



**Nickel
Kuhlmann
Niedenthal**

Marktstraße 2 - 4
33602 Bielefeld

Gerichtsfach 231

Telefon: (0521) 78 45 155
Telefax: (0521) 78 45 160

Sebastian Nickel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht
Henning Kuhlmann
Rechtsanwalt
Katrin Niedenthal
Rechtsanwältin

Rechtsgutachten im Auftrag des Vereins Hilfe für Menschen in Abschiebehaf Büren e.V. vom 15.08.2008

I) Vorbemerkung und Fragestellung

Im Rahmen der Durchführung von Abschiebemaßnahmen lassen sich grundsätzlich zwei Fälle unterscheiden: Zum einen Abschiebungen, bei denen gegen die ausreisepflichtige Person bereits eine Haftanordnung (z.B. in Form der Abschiebungshaft oder der Strafhaft) vorliegt und vollstreckt wird, zum anderen Fälle, in denen sich die abzuschiebende Person vor Durchführung der Maßnahme auf freiem Fuß befindet (mitunter als Direktabschiebung bezeichnet). Allein die letzte Fallgruppe ist Grundlage für die nachfolgende Begutachtung.

Zu untersuchen ist insoweit folgende Fragestellung:

*Bedarf es vor der Durchführung der Abschiebung eines Ausländers, der weder aus der Abschiebungshaft noch aus der Strafhaft heraus abgeschoben werden soll, einer richterlichen Anordnung, wenn die betroffene Person nach Erledigung der Gepäck-, Personen- und Dokumentenkontrollen für den verbleibenden Zeitraum von mindestens 1-2 Stunden die Diensträume der Bundespolizei nicht eigenmächtig verlassen kann?
Wäre ein entsprechendes Vorgehen ohne vorherige richterliche Anordnung mit dem geltenden Recht zu vereinbaren?*

II) Tatsächliche Grundlagen

In tatsächlicher Hinsicht stützt sich die vorliegende Beurteilung im wesentlichen auf eine Stellungnahme des Forum Flughäfen in NRW (FFiNW) vom 02.04.2008, die an den Verein „Hilfe für Menschen in Abschiebehäft Büren e.V.“ als Auftraggeber dieses Gutachtens gerichtet ist. In dieser Stellungnahme werden beispielhaft die organisatorisch-zeitlichen Abläufe bei Abschiebungen für den Rhein-Ruhr-Flughafen Düsseldorf u.a. wie folgt beschrieben:

„Zwei Stunden vor Abflug des Linienfluges und bis zu drei Stunden vor Abflug des Charterfluges (zur Sammelabschiebung) wird die/der Abzuschiebende von der Ausländerbehörde, der Landespolizei oder der Bundespolizei an die Beamten der Bundespolizei-Dienststelle am Flughafen Düsseldorf übergeben. Nach der Übergabe erfolgt die Personenkontrolle, die Gepäckkontrolle und die Kontrolle der Reisedokumente. In der Regel sind die verschiedenen Kontrollen nach 15 bis 30 Minuten erledigt. Die/der Abzuschiebende wird dann in einer Zelle (Gewahrsamsraum) eingeschlossen. Etwa eine halbe Stunde vor dem Abflug wird die/der Abzuschiebende aus der Zelle geholt und mit einem Wagen der Bundespolizei zum Flugzeug gefahren. In der Zwischenzeit wird die Zelle nur auf Verlangen geöffnet, um z.B. zur Toilette gehen zu können, um ein Getränk zu erhalten oder in Ausnahmefällen, um eine Zigarette zu rauchen.

Verlängert sich der Aufenthalt bei der Bundespolizei (aus welchen Gründen auch immer) ändert sich an dieser Behandlung nichts. Im Einzelfall ist dann zu prüfen, wie die Versorgung mit Essen und Getränken entsprechend den Wünschen des Abzuschiebenden geklärt wird.

Während des Aufenthalts bei der Bundespolizei ist die (körperliche) Bewegungsfreiheit der/des Abzuschiebenden aufgehoben. Der Aufenthalt als solcher wird als Wartezeit angesehen.“

Bestätigt werden diese Angaben durch Schilderungen einzelner Betroffener, soweit zu diesen nach erfolgter Abschiebung noch ein Kontakt hergestellt werden konnte.

Bereits im Rahmen eines Beitrags für eine juristische Fachzeitschrift aus dem Jahr 2000 („Eingriffe in die Freiheit der Person durch den Bundesgrenzschutz im Flughafenbereich bei der Einreise und bei Rückführungen, ZAR 2000, 110 ff.) erwähnt der Richter am OLG a.D. Klaus Melchior, dass folgende Vorgehensweise seinen persönlichen Beobachtungen entspricht:

„Hinzu kommt, dass nach den Beobachtungen des Verfassers die betroffenen Ausländer einige Stunden (erwünscht sind zwei Stunden) vor dem gebuchten Abflug von der Ausländerbehörde der Flughafendienststelle des Bundesgrenzschutzes zum Zwecke der Rückführung überstellt werden und von dort nach Überprüfung und Durchsichtung vom BGS in der Regel bis zum Abflug im Gewahrsamsbereich (Einzelzelle oder Mehrpersonenzelle) untergebracht oder auf andere Weise festgehalten werden...“

Es wird für die Begutachtung daher davon ausgegangen, dass sich entsprechende Ausgangssituationen an sämtlichen Flughäfen, von denen aus Abschiebungen durchgeführt werden, finden lassen.

III) Rechtliche Beurteilung

1) Rechtliche Ausgangslage

Art. 2 II GG bezeichnet die Freiheit der Person als unverletzlich. Das Freiheitsrecht wird damit als ein elementares Rechtsgut von hoher Bedeutung gekennzeichnet, in das nur aus wichtigen Gründe eingegriffen werden darf (z.B. BVerfGE 10, 302, 322; 29, 312, 316; 32, 87, 92; 65, 317, 322). Jeder staatliche Eingriff in die Freiheit der Person bedarf gemäß Art. 2 II 3 GG eines Gesetzes. Dieser allgemeine Gesetzesvorbehalt wird durch die Verfahrensgarantien des Art 104 GG konkretisiert. Nach Art. 104 I 1 GG ist jede Beschränkung der Freiheit nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen zulässig. Für die Freiheitsentziehung als schwerste Form des Eingriffs in die Freiheit der Person kommt gemäß Art 104 II 1 GG der weitere verfahrenrechtliche Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht. Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 II GG. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie in einem unlösbaren Zusammenhang (BVerfG, Beschluss vom 15.05.2002, 2 BvR 2292/00).

Für die Frage des von den Ausländer- und Bundespolizeibehörden im Falle einer jeden Abschiebung einzuhaltenden Verfahrensvorschriften ist daher für jeden Fall die Abgrenzung erforderlich, ob es sich insoweit um eine bloß freiheitsbeschränkende Maßnahme auf der Grundlage der §§ 58, 71 AufenthG handelt oder ob eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II 1 GG vorliegt, die eine vorherige richterliche Entscheidung erfordert.

2) Auffassungen in der Literatur

Für die notwendige Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung werden in der wissenschaftlichen Literatur verschiedene Ansätze herangezogen.

Die wohl überwiegende Auffassung stellt insoweit auf den Grad der Beeinträchtigung der körperlichen Freiheit ab. Maßgeblich ist, ob dem Betroffenen noch die Möglichkeit einer eigenwilligen Bestimmung seines Aufenthaltsorts verbleibt. Freiheitsbeschränkung ist demnach jede staatliche Maßnahme, die die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit lediglich in dem Sinne erschwert, dass die Möglichkeit ausgeschlossen ist, einen bestimmten Raum aufzusuchen bzw. sich dort aufzuhalten. Wird die körperliche Bewegungsfreiheit jedoch umfassend nach jeder Richtung hin in dem Sinne aufgehoben, dass ein eng umgrenzter Ort nicht mehr verlassen werden kann, liegt hingegen eine Freiheitsentziehung vor (z.B. Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 30 und 43; Holtkotten, BK zum GG, Erl. II C 1 zu Art. 104 GG; Dürig, GG, Rn. 1 ff. zu Art. 104; Gusy in Mangold/Klein/Starck, GG, Rn. 19 zu Art. 104).

Nach anderer Auffassung soll die für erforderliche Mindestintensität der Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit materiell durch die zeitliche Dauer der Maßnahme bestimmt werden. Es müsse die Grenze zu einem nur flüchtigen Eingriff überschritten sein, so dass ein Eingriff von einigen Stunden Dauer vorauszusetzen sei (z.B. Dreier, GG-Kommentar, Rn. 23 zu Art. 104; Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum GG, Rn. 14 zu Art. 104). Die Dauer einer Identitätsfeststellung und die Dauer des Sistierens sei nicht ausreichend; ein Zeitraum unter einer Stunde genüge ebensowenig (Jarras-Pieroth, GG-Kommentar, Rn. 11 zu Art. 104).

Teilweise wird versucht, das zusätzliche Kriterium der Freiheitsentziehung eher formell in dem angewandten Mittel der Freiheitsentziehung zu suchen. Eine Freiheitsentziehung soll demnach vorliegen, wenn das Verlassen eines bestimmten Ortes mit technischen Mitteln unmöglich gemacht wird, insbesondere in den „klassischen“ Formen von Haft oder Gewahrsam, in denen der Betroffene in einem Raum eingesperrt wird (vgl. die Nachweise bei Hantel, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, S. 124; Welte, DÖV 1989). Diese Auffassung lehnt sich insbesondere an die Legaldefinition des § 2 I FEVG an, wonach Freiheitsentziehung die Unterbringung einer Person gegen ihren Willen oder im Zustande der Willenlosigkeit in einer Justizvollzugsanstalt, einem Haftraum, einer abgeschlossenen Verwahranstalt, einer abgeschlossenen Anstalt der Fürsorge, einer abgeschlossenen Krankenanstalt oder einem abgeschlossenen Teil einer Krankenanstalt ist.

Hantel schließlich will den Begriff der Freiheitsentziehung qualitativ nach der Intensität des Eingriffs unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles bestimmen. Hierbei sind in erster Linie Kriterien wie der räumliche Umfang, das Mittel, die Dauer, Art und Umfang aber auch die diskriminierende Wirkung des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen heranzuziehen. Die Entscheidung könne daher nicht pauschal, sondern jeweils nur im Einzelfall getroffen werden, wobei jedoch betont wird, dass eine Freiheitsentziehung grundsätzlich immer dann vorliegt, wenn der Betroffene in einem Haft- oder Gewahrsamsraum eingesperrt bzw. eingeschlossen ist (Hantel, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, S. 138 ff.).

3) Auffassungen der Rechtsprechung

Für die praxisorientierte Beantwortung der Ausgangsfrage des Gutachtens ist jedoch in erster Linie von Bedeutung, inwieweit die Rechtsprechung die dargestellten Abgrenzungsversuche der Rechtswissenschaft aufgreift oder ergänzt bzw. eigene Kriterien entwickelt hat.

Neben der eingangs zu erörternden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts haben vor allem jüngere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wichtige Kriterien und Auslegungsgesichtspunkte geliefert sowie bedeutsame Klarstellungen erbracht.

a)

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits mit Urteil vom 23.06.1981 (BVerwGE 62, 317) zur Frage der Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit einer (misslungenen) Abschiebung Stellung genommen. Demnach sei nicht jede Zwangsmaßnahme, die in die Bewegungsfreiheit des Betroffenen vorübergehend eingreift, zu den intensiveren Freiheitsbeschränkungen zu rechnen, die als Freiheitsentziehung den besonderen Schutz des Art. 104 II GG auslöse. Maßnahmen des unmittelbaren Zwanges zur Durchsetzung eines Verhaltens, zu denen der jeweils Betroffene verpflichtet ist, seien daher nicht wegen des mit ihnen verbundenen Eingriffs in die körperliche Bewegungsfreiheit notwendig Freiheitsentziehungen. Werde die Ausreisepflicht zwangsweise durchgesetzt, so sei der unmittelbarer Zwang nicht auf Festhalten der Person gerichtet, sondern auf die Ausreise. Daher sei die Auswirkung auf die Bewegungsfreiheit nur als sekundäre, kurzfristige Folge der Erfüllung der Ausreisepflicht zu bewerten (BVerwGE 62, 317).

Unabhängig davon, dass diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts teilweise massive Kritik nach sich gezogen hat (vgl. z.B. Knösel, ZAR 1990, 75, 77 ff. m.w.N., der dem Bundesverwaltungsgerichts vorwirft, den Normbereich des Art. 104 II GG zu verkennen und

den Kern der Abschiebung, nämlich die unfreiwillige unter Zwang vollzogene Ausreise zu unterschlagen; Funke-Kaiser, GK zum AufenthG, Rn. 83 zu § 58), kann hieraus jedenfalls nicht – wie mitunter getan – gefolgert werden, bei einem Abschiebevorgang handele es sich per se nicht um eine Freiheitsentziehende Maßnahme.

Insoweit zeigt sich bereits bei genauer Analyse der Entscheidungsgründe, dass das Bundesverwaltungsgericht den Begriff des mit der Abschiebung notwendig verbundenen, zur Durchführung der Ausreise erforderlichen unmittelbaren Zwanges sehr eng fasst. Ausdrücklich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht „nicht dadurch gekennzeichnet [wird], dass der Ausländer ohne oder gegen seinen Willen „an einem eng umgrenzten Raum“ festgehalten wird“ (BVerwG a.a.O.).

Das Gericht hatte damit offensichtlich nur zeitlich und räumlich sehr begrenzte Zwangsmaßnahmen, wie z.B. das Verbringen zum Flughafen und das Zuführen zur Maschine im Sinn, insbesondere da es sich im zu entscheidenden Fall um einen letztlich nicht durchgeführten, sondern misslungenen Abschiebeversuch gehandelt hatte, der mit keinen relevanten Aufenthaltszeiten verbunden war, das Gericht also einen besonders gelagerten Einzelfall zu entscheiden hatte. Unter welchen darüber hinausgehenden Voraussetzungen eine Abschiebung als Freiheitsentziehung zu werten sei, hat das Bundesverwaltungsgericht dabei ausdrücklich offengelassen.

Unzweifelhaft klargestellt hat das Gericht hingegen, dass eine Freiheitsentziehung jedenfalls immer dann vorliege, wenn über den „einfachen“ für die Abschiebung erforderlichen unmittelbaren Zwang hinaus eine Einsperrung oder Einschließung des Ausländers in einem Haftraum oder einem sonstigen eng umschlossenen Raum erfolgt. Das BVerwG stellt insoweit ausdrücklich auf den Regelungsgehalt des § 2 FEVG ab.

b)

Die genannte Entscheidung muss mittlerweile als durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts teilweise überholt angesehen werden. Allgemein ist in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Tendenz zu verzeichnen, den Richtervorbehalt als verfassungsrechtlich vorgesehene Kontrollinstrument zu stärken und in diesem Zusammenhang auch den Begriff der Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG seinem Schutzzweck entsprechend weit auszulegen.

Das Bundesverfassungsgericht grenzt die Freiheitsbeschränkung im Sinne des Art. 104 I GG von der Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG nach der Intensität des Eingriffs ab. Freiheitsentziehung ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich – tatsächlich und rechtlich – zugänglich ist. Der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt dann in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird (BVerfGE 94, 166, 198; BVerfG, Beschluss vom 15.05.2002, 2 BvR 2292/00).

Mit dieser qualitativen Bestimmung des Begriffs der Freiheitsentziehung nach der Intensität des Eingriffs greift das Bundesverfassungsgericht zum einen die in der Literatur vorherrschende Auffassung auf, wonach auf die allseitige oder einseitige Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit abgestellt wird und erteilt gleichzeitig der engen Orientierung des Begriffes der Freiheitsentziehung an der Legaldefinition des § 2 FEVG eine deutliche Absage. Die starre begriffliche Anlehnung des Begriffs der Freiheitsentziehung im Sinne des

Art. 104 GG an den Wortlaut des § 2 FEVG ist im Übrigen bereits frühzeitig im wissenschaftlichen Schrifttum als zu eng kritisiert worden. Denn Schutzzweck des Art. 104 GG ist es, den Rechtsunterworfenen effektiv vor dem Entzug seiner Bewegungsfreiheit zu schützen. Es muss daher auf den Erfolg – nämlich den vollständigen Entzug der Bewegungsfreiheit – nicht hingegen auf das angewendete Mittel ankommen. Im Übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Schutzbereich der höherrangigen Norm des Art. 104 GG nicht von einer rangniedrigeren Vorschrift bestimmt werden kann (vgl. hierzu z.B. Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 29 f.).

Für eine weitere Klarstellung hat das Bundesverfassungsgericht mit einer aktuellen Entscheidung vom 01.04.2008 (2 BvR 1925/04) gesorgt: Das Gericht hat insoweit entschieden, dass es für die Intensität des Eingriffs und damit für die Beurteilung, ob es sich um eine Freiheitsbeschränkung oder ein Freiheitsentziehung handelt, grundsätzlich nicht auf die zeitliche Dauer der Eingriffsmaßnahme ankommen kann. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung:

„Weiter verkennt das Amtsgericht Art. 104 Abs. II GG, indem es die Rechtswidrigkeit der polizeilichen Freiheitsentziehung unter Berufung auf deren kurze Dauer verneint. Es scheint damit – ohne dies auch nur ansatzweise zu begründen – aus der Kürze der Freiheitsentziehung die Unerheblichkeit des Grundrechtseingriffs ableiten zu wollen und begrenzt damit den Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. II GG in einer Weise, die sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus ihrem Sinn und Zweck begründen lässt“

In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist der Argumentation, eine mit einer Abschiebemaßnahme verbundene Einschränkung der Freiheit des Betroffenen sei nicht als Freiheitsentziehung zu werten, wenn die Maßnahme lediglich für die unmittelbare für eine Abschiebung benötigte Zeit andauert, der Boden entzogen. Es kommt also nicht darauf an, ob die Abschiebung routinemäßig durchgeführt werden kann oder ob es zu längeren Wartezeiten oder Verzögerungen kommt.

c)

Auch in der Rechtsprechung der Fachgerichte werden die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vielfach umgesetzt und eine Abgrenzung der Freiheitsentziehung vom der bloßen Freiheitsbeschränkung nach der Intensität des Eingriffs vorgenommen. Es wird insoweit deutlich differenziert zwischen der Zwangswirkung der Abschiebung als solcher und darüber hinausgehenden Eingriffen in die persönliche Freiheit.

Jede mit der Abschiebung im Zusammenhang stehende und auf Freiheitsentziehung gerichtete Zwangsmaßnahme bedarf einer vorherigen richterlichen Anordnung (OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 257).

Das OLG Frankfurt a.M. hat bereits mit Beschluss vom 22.05.1997 darauf hingewiesen, dass es insoweit im Rahmen der Abgrenzung nicht auf die geringere oder längere zeitliche Dauer des Eingriffs ankommt. Zwar dürften die Ausländerbehörden bei der tatsächlichen Durchführung der Abschiebung vom letzten inländischen Aufenthaltsort des Ausländers bis zur Staatsgrenze freiheitsbeschränkend unmittelbaren Zwang anwenden. Sie dürfen aber aus eigener Machtvollkommenheit niemanden zur Sicherung der Abschiebung in Abschiebungshaft oder Abschiebungsgewahrsam nehmen. Zu jeder mit der Abschiebung in Zusammenhang stehender Freiheitsentziehung bedarf die Ausländerbehörde einer vorherigen gerichtlichen Anordnung. Dies gilt selbst dann, wenn die Freiheitsentziehung mit der unmittelbaren Durchführung

der Abschiebung im Zusammenhang steht und nur kurzfristig erforderlich ist (OLG Frankfurt a.M., NVwZ 1998, 214).

Dieser Auffassung hat sich u.a. das Oberlandesgericht in Hamm ausdrücklich angeschlossen (OLG Hamm, 3 Ws 185/04).

Das Landgericht Aurich hat mit Beschluss vom 17.10.2005 die Verwahrung eines Ausländers während seiner Abschiebung im Haftraum des Flughafens für rechtswidrig erklärt, wobei in Abgrenzung zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 62, 317) ausdrücklich für unerheblich erklärt wird, welche weiteren Zwecke mit der Maßnahme verfolgt werden sollten. Eine Freiheitsentziehung sei vielmehr jedenfalls dann gegeben, wenn eine Person gegen ihren Willen in einem Haftraum untergebracht wird. Dass diese Maßnahme die Durchführung der Abschiebung beweckt habe und dafür unumgänglich gewesen sein möge, sei ohne Belang. Da Art. 104 II GG vor jedem Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit schützen soll, komme es für die Frage, ob die Verwahrung in einem Haftraum eine Freiheitsentziehung darstellt, nicht an (LG Aurich, InfAuslR 2006, 29).

4) Beurteilung des Ausgangsfalles

Gemessen an diesen Grundsätzen lässt sich die Ausgangsfrage des Gutachtens wie folgt beantworten:

a)

Nach den Angaben des Forums Flughäfen in NRW werden die abzuschiebenden Personen – ohne Differenzierung danach, ob Abschiebungshaft angeordnet wurde oder es sich um eine sog. Direktabschiebung handelt – während der Wartezeiten in abgeschlossenen Gewahrsamszellen untergebracht.

Eine solche Unterbringung lässt sich sowohl unter den Begriff der Freiheitsentziehung nach § 2 FEVG subsumieren und stellt unabhängig hiervon auch eine besonders intensive Form des Eingriffs in die körperliche Bewegungsfreiheit dar, da diese nicht nur partiell, sondern nach jeder Richtung hin aufgehoben wird. Allein soweit für eine Freiheitsentziehung eine zeitliche Mindestdauer von einigen Stunden gefordert wird, könnte dies für die rechtliche Einordnung als Freiheitsentziehung zweifelhaft sein. Dies kann jedoch insoweit dahinstehen, als nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verschiedener Oberlandesgerichte allein die zeitliche Ausdehnung des Eingriffs keine Rolle spielen kann. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich in der Entscheidung vom 23.06.1981 (BVerwGE 62, 317) ohne weitere Einschränkungen klargestellt, dass das Einschließen bzw. Einsperren in einem Haftraum stets als Freiheitsentziehung anzusehen ist.

Unabhängig hiervon ist darauf hinzuweisen, dass nach der Darstellung des Forums Flughäfen in NRW die zeitliche Dauer der Maßnahme nicht von vornherein absehbar ist und an der beschriebenen Unterbringung der abzuschiebenden Personen sich auch bei längeren Verzögerungen nichts ändert. Eine auch langfristige Freiheitsentziehung ist daher in jeder Abschiebemaßnahme von vornherein angelegt. Nicht zuletzt diese Unklarheiten bei der zeitlichen Abgrenzungen werden daher auch in Teilen der Literatur als Beleg für die Untauglichkeit der zeitlichen Mindestdauer als Abgrenzungskriterium angeführt (z.B. Gusy in Mangold/Klein/Starck, GG, Rn. 20 zu Art. 104).

Es liegt insoweit nach nahezu allen dargestellten Auffassungen der Literatur und der Rechtsprechung eine über die eigentliche Abschiebemaßnahme hinausgehende Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG vor, die einer vorherigen richterlichen Anordnung bedarf.

Ob sich ein Richtervorbehalt für eine solche Unterbringung daneben auch aus den Vorschriften des Bundespolizeigesetzes (§ 40 BPolG) direkt ergibt (vgl. Melchior, Eingriffe in die Freiheit der Person durch den Bundesgrenzschutz im Flughafenbereich bei der Einreise und bei Rückführungen, ZAR 2000, 114) bedarf im Rahmen dieses Gutachtens keiner vertiefenden Erörterung.

b)

Fraglich ist, ob sich an der rechtlichen Qualifikation der gegen den Willen erfolgten Unterbringung während der Wartezeiten als Freiheitsentziehung etwas ändert, wenn die Unterbringung nicht in deklarierten Gewahrsamszellen, sondern in sonstigen Räumen innerhalb der Dienststelle der Bundespolizei – etwa in einem Büro oder einem „Warteraum“ – oder innerhalb des Flughafens vollzogen wird.

Diese Frage ist zu verneinen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt auf die Intensität der Maßnahme und das Ausmaß der Einschränkung der Bewegungsfreiheit an. Unabhängig von geringfügigen Abweichungen in Ausstattung und Größe der Räume, in denen die abzuschiebenden Personen bis zum Abflug verbleiben müssen und erst Recht unabhängig von der Bezeichnung als Haft- oder Gewahrsamsraum bleibt es auch in diesem Fall dabei, dass die Möglichkeit der betroffenen Personen, den betreffenden Ort zu verlassen, vollständig aufgehoben ist. Das Verlassen des Aufenthaltsorts ist in einer für die betroffenen Personen wirksamen Weise verhindert, sie können ihren Aufenthaltsort nicht mehr eigenmächtig wechseln (vgl. Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 29 f.). Das maßgebliche Kriterium der Unterbringung einer Person gegen ihren Willen in einem eng umgrenzten Raum (vgl. Gusy in Mangold/Klein/Starck, GG, Rn. 20 zu Art. 104) ist weiterhin erfüllt.

Zutreffend weist Knösel (Die Abschiebung im Lichte des Verfassungsrechts, ZAR 1990, 75 ff.) in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es für die Bestimmung des Umfangs des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts aus Art 104 II GG auf den Sinn und Zweck der Regelung und nicht auf geringfügige Unterschiede in der Unterbringung ankommt. Wie und wo eine Freiheitsentziehung vollzogen wird, muss für die Richtergarantie ohne Bedeutung sein. Ansonsten hätten es die Behörden in der Hand, allein durch die Veränderung der Örtlichkeiten verfassungsrechtliche Garantien außer Kraft zu setzen und zu unterlaufen.

Es liegt daher auch für den Fall, dass die Abzuschiebenden nicht in Gewahrsamszellen, sondern in sonstigen Räumlichkeiten der Bundespolizei oder der Flughafenverwaltung festgehalten werden, eine unter dem Richtervorbehalt stehende Freiheitsentziehung vor.

c)

Eine andere rechtliche Bewertung könnte allenfalls in Betracht kommen, wenn die Wartezeit – wie bei normalen Flugpassagieren auch – ohne weitergehende Einschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit in den üblichen Wartehallen des Flughafens verbracht wird.

Insoweit könnte – unter Zugrundelegung der vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Rechtsauffassung – argumentiert werden, dass insoweit eine über die allgemein mit einer Abschiebung verbundene Beeinträchtigung hinausgehende Einschränkung der Freiheit der Per-

son noch nicht gegeben sei, da sich die Zwangswirkung insoweit darauf beschränkt, dass der Abzuschiebende sich der Verbringung außer Landes nicht widersetzen könne, während jedenfalls grundsätzlich die eingeschränkte Möglichkeit zur Ortsveränderung im Flughafenbereich erhalten bleibt.

Die besseren Argumente sprechen auch in einem solchen Fall allerdings für die Annahme einer Freiheitsentziehung. Denn dem abzuschiebenden Ausländer verbleibt kein Raum für eine „eigenwillige“ Bewegungsfreiheit oder Ortsveränderung, da er dem Willen und den Anordnungen des Aufsichtspersonals vollständig unterworfen ist (Knösel, Die Abschiebung im Lichte des Verfassungsrechts, ZAR 1990, 80; KG, OLGZ 1968, 193, 196).

Zudem wird nach der Rechtsprechung des BVerfG sowie nach der herrschenden Auffassung in der Literatur die Abgrenzung danach vorgenommen, ob die körperliche Bewegungsfreiheit nach allen Seiten hin aufgehoben ist, was bei einem zwangsweisen Festhalten des Betroffenen in einem umgrenzten Raum der Fall ist. Unter einem eng umgrenzten Raum kann jedoch neben den klassischen Beispielen einer Gewahrsamszelle auch z.B. ein Gebäude- oder Gebäudekomplex verstanden werden (Gusy in Mangold/Klein/Starck, GG, Rn. 19 zu Art. 104; Dreier, GG-Kommentar, Rn. 23 zu Art. 104; Jarras-Pieroth, GG-Kommentar, Rn. 11 zu Art. 104, jeweils m.w.N.). Hierunter lässt sich ohne weiteres auch eine Flughafenhalle subsumieren.

Letztlich muss die Frage im Zusammenhang mit diesem Gutachten allerdings nicht endgültig entschieden werden, da eine entsprechende Behandlung des von der Abschiebung betroffenen Ausländer offensichtlich weder praktiziert wird noch in absehbarer Zukunft zu erwarten ist.

5) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass vor der Durchführung der Abschiebung eines Ausländers, der weder aus der Abschiebehaft noch aus der Strafhaft heraus abgeschoben werden soll, einer vorherigen richterlichen Anordnung bedarf, wenn die betroffene Person nach Erledigung der Gepäck-, Personen- und Dokumentenkontrollen für den verbleibenden Zeitraum von mindestens 1-2 Stunden die Diensträume der Bundespolizei nicht eigenmächtig verlassen kann.

Eine solche richterliche Anordnung wird derzeit von den Behörden nicht veranlasst.

6) Folgen des Verstoßes

Die Freiheitsentziehung erfordert nach Art. 104 II 1 GG grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung. Mit Blick auf die hohe Bedeutung des Richtervorbehalts sind alle an der freiheitsentziehenden Maßnahme beteiligten staatlichen Organe verpflichtet, ihr Vorgehen so zu gestalten, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (BVerfG, Urteil vom 15.05.2002, 2 BvR 2292/00; Beschluss vom 01.04.2008, 2 BvR 1925/04). Allein der Verstoß gegen den von Verfassungs wegen vorgesehenen Richtervorbehalt verletzt das Grundrecht der Freiheit der Person und führt daher zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung insgesamt (z.B. Dreier, GG-Kommentar, Rn. 34 zu Art. 104).

Fraglich ist, ob der Verfahrensverstoß der unterlassenen Einholung einer richterlichen Anordnung durch eine nachträgliche richterliche Entscheidung gemäß Art. 104 II S. 2 und 3 beseitigt werden kann.

Die ohne vorhergehenden richterlichen Beschluss angeordnete Freiheitsentziehung ist eine vorläufige Maßnahme, die nur ausnahmsweise zulässig ist, wenn ein dringendes sachliches Bedürfnis zur sofortigen Festnahme besteht (Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum GG, Rn. 18 zu Art. 104 GG). Eine nachträgliche richterliche Entscheidung, deren Zulässigkeit in Ausnahmefällen Art. 104 II GG voraussetzt, genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste (BVerfG, Urteil vom 15.05.2002, 2 BvR 2292/00). Hierbei ist grundsätzlich ein enger Maßstab anzulegen (Hantel, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, S. 30 ff.).

Dabei verbietet sich das Ausweichen auf eine nachträgliche richterliche Anordnung grundsätzlich dann, wenn die von den Behörden für notwendig erachtete Freiheitsentziehung von vornherein absehbar ist. Die Behörden dürfen in einem solchen Fall die vorher einzuholende richterliche Entscheidung auch nicht so weit verzögern, dass allein hierdurch eine zeitliche Dringlichkeit eintritt.

Im Falle einer Abschiebung handelt es sich in keinem Fall um eine unvorhergesehene oder kurzfristige Maßnahme. Allein die organisatorischen Voraussetzungen, die Buchungen der Flüge, die Beschaffung der Papiere etc. müssen notwendigerweise im Voraus geplant sein (vgl. z.B. LG Aurich, InfAusIR 2006, 29; Melchior, ZAR 2000, 114). Da es sich bei der beschriebenen angewandten Praxis der Unterbringung der abzuschiebenden Personen um einen regelmäßigen Vorgang handelt, der unterschiedslos auf alle Betroffenen gleichermaßen angewendet wird, ist auch die hiermit verbundene Freiheitsentziehung jeweils vorher absehbar. Es verbliebe daher ausreichend Zeit, die gebotene Vorhabentscheidung des Richters einzuholen.

Die unterlassene vorherige richterliche Befassung führt daher ohne weiteres wegen Missachtung des präventiven Richtervorbehalts zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung.

IV) Ergebnis

- **Wenn ein Ausländer im Rahmen der Abschiebung nach der Gepäck-, Personen- und Dokumentenkontrolle bis zum Abflug in den Diensträumen der Bundespolizei gegen seinen Willen festgehalten wird, liegt eine freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des Art. 104 II GG vor, die unter dem Vorbehalt vorheriger richterlicher Anordnung steht.**
- **Dabei kommt es für die rechtliche Beurteilung weder auf die zeitliche Dauer der Wartezeit (mindestens 1-2 Stunden im „Normalfall“ oder darüber hinausgehende Verzögerungen etwa bei Flugverspätungen) noch darauf an, ob das Festhalten in einer Gewahrsamszelle oder sonstigen Diensträumen der Bundespolizei erfolgt. Entscheidend ist insoweit allein, dass die abzuschiebenden Personen gegen ihren Willen**

an einem eng umschlossenen Raum festgehalten werden, die körperliche Bewegungsfreiheit also nach jeder Richtung hin aufgehoben ist.

- **Dies könnte allenfalls für den Fall in Frage gestellt werden, dass im Rahmen der Wartezeit in einer auch für sonstige Flugpassagiere vorgesehene Flughafenhalle noch ein nennenswerter eigenmächtiger Entscheidungs- und Bewegungsspielraum verbleibt. Da dies jedoch nicht praxisrelevant ist, bedarf die Frage keiner abschließenden Beurteilung. Die besseren Argumente dürften jedoch auch in diesem Fall für das Vorliegen einer Freiheitsentziehung sprechen.**
- **Die fehlende vorherige richterliche Anordnung führt in den Fällen, in denen die betroffene Person weder aus der Strafhaft noch aus der Abschiebungshaft heraus abgeschoben werden soll, ohne weiteres zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung wäre insoweit nicht ausreichend und könnte die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung nicht beseitigen.**

(Sebastian Nickel)

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Strafrecht