetzesentwurf, der meint, ohne jede Detailregelung des Abschiebungshaftvollzuges auszukommen. Das gegebene Beispiel zeigt, dass dies nicht möglich ist und es ließe sich eine Vielzahl weiterer Beispiele nennen.

4. Inwiefern kann der vorliegende Gesetzentwurf die Situation der Menschen in Abschiebungshaft im Vergleich zu der vorher geltenden nationalrechtlichen Regelung verbessern?

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Im Gegenteil ist die Neuregelung schon deswegen keine Verbesserung, weil sie aus den oben genannten Gründen verfassungswidrig ist.

Zusätzlich zu dem Problem mangelnder Konkretisierung auf den spezifischen Haftzweck war bereits die bisherige Anwendung der §§ 171 ff. StVollzG über § 422 FamFG im Übrigen auch schon wegen der Grundaussage dieser Vorschriften verfassungsrechtlich bedenklich. So geben diese vor, dass der Vollzug von Abschiebungshaft im Prinzip wie Strafvollzug auszusehen habe, wobei Abweichungen als Ausnahme über den spezifischen Haftzweck zu rechtfertigen seien. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist jedoch mit der Tatsache unvereinbar, dass Abschiebungshaft gerade keine Strafhaft ist und dies ausdrücklich auch nicht sein darf (dazu schon AK StVollzG-Feest/Graebisch Anh. § 175, Rn. 64).

Die materiellen Regelungen des Strafvollzugsgesetzes NRW bringen für Strafgefangene gegenüber dem StVollzG sowohl Verbesserungen als auch Verschlechterungen (vgl. im Einzelnen dazu Feest Stellungnahme zu den Entwürfen der Landesregierung und der Fraktion der CDU für ein Landesstrafvollzugsgesetz (Drucksachen 16/5413 bzw. 16/4155 sowie in Forum Strafvollzug 3/2014, S. 191-193). Weder die einen noch die anderen werden sich aber für Abschiebungsgefangene niederschlagen (können), weil sie für die Abschiebungshaft nicht anwendbar sind.

Selbst wenn man die vorgesehene Rechtsverordnung in die Betrachtung der zukünftigen Ausgestaltung der Vollzugsbedingungen einbeziehen wollte, so wäre dies nicht möglich, da sie nicht vorliegt.

5. Nach Art. 70 Satz 2 Landesverfassung NRW muss eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein. Ist nach dieser Maßgabe § 3 des Gesetzentwurfs verfassungsgemäß?

Nein. Die Vorschrift ist in jeder genannten und verfassungsrechtlich gebotenen Hinsicht völlig unbestimmt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss schon anhand des ermächtigenden Gesetzes hinreichend deutlich zu ersehen sein,

„in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können“ (BVerfGE 1, 14, 60).

Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil aus dem Ermächtigungsgesetz überhaupt nicht hervorgeht, inwiefern dem „Zweck und der Eigenart der Abschiebungshaft“ entsprochen werden soll. Der einzige Hinweis auf eine mögliche Tendenz ist der verfassungswidrige Verweis auf das StVollzG NRW! Die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG gilt selbstverständlich auch bei Landesrechtsverordnungen. Danach besteht, wie ausgeführt, bei der grundlegenden Frage der Ausgestaltung der Einschränkung des Freiheitsgrundrechts nach Art. 2 GG ein Delegationsverbot.

Ergebnis:

Das mit dem zur Beurteilung stehenden Gesetzesentwurf vorgeschlagene Gesetz ist also in mehrfacher Hinsicht verfassungs- und europarechtswidrig. Es wird empfohlen, dieses Gesetz nicht zu beschließen, sondern sich der schleswig-holsteinischen Bundesratsinitiative zur bundesweiten Abschaffung von Abschiebungshaft anzuschließen.