

# FORUM „TRANSITGEWAHRSAM“ ALS FREIHEITSENTZUG?

## ÜBER DAS FREIHEITSVERSTÄNDNIS DEUTSCHER GERICHTE

**Nach § 15 Abs. 6 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) können Personen ohne richterliche Anordnung bis zu 30 Tagen im Transitbereich internationaler Flughäfen festgehalten werden. Hierin offenbart sich ein formalistisches Verständnis der Bewegungsfreiheit.**

Freiheit ist das Paradigma des Grundgesetzes (GG). In einer seiner ersten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden und als „rechtsstaatliche Herrschaftsordnung“ definiert.<sup>1</sup> Entsprechend genießt Freiheit als Wert einen besonderen Schutz. Gleichzeitig werden Freiheitssphären im deutschen öffentlichen Recht traditionell als vom Staat zugewiesene gedacht. Am Beispiel eines sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Rechtswissenschaft kaum beachteten Bereichs, nämlich der rechtlichen Einordnung des Transitgewahrsams, soll in der Folge gezeigt werden, mit welcher unterschiedlichen Vorstellungen von Freiheit und Freiheitseinzug Verwaltungsgerichte und das BVerfG einerseits und ordentliche Gerichte sowie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) andererseits operieren.

### Wege in den Transitbereich

Die Einreise nach Deutschland unterliegt, wie andernorts auch, strikten Voraussetzungen. Neben einem gültigen Pass ist grundsätzlich ein Aufenthaltstitel vorzuweisen und es darf kein Einreiseverbot vorliegen. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, hat die Grenzbehörde die Einreise nach § 15 Abs. 1 AufenthG zwingend zu verweigern. Die betroffenen Personen werden meist binnen weniger Tage in ihr Herkunftsland zurückgeschoben; während der Wartezeit werden sie im Transitbereich festgehalten. Wird bei dem Einreiseversuch ein Asylantrag gestellt, darf die Person grundsätzlich einreisen, es sei denn, sie kommt aus einem sogenannten „sicheren Herkunftsstaat“. Dann wird nach § 18a Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) ein Flughafenverfahren eingeleitet. Dabei handelt es sich um ein Schnellverfahren für Menschen, die auf dem Luftweg nach Deutschland einreisen und einen Asylantrag stellen wollen. Es ist darauf ausgerichtet, Personen mit offensichtlich unbegründeten Asylanträgen gar nicht erst in das Bundesgebiet einreisen zu lassen. Stattdessen wird ein Antrag an der Grenze gestellt und dort an das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) weitergeleitet. Binnen zweier Tage hat eine Anhörung der asylsuchenden Person durch das BAMF zu erfolgen, auf dessen Grundlage über den Antrag entschieden wird. Dass viele Betroffene in dieser Situation aufgrund ihrer Flucht übermüdet und erschöpft, teils auch traumatisiert, häufig nicht in der Lage sind, die Geschichte ihrer Flucht stringent und detailreich zu erzählen, ist an verschiedenen Stellen kritisiert worden.<sup>2</sup>

Gesonderte Statistiken über das Flughafenverfahren werden vom BAMF nicht veröffentlicht. Auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE teilte die Bundesregierung mit, dass im Jahr 2010 insgesamt 55 Personen ein Flughafenverfahren anstrebten; 53 Anträge wurden zurückgewiesen. Im Jahr 2011 wurden im Zeitraum von Januar bis Oktober insgesamt 52 Flughafenasylverfahren durchgeführt, von denen keines erfolgreich war.<sup>3</sup> Während des

Verfahrens werden die Asylsuchenden im Transitbereich untergebracht; wird der Asylantrag abgelehnt, verbleiben die Personen im Transitbereich, bis sie zurückgeschoben werden.

Schließlich halten sich im Transitbereich auch solche Flüchtlinge auf, die aufgrund der Dublin-II-Verordnung des Europäischen Rates nicht in Deutschland, sondern in einem anderen EU-Staat einen Asylantrag stellen müssten. Nach der Dublin-II-Verordnung soll grundsätzlich jeweils nur ein EU-Staat für die Bearbeitung eines Asylantrags zuständig sein. Ist Deutschland unzuständig, stellt das BAMF ein Übernahmearbeiten an den betreffenden Mitgliedsstaat und bereitet im Falle einer Zusage die Überstellung vor. Im Einzelfall kann ein solches Verfahren mehrere Monate in Anspruch nehmen. Während der Zeit bleiben die Betroffenen entweder in den Unterkünften am Flughafen oder in Zurückschiebehaft, die nicht notwendigerweise im Transitbereich vollzogen wird. Deutschland stellte im Jahre 2012 insgesamt 11.469 Übernahmearbeiten an andere EU-Mitgliedstaaten.<sup>4</sup> Während sicherlich nur ein Teil dieser Fälle Einreisen auf dem Luftweg betraf, ist davon auszugehen, dass sich aufgrund der Dublin-II-Verordnung eine deutlich höhere Zahl von Personen im Transitbereich aufhält als aufgrund des Flughafenschnellverfahrens.



beteiligte Geflüchtete und UnterstützerInnen, indimedia / CC-Lizenz: bu-sa

### Vom formalistischen Freiheitsverständnis

Gleich aus welchem Grund sich eine Person im Transitbereich internationaler Flughäfen wiederfindet, nach § 15 Abs. 6 AufenthG darf sie bis zu 30 Tage dort festgehalten werden, erst dann bedarf die Unterbringung einer richterlichen Genehmigung. Recht übereinstimmend wird in der Literatur davon ausgegangen, dass der Transitgewahrsam dann freiheitsentziehend wirkt, wenn die Abreise nicht innerhalb eines absehbaren Zeitrahmens tatsächlich und rechtlich möglich ist. Rechtlich möglich ist die Abreise dann, wenn die betroffene Person über einen Pass verfügt und im Zielstaat die Einreisevoraussetzungen erfüllt und wenn außerdem im Zielstaat keine Gefahren für die Person bestehen.<sup>5</sup> Die tatsächliche Möglichkeit der Ausreise umfasst vor allem ausreichende finanzielle Mittel; dass eine Person nicht willens ist, ihre grundsätzlich vorhandenen Mittel auszunutzen, soll dagegen keine Rolle spielen.<sup>6</sup>

Legt man diese Kriterien zugrunde, so ist fraglich, ob es überhaupt



Demo im Flughafen Tegel 2013

Situationen gibt, in denen ein Aufenthalt von mehreren (geschweige denn von 30) Tagen als eine nicht freiheitsentziehende Maßnahme angesehen werden kann.<sup>7</sup> Eine Analyse der nicht sehr umfangreichen Rechtsprechung zeigt, dass hinsichtlich der Bewertung eines Aufenthalts im Transitbereich erhebliche Unterschiede und

Unsicherheiten bestehen. In einem bis heute viel zitierten Urteil entschied das BVerfG, dass die Unterbringung im Transitbereich eines Flughafens während eines anhängigen Flughafenverfahrens keine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 2 sowie Art. 104 Abs. 1 und 2 GG darstelle.<sup>8</sup> Der Fall betraf einen togolesischen Staatsangehörigen, der am 1. Juli 1993 versuchte, ohne Pass in die Bundesrepublik einzureisen. In letzter Instanz untersagte das BVerfG, die Einreiseverweigerung zu vollziehen, und gestattete dem Beschwerdeführer die vorläufige Einreise in die Bundesrepublik. Vom 1. bis zum 27. Juli 1993 befand sich der Beschwerdeführer ohne richterliche Anordnung im Transitbereich des Flughafens Frankfurt am Main. Das BVerfG nimmt an, dass bereits kein Eingriff in die von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützte Freiheitssphäre vorliegt. Denn eine Einschränkung sei nur dann anzunehmen, wenn durch einen der Staatsgewalt zurechenbaren Akt einer Person der Zugang zu einem ihr ansonsten rechtlich und tatsächlich zugänglichen Raum verwehrt werde. Bei der Bundesrepublik Deutschland handele es sich aber nicht

um einen der asylsuchenden Person rechtlich zugänglichen Raum; ein Recht auf Zutritt zum Bundesgebiet bestehe nicht. Deswegen sei das Festhalten im Transitbereich auch keine freiheitsbeschränkende Maßnahme. Dass eine Rückkehr in das Heimatland faktisch nicht zumutbar sei, sei nicht Folge einer der deutschen Staatsgewalt zurechenbaren Maßnahme.<sup>9</sup>

### Zurechenbarkeit der Freiheitsentziehung

Ähnlich und unter Berufung auf die Entscheidung des BVerfG entschied auch 2009 der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Hessen. In diesem Fall wollte die klagende Familie nicht in Deutschland, sondern in Frankreich Asyl beantragen. Deutschland stellte auf Grundlage der Dublin-II-Verordnung einen Antrag auf Überstellung der Familie nach Frankreich. Allerdings reagierten die französischen Behörden erst mehrere Wochen nach dem Übernahmegesuch, so dass die Familie zunächst 30 Tage ohne richterlichen Beschluss, danach gemäß § 15 Abs. 6 S. 2 AufenthG aufgrund richterlichen Beschlusses im Transitbereich festgehalten wurde. Der VGH Hessen entschied, dass es sich hierbei deswegen nicht um eine Freiheitsentziehung handele, da die „Kläger rechtlich nicht daran gehindert [waren], die Bundesrepublik Deutschland ‚luftseitig‘ zu verlassen.“<sup>10</sup> Ebenso wie das BVerfG weist auch der VGH Hessen darauf hin, dass der Grund für das Verbleiben im Transitbereich nicht der BRD zurechenbar sei.<sup>11</sup> Dieser Hinweis, der aus dogmatischer Sicht für beide Urteile nicht zwingend ist, offenbart den eigentlichen Kern der Argumentation. Das deutsche Rechtsstaatsverständnis ist historisch eines, das seiner eigenen liberalen Basis skeptisch gegenüber steht.<sup>12</sup> Freiheitssphären werden nicht so sehr als dem Individuum faktisch gegebene, sondern als vom Staat zugewiesene Räume gedacht. Im deutschen Staatsrechtsverständnis ist Freiheit auch nicht konstitutiv für Staatlichkeit; vielmehr stehen sich demokratisches Prinzip und Freiheit als Antinomien gegenüber.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> BVerfG, Urteil vom 23.10.1952, Az. 1 BvB 1/51, in: Entscheidungen des BVerfG (BVerfGE) 2, 1-79 (Leitsatz 2).

<sup>2</sup> Javad Adineh, „...raus musst du noch lange nicht, sag’ mir erst, wie alt du bist!“, in: Petra Dieckhoff (Hrsg.), Kinderflüchtlinge, 2010, 75-80; Tanja Laier, Das Flughafenasylverfahren nach § 18a AsylVfG in rechtsvergleichender Perspektive, 1999, 149 ff.

<sup>3</sup> Bundestagdrucksache (BT-Drs.) 17/8095 vom 18.12.2011.

<sup>4</sup> BAMF, Referat 222, Übersicht zu den Prüffällen und Übernahmesuchen nach Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-VO) 01.01. bis 31.12.2012, abrufbar unter [http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/Dublin\\_2012.PDF](http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/Dublin_2012.PDF) (Stand: 24.07.2013).

<sup>5</sup> Volker Westphal, in: Bertold Huber (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, 2010, § 15 Rn 27; Klaus Dienelt, in: Günter Renner (Hrsg.), Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 15 AufenthG, Rn 73.

<sup>6</sup> Westphal (Fn. 5), Rn 29.

<sup>7</sup> Kritisch dazu: Dienelt (Fn. 5), Rn 75-78.

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 14.05.1996, Az. 2 BvR 1516/93, in: BVerfGE 94, 166-240 (Leitsatz 3a).

<sup>9</sup> Ebenda, 198-199.

<sup>10</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 17.08.2008, Az. 3 A 2146/08 Z.A., 11.

<sup>11</sup> BVerfG (Fn. 8), 199; VGH Hessen (Fn. 10), 12.

<sup>12</sup> Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Viertes Band 1945-1990, 2012, 215.

<sup>13</sup> Vgl. exemplarisch Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928; dazu auch Luc Heuschling, État de Droit – Rechtsstaat – Rule of Law, 2002, 582 f.

Deswegen ist auch nicht verwunderlich, dass die Bundesregierung gegenüber dem BVerfG erfolgreich argumentierte, die hypothetische Möglichkeit der Ausreise ins Ausland möge zwar im Einzelfall der einreisewilligen Person „faktisch verschlossen“ sein, dies sei aber der BRD nicht zurechenbar und deswegen kein Indiz dafür, dass eine Freiheitsentziehende Maßnahme vorliege.<sup>14</sup> Für eine Grundrechtsverletzung wird offenkundig nicht primär auf den Grad der Beeinträchtigung des Individuums abgestellt, sondern vielmehr darauf, wer diese Beeinträchtigung verursacht hat.

### Transitgewahrsam als Freiheitsentzug

Ein solches Freiheitsverständnis dürfte mit der Rechtsprechung des EGMR nur schwerlich vereinbar sein. Art. 5 Abs. 1f) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sieht vor, dass Freiheitsentziehungen zur Verhinderung der unerlaubten Einreise möglich sind; der betroffenen Person muss dann aber die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung binnen kürzester Zeit offen stehen. Diese Lesart bestätigte der EGMR im Fall *Amuur ./. Frankreich*<sup>15</sup> und sah im Festhalten vier somalischer Asylbewerber\_innen am Flughafen Paris-Orly eine Freiheitsentziehung im Sinne der EMRK. Dabei geht es in der Begründung des Urteils vor allem um die Abgrenzung zwischen einfacher Freiheitsbeschränkung von der Freiheitsentziehung.<sup>16</sup> Dass durch das Festhalten am Flughafen ein Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit vorliegt, scheint dem EGMR evident. Auch in der Folge sah der EGMR wiederholt das Festhalten im Transitbereich als Freiheitsentziehung an.<sup>17</sup> Auch die deutschen ordentlichen Gerichte rücken von der strikt formellen Auffassung der Verwaltungsgerichte

Anzeige



LOTTA #55  
Frühjahr 2014

[lotta-magazin.de](http://lotta-magazin.de)

und des BVerfG ab. Das Oberlandesgericht (OLG) München entschied etwa, dass das weitere Festhalten einer Person im Transitbereich nach Abschluss eines Asylschnellverfahrens und ohne zeitliche Beschränkung eine Freiheitsentziehung darstelle, soweit die Zurückweisung nicht umgehend veranlasst werde.<sup>18</sup> In diesem Fall war dem Kläger zunächst die Einreise verweigert und ein daraufhin gestellter Asylantrag zurückgewiesen worden. Auf Grundlage des mittlerweile durch die §§ 415 ff. des Familienverfahrensgesetzes (FamFG) ersetzten Freiheitsentzugsgesetzes wertete das OLG München den Transitbereich als Haftraum, den der Kläger aufgrund tatsächlicher Umstände – er hatte keine gültigen Reisepapiere – nicht verlassen konnte. Ähnlich argumentierte auch der Bundesgerichtshof (BGH) in einer Entscheidung darüber, ob einer im Transitbereich festgehaltenen Person ein Recht auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Unterbringung zustehe. Der BGH bejahte diese Frage und sah die Beschwerde als statthaft an, da der angeordnete Aufenthalt im Transitbereich einer Freiheitsentziehung gleichstehe.<sup>19</sup> Das führt zu einer Situation, in der die ordentlichen Gerichte zwar den Aufenthalt im Transitbereich nicht anordnen, jedoch die Rechtmäßigkeit nachträglich überprüfen. Deshalb besteht hier ein Wertungswiderspruch zwischen der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte einerseits und der ordentlichen Gerichte andererseits, der zu erheblichen Unsicherheiten für die Betroffenen führt.

### Folgen eines veränderten Freiheitsverständnisses

Was änderte sich, wenn der Transitgewahrsam grundsätzlich als Freiheitsentzug angesehen würde? Zunächst einmal müsste er nach Art. 104 Abs. 2 GG richterlich angeordnet werden. Eine solche richterliche Anordnung führt zwar nicht notwendigerweise zu weniger Freiheitsentzug. Allerdings wäre er als Eingriff in die Bewegungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig. Ein zwingendes Rechtfertigungserfordernis ist gerade im Bereich des Asyl- und Aufenthaltsrechts auch rechtspolitisch wünschenswert. Denn es besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die Entscheidung der Bundespolizei nach § 15 Abs. 6 AufenthG im verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz überprüfen zu lassen. Allerdings wird ohne Rechtsbeistand kaum eine betroffene Person diese Möglichkeit erkennen, geschweige denn von ihr Gebrauch machen. Ebenso wird eine Überprüfung nach FamFG in aller Regel nur in solchen Fällen erfolgen, in denen eine Unterbringung über 30 Tage hinaus, also eine Kombination von Transitgewahrsam und Zurückweisungshaft, vorliegt. Damit bleiben Personen, die bis zu 30 Tage im Transitbereich festgehalten werden, heute weitestgehend unsichtbar. Oftmals wird es sich hierbei um Asylsuchende nach der Dublin-II-Verordnung handeln, die meist bereits durch ihre langwierige Flucht traumatisiert sind. Das Festhalten der Betroffenen sollte schon deshalb mindestens zwingend rechtfertigungsbedürftig sein.

Hannah Birkenkötter promoviert an der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>14</sup> BVerfG (Fn. 8), 185.

<sup>15</sup> EGMR, Urteil vom 25.06.1996, *Amuur ./. Frankreich*, Beschwerdenummer 19776/92.

<sup>16</sup> Ebenda, paras. 42 ff.

<sup>17</sup> EGMR, Urteil vom 27.11.2003, *Shamsa ./. Polen*; EGMR, Urteil vom 24.08.2008, *Riad ./. Belgien*.

<sup>18</sup> OLG München, Beschluss vom 12.12.2005, Az. 34 Wx 157/05 (Leitsatz 1).

<sup>19</sup> BGH, Beschluss vom 30.06.2011, Az. V ZB 274/10, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report*, 2011, 875-878, (876).