

## **Abschiebungshaft und rechtsstaatliche Verantwortung in der Migrationspolitik**

**Markus Babo**

### **Einleitung**

Wenn nach dem Selbstverständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland die öffentliche Gewalt dem Volk gegenüber verantwortlich ist und dieses sich in der Präambel des GG ausdrücklich zu seiner „Verantwortung vor Gott und den Menschen“ bekennt, so läßt sich Verantwortung in der Tat als „Staatsprinzip“ und „Schlüsselkategorie des modernen Rechtsstaats“<sup>1</sup> bezeichnen, das im Hinblick auf die Migrationsthematik sowohl im Bereich des politischen als auch des administrativen Handelns zum Tragen kommt. Im Bereich der Verwaltungsverantwortung geht es dabei vornehmlich um einen einzelfallgerechten, gleichmäßigen, effektiven und rechtmäßigen Gesetzesvollzug, bei welchem die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit beachtet werden und ein Ausgleich in Härtefällen gewährleistet ist. Komplementär dazu steht die verwaltungsgerichtliche Verantwortung, durch welche das Verwaltungshandeln bestätigt, korrigiert oder entlastet werden kann<sup>2</sup>. Grundvoraussetzung für die Zurechnung bzw. Entfaltung von Verantwortung ist, daß die geltenden Gesetze überhaupt einen Entscheidungsspielraum lassen, daß die Kompetenzverteilung innerhalb des Behördenapparates übersichtlich bleibt und daß die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen durch eine unabhängige gerichtliche Instanz auch effektiv möglich ist.

Dies zu gewährleisten, ist Aufgabe der Politik, die, gebunden an verfassungsrechtliche Vorgaben und internationale Verpflichtungen, gewissermaßen eine Rahmenverantwortung trägt. Im Bereich der Migrationspolitik geht es dabei darum, einen Ausgleich zwischen der internationalen Ebene, d.h. der globalen Verantwortung vor und für alle Menschen, der nationalen bzw. territorialen Ebene, d.h. der Verantwortung vor und für die eigene Bevölkerung und der individuellen Ebene, d.h. der Verantwortung vor und für die konkret betroffenen Menschen, herzustellen. Eine wirklich verantwortliche

---

<sup>1</sup> *Saladin, P.*: Verantwortung als Staatsprinzip. Ein Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern–Stuttgart 1984, 218; vgl. auch *Schubert, J.*: Das „Prinzip Verantwortung“ als verfassungsstaatliches Rechtsprinzip: Rechtsphilosophische und verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Verantwortungsethik von Hans Jonas (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie; 18), Baden-Baden 1998, passim; *Wiegand, B.*: Das Prinzip Verantwortung und die Präambel des Grundgesetzes, in: AÖR 43 (1995) 31-54; *Dreier, H.*: Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Neumann, U., Schulz, L. (Hrsg.): Verantwortung in Recht und Moral (ARSP-Beiheft; 74), Stuttgart 2000, 9-38; *Di Fabio, U.*: Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik; 166), Tübingen 2001, 100-119, bes. 105.

<sup>2</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann, E.*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVdStRL 34 (1976) 221-274, 232-238. Zum Begriff der Verwaltungsverantwortung vgl. darüber hinaus *Pitschas, R.*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren: Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts (Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät; 76), München 1990; *Schmidt-Aßmann, E.*: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin–Heidelberg–New York 2004, 170-174; *Schuppert, G. F.*: Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, 400-419; kritisch hingegen *Röhl, H. C.*: Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. Werkstattgespräch aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann (Die Verwaltung: Beiheft; 2), Berlin 1999, 33-55.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zu Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Migrationspolitik wird allen drei Ebenen gleichermaßen gerecht. Da jedoch die jeweiligen Ebenen auch in einer gewissen Spannung zueinander stehen, kann eine Überbetonung bzw. Vernachlässigung der einen Ebene zu Lasten der anderen Ebenen gehen und damit eine Schiefelage provozieren, die auch das Verwaltungshandeln beeinflussen kann.

Betrachtet man auf diesem Hintergrund die Frage der Abschiebungshaft, so läßt sich zeigen, daß deren kontinuierliche Verschärfung letztlich Konsequenz einer Flüchtlings- und Migrationspolitik ist, welche die internationale Ebene vernachlässigt, das Staatsgebiet immer stärker abgeschottet, (folglich) den Flüchtlingsschutz zu Lasten der Rechte der Betroffenen zunehmend eingeengt und Zwangsmaßnahmen zur Beendigung illegalen Aufenthalts entsprechend ausgedehnt hat, was auch zu einer restriktiveren Verwaltungspraxis führte<sup>3</sup>. Im vorliegenden Beitrag soll deshalb der abstrakte Begriff „Verantwortung“ am Beispiel des immer noch wenig diskutierten Themas „Abschiebungshaft“ im Kontext der Migrationspolitik konkretisiert und durch eine kritische Analyse von Defiziten ein grober Rahmen für Reformen abgesteckt werden.

### 1. Internationale Verantwortung westlicher Industriestaaten für Menschen aus ärmeren Ländern und Regionen

Die wohlhabenden Staaten nehmen ihre Verpflichtung zu internationaler Solidarität wahr, indem sie bedürftigen Ländern direkte oder indirekte (d.h. über internationale Organisationen vermittelte) finanzielle Unterstützung gewähren und versuchen durch (flankierende) politische Maßnahmen menschenungerechte Zustände dauerhaft zu verhindern und die gesellschaftliche und ökonomische Entwicklung von Staaten der südlichen Erdhalbkugel zu fördern. Gezielt und konsequent eingesetzt, können diese Maßnahmen langfristig dazu beitragen, zu verhindern, daß Menschen ihre angestammte Heimat verlassen müssen<sup>4</sup>.

Ein kritischer Blick auf die Praxis der Industriestaaten läßt jedoch Fragen aufkommen, ob diese ihrer internationalen Verantwortung wirklich hinreichend gerecht werden. Denn es zeigt sich, daß die Wirtschafts-, Umwelt-, Friedens- und Menschenrechtspolitik immer noch von nationalen Interessen beherrscht wird, die im Zweifelsfall durch das starr interpretierte Prinzip der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten eines anderen Staates legitimiert werden kann, daß internationale Sanktionen oft zu spät, nur bedingt oder überhaupt nicht greifen und daß die westlichen Industriestaaten mit Ausnahme Dänemarks, Schwedens, Norwegens, der Niederlande und Luxemburgs im Durchschnitt kaum mehr als ein Drittel der von den Vereinten Nationen als Richtlinie vorgegebenen 0,7% des Bruttonationaleinkommens (BNE) für offizielle Entwicklungsleistungen ausgeben<sup>5</sup>:

	Anteil offizieller Entwicklungsleistungen am BNE in %			
	2000	2001	2002	2003
Australien	0,27	0,25	0,26	0,25
Belgien	0,36	0,37	0,43	0,60
Dänemark	1,06	1,03	0,96	0,84
Deutschland	0,27	0,27	0,27	0,28

<sup>3</sup> Vgl. *Babo, M.*: Abschiebungshaft – Eine Herausforderung für den Rechtsstaat, in: ZAR 24 (2004) 359-367, 360f.

<sup>4</sup> Vgl. *Angenendt, S.*: Gibt es ein europäisches Asyl- und Migrationsproblem? Unterschiede und Gemeinsamkeiten der asyl- und migrationspolitischen Probleme und der politischen Strategien in den Staaten der Europäischen Union (Arbeitspapiere zur internationalen Politik; 102), Bonn 2000, 75f; *Wöhlcke, M.*: Transnationale Migration als globale Herausforderung, in: Schorlemer, S. v. (Hrsg.): Praxishandbuch UNO. Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen, Berlin-Heidelberg-New York 2003, 283-303, 301-303; *Nuscheler, F.*: Internationale Migration, Flucht und Asyl (Grundwissen Politik; 14), Wiesbaden 2004, 201-219.

<sup>5</sup> Vgl. [http://www.bmz.de/de/zahlen/imDetail/Geber\\_Vergleich2003.pdf](http://www.bmz.de/de/zahlen/imDetail/Geber_Vergleich2003.pdf) (14.05.2005).

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Finnland	0,31	0,32	0,35	0,35
Frankreich	0,32	0,32	0,38	0,41
Griechenland	0,20	0,17	0,21	0,21
Großbritannien	0,32	0,32	0,31	0,34
Irland	0,30	0,33	0,40	0,39
Italien	0,13	0,15	0,20	0,17
Japan	0,28	0,23	0,23	0,20
Kanada	0,25	0,22	0,28	0,24
Luxemburg	0,71	0,82	0,77	0,81
Neuseeland	0,25	0,25	0,22	0,23
Niederlande	0,84	0,82	0,81	0,80
Norwegen	0,80	0,83	0,89	0,92
Österreich	0,23	0,29	0,26	0,20
Portugal	0,26	0,25	0,27	0,22
Schweden	0,80	0,81	0,83	0,79
Schweiz	0,34	0,34	0,32	0,39
Spanien	0,22	0,30	0,26	0,23
USA	0,10	0,11	0,13	0,15
<b>Gesamt</b>	<b>0,22</b>	<b>0,22</b>	<b>0,23</b>	<b>0,25</b>

Wenn schon bei der Prävention von Flucht und Migration nationale Interessen eher dominieren, müßten die Industriestaaten bei der Aufnahme von Migranten und Flüchtlingen hingegen entsprechend großzügig verfahren, um ihre internationalen Verpflichtungen hinreichend zu erfüllen<sup>6</sup>. Dies darf jedoch nicht zu einem „Absaugen“ von qualifizierten Arbeitsmigranten aus unterentwickelten Ländern führen, denn eine solche Politik würde vielleicht der eigenen Wirtschaft dienlich sein und die demographischen Probleme Europas beheben können<sup>7</sup>, aber zugleich dazu führen, daß sich die Diskrepanz zwischen Industriestaaten und dem Rest der Welt weiter vergrößert, weil dadurch unterentwickelten Staaten die geistige Elite abgeworben wird<sup>8</sup>.

Beobachtet man auf diesem Hintergrund die Praxis innerhalb der EU kritisch, so läßt sich unschwer erkennen, daß im Zuge der Öffnung der europäischen Binnengrenzen für Migranten aus EU-Staaten die Abschottung nach außen insbesondere gegenüber Flüchtlingen und anderen Drittstaatsangehörigen zunahm<sup>9</sup>. Eine gewisse Öffnung aus

<sup>6</sup> Vgl. auch *Bader, V.*: Praktische Philosophie und Zulassung von Flüchtlingen und Migranten, in: Märker, A., Schlothfeld, S. (Hrsg.): Was schulden wir Flüchtlingen und Migranten? Grundlagen einer gerechten Zuwanderungspolitik, Wiesbaden 2002, 143-167, 148-153; *Goodin, R. E.*: If people were money..., in: Barry, B., Goodin, R. E. (Hrsg.): Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money, New York u.a. 1992, 6-22, 8f; *Schmid, P. A.*: Gibt es ein Recht auf Einwanderung?, in: Holzhey, H., Schaber, P. (Hrsg.): Ethik in der Schweiz (Theophil; 2), Zürich 1996, 75-87, 78.

<sup>7</sup> Dies anerkennt inzwischen auch das Grünbuch über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (KOM (2004) 811 endg.) vom 11.01.2005. Berechnungen zufolge wird der Anteil der 15- bis 64-jährigen an der EU-Bevölkerung ohne Masseneinwanderung von 259,4 Mio im Jahr 2000 auf 237,3 Mio im Jahr 2025 und auf 162,8 Mio im Jahr 2050 schrumpfen; vgl. *International Organization for Migration: World Migration 2003. Managing Migration Challenges and Responses for People on the Move*, Genf 2003, 144. Das Jahresgutachten des *Sachverständigenrates für Zuwanderung und Integration* (Zuwanderungsrat) „Migration und Integration – Erfahrungen nutzen, Neues wagen“ vom 19.10.2004, Berlin 2004, 115-121 zieht daraus für Deutschland die erforderlichen Schlußfolgerungen. Vgl. daneben auch *United Nations: World Population Prospects, The 2004 Revision*, New York 2005.

<sup>8</sup> Nach *Tanner, A.*: Brain drain and beyond: returns and remittances of highly skilled migrants, in: *Global Migration Perspectives 24* (2005) 3 hat Afrika in den letzten Jahrzehnten ein Drittel seiner qualifizierten Fachleute verloren – in einigen afrikanischen Ländern waren es allein im Jahr 2003 12% der Experten im Gesundheitswesen.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Babo, M.*: Kirchenasyl – Kirchenhikesie. Zur Relevanz eines historischen Modells im Hinblick auf das Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland (Studien der Moraltheologie; 20),

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

demographischen und arbeitsmarktpolitischen Gründen für vergleichsweise hoch qualifizierte Arbeitsmigranten war zwar von der Europäischen Kommission angestrebt<sup>10</sup>, scheiterte jedoch bislang am Widerstand der Staaten. Die generelle Abschottungstendenz gegenüber Flüchtlingen wurde noch verstärkt durch die Sicherheitsmaßnahmen infolge der Terroranschläge vom 11.09.2001 in den Vereinigten Staaten und vom 11.03.2004 in Madrid<sup>11</sup>. Auch die Pläne des deutschen Bundesinnenministers Otto Schily, in Nordafrika Flüchtlingslager einzurichten, um auf diese Weise zu verhindern, daß überhaupt noch Menschen nach Europa fliehen können, sind noch nicht vom Tisch<sup>12</sup>. All diese Punkte zusammengenommen lassen sicher den Schluß zu, daß die internationale Solidarität nicht sehr ausgeprägt ist.

## 2. Territoriale Verantwortung von Staaten gegenüber der eigenen Bevölkerung

### 2.1 Kontrolle von Zuwanderung

Aus Verantwortung gegenüber den auf seinem Territorium lebenden Menschen hat jeder Staat ein grundsätzliches Recht, Zuwanderung zu seinem Territorium zu kontrollieren<sup>13</sup>. Es geht dabei nicht primär um die Erhaltung einer kulturellen Homogenität der einzelnen Nationen, die in den Einwanderungsgesellschaften westlicher Staaten längst einem kulturellen Pluralismus gewichen ist. Bedeutender ist in diesem Zusammenhang schon das Sicherheitsargument. Dabei kann die gegenwärtig eher geringe Zahl an Zuwandernden kaum als Bedrohung der inneren Sicherheit der westlichen Staaten gewertet werden; die Hauptgefahrenquellen stellen vielmehr das gezielte Ausnützen der Freizügigkeit durch international organisierte Verbrecher, der Import von politischen Spannungen und Problemen aus den Ursprungsländern der Migranten, politischer Extremismus von Ausländern und grenzüberschreitende Aktivitäten von Terroristen der „dritten Generation“ dar. Diese Probleme sind ernst zu nehmen und erfordern differenzierte Antworten, zu denen international koordinierte sicherheits-, entwicklungs-, außen-, innen- und sozialpolitische Maßnahmen gleichermaßen gehören; eine einfache Schließung der Grenzen oder eine pauschale Verdächtigung aller Zuwanderer wäre in jedem Fall keine adäquate Problemlösungsstrategie. „Auch wenn das Einschleusen von Attentätern in der öffentlichen Wahrnehmung als besonderes Sicherheitsrisiko erscheint und wahrscheinlich auch in Deutschland konspirative Netze Migranten für Verbrechen instrumentalisieren, kann immer nur wieder darauf hingewiesen werden, dass Migration als solche mit Terrorismus und anderen Sicherheitsbedrohungen ursächlich nichts zu tun hat“<sup>14</sup>.

---

Münster–Hamburg–London 2003, 153-271; *Babo, M.*: Das vereinigte Europa und die Flüchtlinge, in: *Societas Ethica* (Hrsg.): *Pluralism in Europe. Pluralismus in Europa* (*Societas Ethica Jahresbericht* 2004), Erlangen 2005, 156-172; *Babo, M.*: Das europäische Flüchtlingsrecht: Aktuelle Tendenzen im Vergleich zu frühneuzeitlichen Naturrechtspositionen, in: *AWR-Bulletin* 42/2 (2004) 3-23.

<sup>10</sup> Vgl. etwa die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über eine Migrationspolitik der Gemeinschaft (KOM (2000) 757 endg. vom 22.11.2000, 3). In ihrem Grünbuch über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (Anm. 7) hat die Kommission erneut versucht, die Diskussion anzustoßen.

<sup>11</sup> Vgl. *Angenendt, S.*: Innere Sicherheit und internationale Politik, in: *Jahrbuch Internationale Politik* 2001–2002, München 2004, 33-42.

<sup>12</sup> Vgl. *Süddeutsche Zeitung* 02.08.2004. Obwohl dieser Vorschlag heftig kritisiert (vgl. *Süddeutsche Zeitung* 04.08.2004, 1; 4; 19.10.2004, 10) und von den Innenministern der G-5-Staaten ausdrücklich abgelehnt wurde (vgl. *Süddeutsche Zeitung* 19.10.2004, 4; 6), taucht er in der öffentlichen Diskussion immer wieder auf.

<sup>13</sup> Vgl. *Bauböck, R.*: Gibt es ein Recht auf Einwanderung? (Institut für Höhere Studien: Forschungsberichte Reihe Politikwissenschaft; 18), Wien 1994; *Bader*, *Praktische Philosophie und Zulassung von Flüchtlingen* (Anm. 6) 143-167, 153-164.

<sup>14</sup> *Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration: Migration und Integration* (Anm. 7) 378; vgl. auch 374-379.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Darüber hinaus ist eine gewisse Kontrolle von Migration auch im Sinne eines guten Funktionierens der demokratischen Ordnung sinnvoll. Das zweifellos stärkste Argument für Zuwanderungsbegrenzung ist freilich die Erhaltung sozialer Mindeststandards. Die steigende Nachfrage nach Arbeitskräften im Niedriglohnsektor, die auch bereit sind, unter teilweise desolaten Bedingungen zu arbeiten, macht deutlich, daß das erreichte Niveau sozialer Gerechtigkeit und die Aufrechterhaltung sozialpolitischer Gestaltungsmöglichkeiten durch eine unbeschränkte Öffnung der Grenzen gefährdet wäre, ohne daß dies auf globaler Ebene zu einer Anhebung sozialer Standards führen würde. Umgekehrt jedoch können hohe soziale Standards auf nationaler Ebene auch eine weltweite Modellwirkung entfalten<sup>15</sup>. Insgesamt gesehen, ist nach diesen Argumenten weder eine völlige Schließung noch eine schrankenlose Öffnung der Grenzen, sondern eine bedingte Kontrolle der Zuwanderung sinnvoll<sup>16</sup>.

Gleichwohl hat nach internationalem Recht bis heute jeder Staat das souveräne Recht, Zuwanderung zu seinem Territorium zu gestatten oder zu verweigern. Allerdings kann dieses Recht kein absolutes Recht sein, wie Michael Walzer deutlich macht, der die Aufnahmepolitik westlicher Staaten in Analogie zu der eines Vereins beschreibt:

„In Vereinen wählen sich nur die Vereinsgründer selber (oder gegenseitig) aus; alle anderen Mitglieder werden von solchen ausgewählt, die bereits vor ihnen Mitglieder sind. Die Einzelnen mögen gute Gründe namhaft machen, derentwegen sie ausgewählt und aufgenommen werden sollten, aber kein Außenstehender hat einen Rechtsanspruch darauf, tatsächlich hineinzugelangen. Die Mitglieder entscheiden frei über ihre zukünftigen Gefährten und die Entscheidungen, die sie treffen, sind autoritativ und letztinstanzlich. ... D.h., wir dürfen uns Staaten vorstellen als perfekte Vereine, deren Souveränität über ihre eigenen Auswahlprozesse unantastbar ist“<sup>17</sup>.

Hinsichtlich unserer moralischen Verpflichtungen gegenüber Fremden, die in unser Land kommen möchten, vergleicht Walzer die Staaten sogar mit Familien, welche sich primär gegenüber ihren „Verwandten“ verantwortlich fühlen<sup>18</sup>. Selbst wenn der Verwandtschaftsbegriff bei Walzer nicht auf den ethnischen Bereich beschränkt ist, würde darunter in Deutschland beispielsweise die Aufnahme der deutschstämmigen Spätaussiedler aus der ehemaligen Sowjetunion und aus Rumänien zählen. Manchmal nehmen Familien aus ureigenen (d.h. in der Regel wirtschaftlichen) Interessen auch „Dienstboten“ auf, die dann in der Peripherie der Familie mitleben können, ohne wirklich in die Familie integriert zu werden. Analog dazu nehmen auch Staaten Gastarbeiter auf, die den athenischen Metöken gleich mit minderen Rechten im Land leben und niedere Arbeiten verrichten dürfen, ohne selbst nach langjährigem Aufenthalt das Bürgerrecht erlangen zu können. Eine solche Familienstruktur bezeichnet Walzer als „Despotie im Kleinformat“<sup>19</sup> und fordert deshalb konsequent die Einbürgerung aller Aufgenommenen aus Gerechtigkeitsgründen<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. van Parijs, P.: Commentary: Citizenship exploitation, unequal exchange and the breakdown of popular sovereignty, in: Barry/Goodin (Anm. 6) 155-165, 164f.

<sup>16</sup> Vgl. auch Bader, Praktische Philosophie und Zulassung von Flüchtlingen (Anm. 6) 163; vgl. daneben Bader, V.: Fairly Open Borders, in: Bader, V. (Hrsg.): Citizenship and Exclusion, Basingstoke u.a. 1997, 28-60, 49f; Bauböck, R.: Zur Legitimation von Einwanderungskontrolle, in: Althaler, K. S., Hohenwarter, A. (Hrsg.): Torschluss: Wanderungsbewegungen und Politik in Europa (Österreichische Texte zur Gesellschaftskritik; 57), Wien 1992, 202-227; Isbister, J.: A Liberal Argument for Border Controls: Reply to Carens, in: International Migration Review 34 (2000) 629-635; Isbister, J.: Are Immigration Controls Ethical?, in: Social Justice 23 (1996) 54-67; Rethmann, A.-P.: Asyl und Migration. Ethik für eine neue Politik in Deutschland (ICS-Schriften; 33), Münster 1996, 191-196.

<sup>17</sup> Walzer, M.: Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit (Theorie und Gesellschaft; 23), Frankfurt-New York 1992, 78.

<sup>18</sup> Vgl. Walzer, Sphären (Anm. 17) 78f.

<sup>19</sup> Walzer, Sphären (Anm. 17) 93; vgl. auch 106f.

<sup>20</sup> Vgl. Walzer, Sphären (Anm. 17) 106. Zu Recht macht Rieger, G.: Einwanderung und Gerechtigkeit. Mitgliedschaftspolitik auf dem Prüfstand amerikanischer Gerechtigkeitstheorien der Gegenwart (Studien zur Sozialwissenschaft; 199), Wiesbaden 1998, 226 darauf aufmerksam, daß beispielsweise in Deutschland den hier lebenden ausländischen Arbeitnehmern, die sich mit der bisherigen restriktiven Einbürgerungspraxis

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

Eine solch weitreichende Forderung nach Einbürgerung führt dann freilich zu einer sehr viel restriktiveren Position bei der Frage der Zulassung zum Territorium: Wie bei Vereinen oder Familien bestehe ein souveränes Recht jeder politischen Gemeinschaft auf Bestimmung der Zulassungs- und Aufnahmekriterien, welches durch das liberale Prinzip der gegenseitigen Hilfeleistung lediglich eingeschränkt werden könne<sup>21</sup>. Dieses Prinzip komme insbesondere dann zum Tragen, wenn die Zahl der Aufzunehmenden gering sei; „wenn ihre Zahl wächst und wir genötigt sind, unter den Opfern auszuwählen, dann wird – legitimerweise – die jeweils engere Beziehung zu unserer eigenen Lebensweise als Kriterium dominieren“<sup>22</sup>. Das „externe Prinzip“ der gegenseitigen Hilfeleistung<sup>23</sup> würde in diesem Fall durch die „internen Prinzipien“ der ethnischen oder ideologischen Nähe oder kausaler Zusammenhänge zwischen dem (in der Regel unrechten) Handeln der Familienmitglieder und der Flucht von Außenstehenden, die verwandtschaftsanaloge Verpflichtungen erzeugen, eingeschränkt<sup>24</sup>. Exemplarisch für Begünstigte solcher verwandtschaftsähnlichen Verpflichtungen nennt Walzer die Flüchtigen des Ungarnaufstandes 1956 oder die Vietnamflüchtlinge: Letztere waren „in einem moralischen Sinne de facto bereits amerikanisiert, ehe sie die Küsten Amerikas erreichten“<sup>25</sup>; wäre hingegen der Ungarnaufstand erfolgreich verlaufen, hätte keinerlei Verpflichtung der westlichen Staaten bestanden, fliehenden Stalinisten Asyl zu gewähren<sup>26</sup>. „Gemeinschaften müssen Grenzen haben; und wie immer sie diese Grenzen im Hinblick auf Territorium und Ressourcen definieren, in bezug auf die Bevölkerung werden sie von einem Gefühl der Verwandtheit und Gegenseitigkeit bestimmt. An dieses Gefühl müssen Flüchtlinge appellieren. Es ist ihnen dabei Erfolg zu wünschen; und dennoch gibt es Fälle, in denen sie mit Blick auf einen bestimmten Staat kein Anrecht auf diesen Erfolg haben“<sup>27</sup>. Damit rechtfertigt Walzer das Prinzip der staatlichen Souveränität. Lediglich bei denjenigen, die bereits einen Zufluchtsort gefunden haben und im Falle einer Auslieferung an Leib und Leben bedroht würden, anerkennt er entsprechend dem Non-Refoulement-Prinzip einen „Asylanspruch“, der im Extremfall „praktisch unabweisbar“ sei und einen Staat auch dazu verpflichten könne, eine größere Anzahl von Flüchtlingen aufnehmen zu müssen<sup>28</sup>. Obwohl damit der politische Gestaltungsspielraum sehr breit bleibt und sicherlich auch wegen des Vorrangs des Souveränitätsprinzips keineswegs ein Menschenrecht auf Asylgewährung begründet wird<sup>29</sup>, bleibt zu bedenken, daß gerade eine großzügige Interpretation der internen Prinzipien dazu führen könnte, daß die westlichen Staaten ihre Grenzen weitaus stärker für Flüchtlinge öffnen müßten, als sie dies bislang tun, weil eine Reihe von Ursachen, aufgrund derer Menschen andere Erdteile verlassen, auf das Konto der Industriestaaten gehen.

### 2.2 Einhaltung und Durchsetzung der Zuwanderungskriterien

Anerkennt man ein grundsätzliches Recht jedes Staates auf Zuwanderungsbegrenzung, so muß es dem Staat auch erlaubt sein, die Einhaltung der Zuwanderungskriterien durchzusetzen. Dies macht allerdings nur dann Sinn, wenn sich eine größere Anzahl von

---

abgefunden haben, aus Gründen des Vertrauensschutzes ein Daueraufenthaltsrecht ohne formalen Beitritt zugebilligt werden müsse.

<sup>21</sup> Vgl. Walzer, Sphären (Anm. 17) 92.

<sup>22</sup> Walzer, Sphären (Anm. 17) 90.

<sup>23</sup> Dieses Prinzip gilt deshalb als extern, weil es „nicht von der innerhalb einer speziellen Gesellschaft vorherrschenden Auffassung von Mitgliedschaft abhängt“ (Walzer, Sphären (Anm. 17) 68).

<sup>24</sup> Vgl. Walzer, Sphären (Anm. 17) 88-90.

<sup>25</sup> Walzer, Sphären (Anm. 17) 89.

<sup>26</sup> Vgl. Walzer, Sphären (Anm. 17) 90.

<sup>27</sup> Walzer, Sphären (Anm. 17) 90.

<sup>28</sup> Walzer, Sphären (Anm. 17) 89f.

<sup>29</sup> Vgl. Benk, A.: Asylrecht als Menschenrecht – und die Grenzen kommunitaristischer Argumentation, in: Theologie der Gegenwart 43 (2000) 257-269.

## **Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?**

**20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht**

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

Menschen, deren Rückführung rechtlich und tatsächlich möglich ist, unerlaubt im Lande aufhalten und eine Duldung illegalen Aufenthalts in diesem Fall zum Einfallstor für weitere illegale Migration würde, so daß die Handlungsfähigkeit des Staates (auch im Hinblick auf weitere legale Migration) letztlich Schaden nehmen würde. Unter diesen Voraussetzungen kann zur Vermeidung eines größeren Übels für den Staat und die Gesellschaft die Anwendung von Zwangsmaßnahmen bis hin zur In-Gewahrsam-Nahme des Migranten legitim oder sogar erforderlich sein.

### **3. Individuelle Verantwortung von Staaten gegenüber den betroffenen Migranten**

#### **3.1 Verfahrensgerechtigkeit und Rechtssicherheit bei der Umsetzung der Zuwanderungskriterien**

Soll staatliches Recht, insbesondere das Flüchtlings- und Zuwanderungsrecht, auch dem Gleichheitsprinzip genügen, d.h. einigermaßen gerecht angewendet werden, muß der Staat auch den Aufenthalt derjenigen, die sich unrechtmäßig im Lande aufhalten, beenden können. Dies setzt selbstverständlich voraus, daß die Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts in einem rechtsstaatlichen Verfahren mit hinreichender Sicherheit festgestellt wurde und dem Fremden durch Vollzug der aufenthaltsbeendenden Maßnahme keine unverhältnismäßigen Übel (wie Gefahr für Leib, Leben und sittliche Integrität) drohen. Die in den vergangenen Jahrzehnten erfolgte Beschleunigung und Verengung der Asylverfahren bei gleichzeitigem Fehlen einer wirklichen Härtefallregelung, die erst durch das Zuwanderungsgesetz vom 30.07.2004 eingeführt wurde, erweist sich hierbei als besonders problematisch und verlangt der Exekutiven und Judikativen besondere Sorgfalt in den jeweiligen Verfahren ab<sup>30</sup>. Da jedoch im exekutiven Bereich mit dem BAMF, der Ausländerbehörde und ggf. der Polizei verschiedene Behörden mit sehr unterschiedlichen Kompetenzen in jeweils verschiedenen Phasen der Verfahren zusammenarbeiten, die Kernkompetenz jedoch beim BAMF konzentriert wurde, besteht bei aller Berechtigung einer arbeitsteiligen Verwaltung die stete Gefahr einer Mediatisierung von Verantwortung<sup>31</sup>: Der einzelne Beamte gibt den „Fall“ nach seiner Bearbeitung an die nächste Behörde ab, die dann für die Weiterbearbeitung bzw. den Vollzug zuständig ist, d.h. er bleibt von den Folgen seiner Entscheidung unberührt, sondern ist gerade durch die Distanz zum Adressaten seines Handelns anfällig für allgemeine (politische) Stimmungen, nach welchen Flüchtlinge und Migranten als unwillkommene „Eindringlinge“ gelten. Zieht man zusätzlich in Erwägung, daß in der Neufassung von Art. 5 AsylVfG die Weisungsunabhängigkeit des Einzelentscheiders im BAMF abgeschafft wurde, so droht das Gewissen als eigentliche Instanz der Verantwortung beispielsweise durch die öffentliche Meinung oder den Vorgesetzten ersetzt und damit die Möglichkeiten verantwortlichen Handelns einzelner Beamter strukturell eingeschränkt zu werden<sup>32</sup>.

#### **3.2 Die absolute Priorität der freiwilligen Ausreise gegenüber Zwangsmitteln**

Ist der Aufenthalt eines Ausländers zu beenden, so ist zunächst zu bedenken, daß die Anwendung von Zwangsmitteln für den Staat mit erhöhten Kosten verbunden ist und das

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu auch *Babo*, Kirchenasyl (Anm. 9) 175-271.

<sup>31</sup> Zum Begriff vgl. *Wolbert, W.*: Die neue Verantwortung und ihre Grenzen, in: Schmidinger, H. (Hrsg.): Zeichen der Zeit: Erkennen und Handeln, Innsbruck-Wien 1998, 137-173, 159-168.

<sup>32</sup> Auch *Vofskuhle, A.*: Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, G. F. (Hrsg.): Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor (Berliner Staatswissenschaftliche Abhandlungen; 8), Baden-Baden 1999, 47-90, 55 betrachtet einen weisungsunabhängigen Entscheidungsspielraum als Grundvoraussetzung verantwortlichen Handelns.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zu Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Übel für den Migranten zusätzlich steigert. Liegt keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, so hat die Verwaltung zuvorderst die freiwillige Ausreise des Migranten herbeizuführen. Dies entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers<sup>33</sup>. Da die meisten Migranten in ihrer angestammten Heimat desolate Zustände vorfinden, muß die Freiwilligkeit der Ausreise durch finanzielle Unterstützung oder durch gezielt auf die Bedürfnisse der Herkunftsländer zugeschnittene Ausbildungsprogramme gefördert werden. Dieser Aspekt wurde in Deutschland lange vernachlässigt<sup>34</sup>. Die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und eine weitere Betreuung der Heimkehrer in ihrem persönlichen und beruflichen Umfeld vor Ort erhöht die Effektivität und Nachhaltigkeit dieser Maßnahmen, leistet einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung der betroffenen Länder und kann obendrein für den Staat auch noch kostengünstiger sein als Zwangsmaßnahmen<sup>35</sup>. Damit Rückkehrförderprogramme nicht ins Leere laufen, sollten sie flankiert werden durch eine international koordinierte Menschenrechts-, Wirtschafts-, Entwicklungs- und Umweltpolitik, die dazu beiträgt, den Menschen in ihrer angestammten Heimat langfristig ein menschengerechtes Leben zu ermöglichen.

### 3.3 Die Notwendigkeit der Wahl des mildesten Mittels bei Unumgänglichkeit von Zwangsmaßnahmen

Bei Unabdingbarkeit der Anwendung von Zwangsmaßnahmen ist im Einzelfall das jeweils mildest mögliche Mittel zu wählen. In Frage kommen hier beispielsweise Meldeauflagen, Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, Kautionen oder Bürgschaften<sup>36</sup>. Scheiden alle mildereren Mittel aus, so kann auch nach Meinung des Gesetzgebers<sup>37</sup> *ultima ratiōe* im Einzelfall auf Abschiebungshaft zurückgegriffen werden, sofern ausschließlich durch dieses Mittel der Vollzug einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme sichergestellt werden kann. Allerdings scheint dieser Grundsatz in der Verwaltungspraxis nicht immer hinreichend berücksichtigt zu werden, denn überstürzte Verhängung und unverhältnismäßig lange Dauer von Abschiebungshaft wird immer wieder bezeugt<sup>38</sup>. Auch europaweit läßt sich ein Trend zu wachsender Haftdauer erkennen<sup>39</sup>, dem nun

<sup>33</sup> Vgl. BT-Drs. 11/6321, 51: „Die Abschiebung soll wie nach geltendem Recht auch künftig nur vorgenommen werden, wenn die freiwillige Ausreise des Ausländers nicht gesichert oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint“.

<sup>34</sup> Vgl. *Unabhängige Kommission „Zuwanderung“*: Zuwanderung gestalten – Integration fördern, Berlin 2001, 157.

<sup>35</sup> Nach *Ghosh, B.*: Return Migration: Reshaping Policy Approaches, in: Ghosh, B. (Hrsg.): Return Migration: Journey of Hope or Dispair?, Genf 2000, 208 kostete 1995 eine Abschiebung aus Deutschland auf dem Luftwege 840 \$, während eine in Zusammenarbeit mit der IOM vorbereitete freiwillige Rückkehr lediglich 490 \$ kostet.

<sup>36</sup> Vgl. *Field, O.*: Research Paper on Alternatives to Detention. Practical alternatives to the detention of asylum seekers and rejected asylum seekers (<http://www.ecre.org/research/alterns.doc>) (letzter Zugang 20.04.2005).

<sup>37</sup> „Diese Freiheitsbeschränkung muß der Ausländerbehörde erforderlichenfalls zur Verfügung stehen, um einen Ausländer aus dem Bundesgebiet zu entfernen“ (BT-Drs. IV/868).

<sup>38</sup> Vgl. *Piorreck, K. F.*: Abschiebungshaft: Wie die Praxis mit dem Gesetz umgeht, in: *Bewährungshilfe* 42 (1995) 183-191; *Piorreck, K. F.*: Dauer der Abschiebungshaft, in: Barwig, K. (Hrsg.): Neue Regierung – neue Ausländerpolitik? Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 1999 und 5. Migrationspolitisches Forum, Baden-Baden 1999, 465-471, 465; *van Kalmthout, A.*: Abgewiesen und abgeschoben, in: *Neue Kriminalpolitik* 11 (1999) 28-30; *Graunke, M.*: Abschiebungshaft. Eine rechtssoziologische Untersuchung zur Umsetzung des Rechts der Abschiebungshaft, Aachen 2001, 62-69; *Göbel-Zimmermann, R.*: Die Anordnung und der Vollzug der Abschiebungshaft, in: *ZAR* 16 (1996) 110-119, 110; *Heinhold, H.*: Abschiebungshaft in Deutschland. Die rechtlichen Voraussetzungen und der Vollzug (Asyl-Praxis-Bibliothek), Karlsruhe 2004, 313.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Hughes, J., Field, O.*: Recent Trends in the Detention of Asylum Seekers in Western Europe, in: *Hughes, J., Liebaut, F.* (Hrsg.): *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague 1998, 5-48, 38; *Pourgourides, C.*: The Mental Health Implications of the Detention of Asylum

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

offensichtlich auch die Schweiz mit der Revision des Asylgesetzes folgt. Nach der am 17.03.2005 vom Ständerat verabschiedeten Fassung soll Beugehaft neu eingeführt und die Gesamtdauer der Inhaftierung bei Erwachsenen von bislang 12 (§§ 13 a und b ANAG) auf insgesamt 24 Monate verdoppelt werden – obwohl ein Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle über die Zwangsmaßnahmen im Ausländerrecht vom 15.03.2005 zu dem Schluß kam, daß eine Verlängerung der Haftzeit nicht mit höheren Erfolgsquoten bei der Wegweisung abgelehnter Asylbewerber verbunden ist<sup>40</sup>.

In jedem Fall stellt der Freiheitsentzug ein gravierendes Übel für die betroffene Person dar, das nur gerechtfertigt werden kann, wenn dadurch ein noch größeres Übel für den Staat oder die aufnehmende Gesellschaft vermieden wird. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das dazu auffordert, „das öffentliche Interesse an der Sicherung der Abschiebung und den Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitige Korrektive zu sehen und gegeneinander abzuwägen“<sup>41</sup>. Nimmt man diesen Grundsatz ernst, so ist Abschiebungshaft weder gerechtfertigt zur bloßen Erleichterung der Arbeit der Ausländerbehörden noch zur Abschreckung künftiger Migranten. Berücksichtigt man jedoch, daß nach § 57 (2) S. 5 AuslG der begründete Verdacht, daß sich ein Ausländer der Abschiebung entziehen wolle, schon ausreicht, um diesen in Abschiebungshaft zu nehmen, daß darüber hinaus anwaltliche Vertretung des Betroffenen in Abschiebungsverfahren nicht immer sichergestellt ist und die richterliche Kontrolle aus fachlichen und strukturellen Gründen oft eher cursorisch erfolgt, mithin also die Ausländerbehörde das Verfahren beherrscht<sup>42</sup>, so ist ein sehr verantwortlicher Umgang mit diesem Institut notwendig, damit ungerechtfertigte Eingriffe in die Integrität der betroffenen Personen weitestgehend vermieden werden.

Verantwortliches Handeln verlangt dabei weitaus mehr als einen formaljuristisch korrekten Gesetzesvollzug. Es geht vielmehr darum, den Interessen des Staates und den Interessen des betroffenen Individuums auf dem Hintergrund der bestehenden Rechtslage möglichst gleichermaßen gerecht zu werden. In aller Regel bedeutet dies ein Handeln im Kompromiß, wobei die unverrückbare Schranke in der Verletzung der Würde des betroffenen Menschen, d.h. in dessen Degradierung zum bloßen Mittel liegt. Dies haben zunächst die zuständigen Mitarbeiter in den Ausländerbehörden zu beachten, welche die Initiative ergreifen und das Verfahren steuern können. Sie müssen bereits vor der Beantragung von Abschiebungshaft sicherstellen, daß Abschiebungshaft unbedingt notwendig ist und darauf hinwirken, daß eine Abschiebung in kürze möglich sein wird<sup>43</sup>. Dabei sind auch Erfahrungen im Umgang mit Zielstaatsbehörden einzubeziehen (insbesondere hinsichtlich der Dauer der Beschaffung von Paßersatzpapieren), was im Zweifelsfall bedeuten kann, daß auf Abschiebungshaft gänzlich zu verzichten oder diese sofort zu beenden ist, wenn Zielstaatsbehörden nicht kooperativ sind. Nach Beginn der Haft sind dann sämtliche Bemühungen um eine Ausreise des Migranten zu verstärken

---

Seekers, in: Hughes/Liebaut, Detention (Anm. 39) 199-209, 203. Vgl. Zur europäischen Problematik auch *Babo, M.*: „Detention“ von Flüchtlingen, Asylbewerbern und Migranten in Europa. Anmerkungen aus ethischer Sicht, in: AWR-Bulletin 42/4 (2004) 47-57.

<sup>40</sup> Vgl. *Parlamentarische Verwaltungskontrolle*: Evaluation der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht. Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 15.03.2005.

<sup>41</sup> BVerfG 15.12.2000 – 2 BvR 347/00, in: InfAuslR 23 (2001) 116 = EZAR 048 Nr. 53. Vgl. auch BVerfG 06.02.1980 – 2 BvR 1070/79, in: BVerfGE 53 (1980) 158f; BVerfG 28.11.1995 – 2 BvR 91/95, in: NVwZ-Beil. 3 (1996) 18. Vgl. auch kritisch zur Hafthöchstdauer *Wegner, J.*: Die Abschiebungshaft auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: ZAR 16 (1996) 83-85.

<sup>42</sup> Vgl. *MacLean, P.*: Anordnung und Vollzug der Abschiebungshaft, in: InfAuslR 9 (1987) 69-73, 70f; *Horstkotte, H.*: Realität und notwendige Grenzen der Abschiebungshaft, in: Neue Kriminalpolitik 11 (1999) 31-36, 31; *Göbel-Zimmermann*, Anordnung (Anm. 38) 117-119; *van Kalmthout*, Abgewiesen (Anm. 38) 30; *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 22; 25f; 37f; 286-288; 314. Dies scheint auch international ein Problem zu sein; vgl. *Hughes/Field*, Recent Trends (Anm. 39) 26-29; *Gibney, M. J.*: The Ethics and Politics of Asylum. Liberal Democracy and the Response to Refugees, Cambridge 2004, 252; 254.

<sup>43</sup> Dies scheint auch ein internationales Problem zu sein; vgl. Bertelsmann Foundation, Bertelsmann Group for Policy Research, German Marshall Fund of the United States (Hrsg.): Migration in the New Millennium. Recommendations of the Transatlantic Learning Community, Gütersloh 2000, 31.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

und in regelmäßigen und kurz bemessenen Abständen die Voraussetzungen für die Notwendigkeit der Haft erneut zu prüfen. Da mit zunehmender Dauer der Haft auch die Gesundheitsgefährdung des Flüchtlings zunimmt, der zu erwartende Erfolg der Inhaftierung nach den Ergebnissen einer Evaluation in der Schweiz jedoch deutlich sinkt<sup>44</sup>, hat das BVerfG zu Recht der Verwaltung aufgetragen, „immer auch zu bedenken, daß sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Durchsetzung ausländerrechtlicher Vorschriften mit zunehmender Dauer der Haft regelmäßig vergrößern wird“<sup>45</sup>. Dies mag von einzelnen Behördenmitarbeitern durchaus als Zumutung empfunden werden, ist aber letztlich die logische Konsequenz des Selbstverständnisses eines Staates, der die Unantastbarkeit der Menschenwürde an exponierter Stelle in Art 1 Abs. 1 GG festgeschrieben hat.

Zugleich betrifft der Appell an die Verantwortung auch die zuständigen Amtsrichter, die ihrer Amtsermittlungspflicht hinreichend nachkommen müssen und auch nach Beginn der Haft den Verlauf und Vollzug derselben kontrollieren müssen, was offensichtlich immer noch zu wenig geschieht<sup>46</sup>. Die Höhe des zur Disposition stehenden Gutes (sc. die Freiheit von Migranten) erfordert jedenfalls eine effektive Kontrolle der Exekutiven durch die Gerichte, die nicht schon durch eine bloße Plausibilitätsüberprüfung des Antrags der Ausländerbehörde gewährleistet ist.

Um dem Beschleunigungs- und Kontrollgebot hinreichend Geltung zu verschaffen, sollte über einige strukturelle Reformen nachgedacht werden. Beispielsweise bietet es sich an, die Kompetenz zur Verhängung von Abschiebungshaft von den Amtsgerichten auf die auch sonst mit ausländer- und asylrechtlichen Fragen befaßten Verwaltungsgerichte zu übertragen<sup>47</sup> und durch eine bessere Entschädigung auch einen Anreiz zur intensiveren Beschäftigung mit den einzelnen Fällen zu schaffen. Weiterhin sollte die Sicherungshaft gesetzlich auf maximal drei Monate beschränkt werden mit einer obligatorischen Überprüfung der Notwendigkeit von Haft nach sechs Wochen<sup>48</sup>. Eine darüber hinausgehende Inhaftierung ist weder menschenrechtlich noch fiskalisch verantwortbar, da die Erfolgswahrscheinlichkeit sinkt und damit die psychische und körperliche Integrität des Flüchtlings unnötig gefährdet und der Staat mit unverhältnismäßig hohen Kosten belastet wird<sup>49</sup>.

Damit der betroffene Migrant seine Rechte hinreichend geltend machen kann, ist darauf zu achten, daß er umgehend und in einer ihm verständlichen Sprache über den Grund der Inhaftierung und über seine Rechte schriftlich informiert wird und jederzeit die Möglichkeit hat, auf institutionalisierte professionelle Rechtsberatung zurück zu greifen, wie dies im

<sup>44</sup> Vgl. *Parlamentarische Verwaltungskontrolle*: Evaluation (Anm. 40).

<sup>45</sup> BVerfG 15.12.2000 – 2 BvR 347/00, in: *InfAusLR* 23 (2001) 116.

<sup>46</sup> Vgl. *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 276; 280; 283f; *Piorreck*, Dauer (Anm. 38) 468; *Göbel-Zimmermann*, R.: Die Anordnung und der Vollzug der Abschiebungshaft, in: Barwig, K., Kohler, M. (Hrsg.): „Unschuld im Gefängnis?“ Zur Problematik der Abschiebungshaft (ZDWF-Schriftenreihe; 67), Siegburg 1997, 28f; 31.

<sup>47</sup> Dies forderte *MacLean*, Anordnung (Anm. 42) 71f bereits im Jahr 1987. Vgl. auch *Knösel*, P.: Die Abschiebung im Lichte des Verfassungsrechts, in: *ZAR* 10 (1990) 82f; *Knösel*, P.: Zur Problematik der Abschiebungshaft, in: Barwig/Kohler (Anm. 46) 21.

<sup>48</sup> Auch *Göbel-Zimmermann*, Anordnung (Anm. 38) 115 fordert zur Einhaltung des Beschleunigungsgebotes eine Begrenzung der Anordnung und Verlängerung der Abschiebungshaft auf sechs Wochen. Dies ist in den Richtlinien über den Vollzug der Abschiebungshaft in Niedersachsen vom 05.08.1999 ausdrücklich vorgesehen (zit. in: *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 203). Eine Begrenzung der Höchsthaftdauer auf drei Monate fordern: Caritasverband für das Erzbistum Berlin u.a. (Hrsg.): *Abschiebungshaft: ultima ratio bei Rückkehr und Rückführung?*, Berlin 2001, 3; 19 (erhältlich über [www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de](http://www.jesuiten-fluechtlingsdienst.de)); *Horstkotte*, Realität (Anm. 42) 33 und *Graunke*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 163.

<sup>49</sup> Dies entspricht den Ergebnissen der *Parlamentarischen Verwaltungskontrolle*: Evaluation (Anm. 40): „Unter dem Kostenaspekt ist festzuhalten, dass bei einer Haftdauer unter drei Monaten die Haftkosten für Rückgeführte in der Regel höher sind als die Kosten für die aus der Haft entlassenen Personen. Bei einer rein ökonomischen Betrachtung der Ausschaffungshaft kann das Kosten-Nutzen-Verhältnis nur bei diesen Inhaftierungen als günstig bezeichnet werden. Bei den längeren Inhaftierungen, die in erster Linie aus dem Asylbereich stammen, stehen hohe Kosten einem relativ tiefen Rückführungserfolg entgegen“ (53).

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

### 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Strafprozeß mit dem Modell des Pflichtverteidigers selbstverständlich ist. Allein die Möglichkeit der Prozeßkostenhilfe greift hier zu kurz, weil in diesem Fall der Anwalt tätig werden muß, noch bevor die Frage seiner Finanzierung geklärt ist<sup>50</sup>.

Da insbesondere unter Flüchtlingen traumatisierte oder psychisch kranke Menschen nicht selten sind, ist bereits vor Beginn der freiheitsentziehenden Maßnahme festzustellen, ob der Betroffene überhaupt haftfähig ist. Eine Reihe von Suiziden und Selbstverletzungen<sup>51</sup> in Abschiebungshaft machen deutlich, daß dies nicht immer mit der erforderlichen Gründlichkeit geschieht. Die Gefährdung, der Minderjährige, Kranke, Gebrechliche, Traumatisierte oder schwangere Frauen durch die Haftsituation ausgesetzt sind, kann durch das staatliche Vollzugsinteresse nicht aufgewogen werden<sup>52</sup>. Das zur Disposition stehende Gut gebietet es deshalb, bei diesem Personenkreis ganz auf Haft zu verzichten; im Zweifelsfall ist zu Gunsten der betroffenen Menschen zu entscheiden.

### 3.4 Die Notwendigkeit der Minimierung des Übels bei Unerläßlichkeit von Abschiebungshaft

Ist im Einzelfall die Verhängung von Abschiebungshaft wirklich unerläßlich, ist das Übel für den betroffenen Menschen so gering wie möglich zu halten. Der Zweck der Haft erfordert vielleicht eine Beschränkung der absoluten Bewegungsfreiheit des Abzuschickenden, damit dieser nicht untertaucht, keineswegs jedoch unnötige Freiheitsbeschränkungen innerhalb der Anstalt. Da der Migrant ja zur Kooperation mit den Behörden bewogen werden soll, muß ein Klima des Vertrauens entstehen können, das jedoch durch die einseitige Ausübung von Macht und Zwang unter den regulären Haftbedingungen einer Justizvollzugsanstalt keineswegs erreicht werden kann<sup>53</sup>. Daher sollte Abschiebungshaft als Maßnahme des Verwaltungsvollzugs notwendig inhaltlich und institutionell klar vom regulären Strafvollzug getrennt werden. Außerdem sollte man von dem eindeutig kriminalisierenden und stigmatisierenden Begriff „Abschiebungshaft“ Abstand nehmen und statt dessen besser von „Abschiebungsgewahrsam“ sprechen.

Nimmt der Staat seine Verantwortung für Menschen in Abschiebungsgewahrsam ernst, muß er kompetente und der jeweiligen Situation des Flüchtlings angemessene sozialpädagogische, psychologische, seelsorgerliche und medizinische Betreuungsangebote zur Verfügung stellen<sup>54</sup>, die dafür erforderlichen Stellen ggf. aufstocken oder neu schaffen, das in den Abschiebungshaftanstalten eingesetzte Personal fremdsprachlich und interkulturell schulen, hinreichende Möglichkeiten für fernmündliche Kommunikation des Migranten mit Bekannten, Verwandten in der Heimat oder Vertretern von Behörden und humanitären Organisationen schaffen (was insbesondere der Besorgung von Dokumenten und damit der Beschleunigung der

<sup>50</sup> Vgl. *Deichmann, M.*: Anspruch auf anwaltlichen Beistand im Abschiebungshaftverfahren, in: MDR 1 (1997) 16f; *Keßler, S.*: „Warum bin ich im Gefängnis?“ Über ein menschenrechtliches Problem in Deutschland, in: SALZkörner 26.04.2004, 6f.

<sup>51</sup> *Hughes/Field*, Recent Trends (Anm. 39) 33-34; 45; *Pourgourides*, Mental Health Implications (Anm. 39) 199-209; *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 50-57; 136-138.

<sup>52</sup> Gleichwohl enden diese Menschen weltweit immer wieder in Abschiebungshaft; vgl. *Sandersfeld, C.*: Abschiebungshaft – Ein rechtsstaatliches Problem?, in: Stimmen der Zeit 128 (2003) 397-406, 398; *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 26f; 45-49; 189f. Zum außereuropäischen Kontext vgl. *Holguin, C., Schey, P. A.*: Challenging INS Detention of Minors, in: *Tomasi, L. F.* (Hrsg.): In Defense of the Alien IX: Immigration Reform, Temporary Workers, Supreme Court, Private Sector, Legal Aspects of Detention and Sanctuary Movement, and Comparative Policies on Political Asylum in Europe and North America. Proceedings of the 1986 Annual National Legal Conference on Immigration and Refugee Policy, New York 1987, 152-164; *Welch, M.*: Detained: Immigration laws and the expanding I.N.S. jail complex, Philadelphia 2002, 128-148.

<sup>53</sup> *Graunke*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 165 fordert ausdrücklich, die Haft solle „Wohncharakter“ haben.

<sup>54</sup> Daß es teilweise an elementaren Betreuungsangeboten fehlt, wird immer wieder bezeugt; vgl. etwa *Graunke*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 104-106; *Heinhold*, Abschiebungshaft (Anm. 38) 27f; 35-43; 85f; 89; 92; 127; 313.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Ausreise dienlich sein kann) und den von Monotonie und Perspektivlosigkeit gekennzeichneten Alltag durch entsprechende Lern-, Beschäftigungs- und Bewegungsmöglichkeiten erleichtern. Sind schon im normalen Strafvollzug Arbeit und Fortbildung anerkannte Maßnahmen der Resozialisierung – der Entzug von Arbeit wird sogar als Strafverschärfung gewertet –, so sind sie im Rahmen des Vollzugs der Abschiebung als geeignete Mittel der Repatriierung zu werten. Gerade Erfahrungen von Sozialarbeitern zeigen, daß sich Insassen von Abschiebungseinrichtungen, die an sich als problematisch gelten, bei entsprechend humaner Gestaltung der Aufenthaltsbedingungen im Allgemeinen auch völlig anders verhalten können<sup>55</sup>.

### Schluß

Die Kriminalisierung, die oft am Ende eines mißglückten Fluchtweges nach Deutschland steht und sich in der Haftsituation und der zwangsweisen Abschiebung artikuliert, macht deutlich, mit welcher Macht sich der „Club“ (um in der Analogie Walzers zu bleiben) abschottet und gegen unerwünschte „Eindringlinge“ von außen zur Wehr setzt. Mit dem Attribut „verantwortlich“ kann diese Politik freilich nicht bezeichnet werden – weder gegenüber der internationalen Gemeinschaft noch gegenüber den betroffenen Flüchtlingen und Migranten, die häufig an den Barrieren des „Clubs“ unterzugehen drohen. Die bislang eingeschlagene Strategie schafft nur neue Probleme, ohne vorhandene adäquat zu lösen. Eine allen Beteiligten gerecht werdende Antwort auf die Herausforderungen durch Flucht und Migration muß daher in jedem Fall die bisherigen Einseitigkeiten vermeiden und alle Ebenen gleichermaßen berücksichtigen. Eine deutliche Entlastung des Migrationsdrucks auf die westliche Welt wird damit höchstens mittel- bis langfristig erreichbar sein, was als zusätzliche Verpflichtung zur umgehenden Verstärkung internationaler Solidarität begriffen werden sollte. Vorderhand wird man dringend die aufgezeigten Verbesserungen im Umgang mit den betroffenen Migranten durchsetzen müssen; dies betrifft sowohl Politik als auch Verwaltung.

Doch sind dies nicht die einzigen Träger von Verantwortung im Staat. Bereits erreichte Verbesserungen der Situation von Abschiebungshäftlingen aufgrund einer allmählich einsetzenden öffentlichen Wahrnehmung des eher klandestinen Bereichs und erste obergerichtliche Urteile machen vielmehr deutlich, wie wichtig es ist, daß die Bürger selbst<sup>56</sup> als Angehörige des „Clubs“ eine advokatorische Funktion zu Gunsten derjenigen wahrnehmen, die nicht dazugehören und immer wieder mahnend auf humane Defizite aufmerksam machen. Vornehmlich durch solche kleinen Brücken der Solidarität läßt sich gleichsam von unten die Vereinseitigung staatlicher Machtanwendung, wie sie bisweilen bei der Verhängung von Abschiebungshaft deutlich wird, zumindest punktuell korrigieren, und die Kluft zwischen den privilegierten Clubmitgliedern und den Ausgeschlossenen verkleinern. Schließlich darf bei aller legitimen Prioritätensetzung und Differenzierung nach Rechten nicht vergessen werden, daß wir alle einer „Familie“ angehören, die sich nicht durch nationale oder ethnische Grenzen definiert, sondern durch die Zugehörigkeit zur Gattung Mensch, welche es verbietet, andere zum bloßen Mittel zu degradieren. Dies hat das Gesetz über den Abschiebungsgewahrsam der Freien Hansestadt Bremen vom 04.12.2001 in § 3 (1) gleichsam mustergültig aufgenommen, indem es vorschreibt:

„Die Persönlichkeit und das Ehrgefühl von Personen die sich in Abschiebungshaft befinden, sind zu achten; ihnen dürfen nur die Beschränkungen auferlegt werden,

<sup>55</sup> Vgl. *Groll, F.*: Vollzug der Abschiebehaft in Justizvollzugsanstalten – Problembereiche und Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt am Beispiel der Abteilung für Abschiebungsgefangene der Justizvollzugsanstalt Nürnberg, Diplomarbeit FH Nürnberg 2003, 86-91.

<sup>56</sup> Zur Bürgerverantwortung vgl. etwa *Berka, W.*: Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: *VVdStRL* 55 (1996) 48-89.

## Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zu $\beta$ Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

---

die der Zweck der Abschiebungshaft oder die Sicherheit oder Ordnung der  
Gewahrsamseinrichtung erfordern<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> GVBl Bremen Nr. 69 (2001) 405-407. Vgl. auch *van Kalmthout*, Abgewiesen (Anm. 38) 30. Ähnlich lautende Vorschriften existieren auch in Brandenburg (AbschhVG vom 19.03.1996 sowie Richtlinie des Ministeriums des Innern vom 16.07.1998), Niedersachsen (Richtlinien über den Vollzug der Abschiebungshaft RV d. MJ. V. 05.08.1999 – 4510 – 405.21 – VORIS 34 230 00 00 003) und Schleswig-Holstein (Richtlinien für den Vollzug der Abschiebungshaft in Schleswig-Holstein vom 01.01.2003, § 2).