



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Migrationsrechtsausschuss unter Beteiligung des Verfassungsrechtsausschuss

zu den Verfassungsbeschwerden
des Herrn B. A. – 2 BvR 993/15
des Herrn F. K. – 2 BvR 858/16
des Herrn O. H. – 2 BvR 2345/15

Stellungnahme Nr.:7/2018

Berlin, im März 2018

Mitglieder des Migrationsausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Passau
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm
- Rechtsanwältin Eva Reichert, Köln
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

Mitgewirkt hat:

- Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesministerium des Innern
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund

- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Der Paritätische
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Forum Junge Anwaltschaft
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Ausschuss Migrationsrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht
- Redaktion NJW
- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Die drei Verfassungsbeschwerden betreffen die verfassungsrechtlichen Auswirkungen formeller Fehler in verwaltungsrechtlichen Freiheitsentziehungsverfahren im Bereich der Abschiebungs- bzw. Überstellungshaft. Sie richten sich jeweils gegen Haftbeschlüsse der im Verfahren zuständigen Amtsgerichte sowie gegen die Beschlüsse des Landgerichts bzw. des Bundesgerichtshofs, mit denen die Beschwerden bzw. Rechtsbeschwerden der Beschwerdeführer im fachgerichtlichen Verfahren zurückgewiesen wurden. Im Einzelnen:

- **Verfahren BVerfG 2 BvR 2345/16 (unter A.)**

In dem Verfahren 2 BvR 2345/16 werden die Rügen der unterlassenen

Benachrichtigung der Vertrauensperson sowie der unterlassenen **Aktenbeziehung und -einsicht** erhoben.

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins sind in diesem Verfahren mehrere Grundrechte verletzt worden:

Wegen der unterlassenen Benachrichtigung der Vertrauensperson liegen Verletzungen der Benachrichtigungspflicht (Art. 104 Abs. 4 GG), des Grundrechts der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) sowie des Rechts auf Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen freiheitsschützenden Formen (Art. 104 Abs. 1, 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) vor. Ferner ist wegen der unterlassenen Beiziehung der Ausländerakte der Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 104 Abs. 2 GG) verletzt worden. Die unterlassene Gewährung der Akteneinsicht verletzte den verfassungsrechtlichen Anspruch auf faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG) sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

- **Verfahren BVerfG 2 BvR 993/15 (unter B.)**

In dem Verfahren 2 BvR 993/15 wird die Rüge der unterlassenen **Aushändigung und vollständigen Übersetzung des Haftantrags vor Anhörung** erhoben.

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltsvereins sind in diesem Verfahren die Grundrechte auf Einhaltung des Freiheitsentziehungsverfahrens (Art. 104 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), den gesetzlichen Richter (Art. 104 Abs. 2 GG) sowie rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt worden.

- **Verfahren BVerfG 2 BvR 858/16 (unter C.)**

In dem Verfahren 2 BvR 858/16 werden die Rügen der unterlassenen **Aushändigung und vollständigen Übersetzung des Haftantrags vor Anhörung** sowie der **unterbliebenen Anhörung im Beschwerdeverfahren** erhoben. Ferner wird die **materiellrechtlich fehlerhafte Anwendung des Haftgrundes** des § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG (Fluchtgefahr) gerügt.

Auch in diesem Verfahren hält der Deutsche Anwaltverein die Verfassungsbeschwerde für begründet, weil neben der Verletzung der Grundrechte auf Einhaltung des vorgeschriebenen Freiheitsentziehungsverfahrens (Art. 104 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), den gesetzlichen Richter (Art. 104 Abs. 2 GG) sowie rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) durch die unterlassenen Aushändigung bzw. vollständigen Übersetzung des Haftantrags vor der Anhörung insbesondere durch die unterbliebene Anhörung im Beschwerdeverfahren die Einhaltung des vorgeschriebenen Freiheitsentziehungsverfahrens (Art. 104 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG) verletzt wurde.

A. Verfassungsbeschwerde 2 BvR 2345/16

I. Benachrichtigung der Vertrauensperson

1. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer wurde am 12.12.2014 am Flughafen München bei dem Versuch einer Flugreise nach Großbritannien mit einer gefälschten italienischen Identitätskarte aufgegriffen und durch die Bundespolizei nach Haftantrag beim AG Landshut bis zum 23.12.2014 in Abschiebungshaft genommen. Nach dem Haftbeschluss des AG Landshut äußerte der Beschwerdeführer, dass eine namentlich benannte Person benachrichtigt werden solle und nannte deren Telefonnummer. Eine Benachrichtigung unterblieb.

Die Beschwerde des Beschwerdeführers beim LG Landshut wurde zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde beim BGH blieb ebenfalls erfolglos. Nach Auffassung des BGH führt die fehlende Benachrichtigung der Vertrauensperson nicht zur Rechtswidrigkeit der Haft, obwohl Art. 104 Abs. 4 GG verletzt sei.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG sowie des Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

2. Vorbemerkung

Der zu Protokoll erklärte Rechtsmittelverzicht des Betroffenen ist unschädlich, denn er wurde ausweislich der Akten über die Folgen des Rechtsmittelverzichts nicht belehrt (siehe zu diesem Erfordernis BGH, Beschl. v. 01.12.2011, V ZB 73/11, NVwZ 2012, 319).

3. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Pflicht zur Benachrichtigung der Vertrauensperson aus Art. 104 Abs. 4 GG. Gleichzeitig stellt sich die verfassungsrechtliche Frage, ob mit der Verletzung der Benachrichtigungspflicht auch weitere Grundrechte verletzt wurden.

a. Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG

Der BGH hat zurecht festgestellt, dass eine Verletzung der Benachrichtigungspflicht des Art. 104 Abs. 4 GG vorliegt. Der Beschwerdeführer hatte Namen und Telefonnummer einer Vertrauensperson angegeben. Nichts spricht dagegen, dass der Haftrichter nach dem Haftbeschluss in der mündlichen Anhörung diese Person, ggf. unter Zuhilfenahme des Dolmetschers, hätte anrufen und die wesentlichen Gründe für die Freiheitsentziehung sowie den Ort des Vollzugs hätte mitteilen können. Insbesondere verlangt Art. 104 Abs. 4 GG keine schriftliche Benachrichtigung. Art. 104 Abs. 4 GG verpflichtet das Gericht, die Vertrauensperson „von der richterlichen Entscheidung“ zu benachrichtigen. Diese Pflicht gilt nicht nur im Anordnungsverfahren, sondern auch im Beschwerdeverfahren (BVerfGE 38, 32,34). Von einer Auswirkung der fehlenden Benachrichtigung auf den Haftbeschluss ist in Art. 104 Abs. 4 GG keine Rede. Selbst wenn die fehlende Benachrichtigung keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit des Haftbeschlusses hätte, liegt offensichtlich eine Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG vor.

b. Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

In der Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG kann auch gleichzeitig eine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG liegen. Eine **Freiheitsentziehung** im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 GG hat mehrere verfassungsrechtliche Voraussetzungen: Neben der Erfüllung der materiellen Haftvoraussetzungen, der Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens sowie dem Vorliegen eines richterlichen Haftbeschlusses setzt die zulässige Freiheitsentziehung auch voraus, dass die Benachrichtigungspflicht erfüllt wird. Selbst wenn man der Auffassung wäre, dass die unterlassene Benachrichtigung die Rechtmäßigkeit des Haftverfahrens und des Haftbeschlusses nicht berühren würde, so wäre die Freiheitsentziehung insgesamt gleichwohl rechtswidrig, da nicht alle verfassungsrechtlichen Vorkehrungen eingehalten wurden.

Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG hat das BVerfG am 07.10.1981, 2 BvR 1194,80, BVerfGE 58, 208, 220, ausgeführt:

*„Die Freiheit der Person ist unverletzlich (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG); in diese Freiheit darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen eingegriffen werden (Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG). Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (BVerfGE 10, 302 [322]); Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn (BVerfGE 10, 302 [323]; 29, 183 [195]), indem er neben der Forderung nach einem "förmlichen" freiheitsbeschränkenden Gesetz die Pflicht, **dessen Formvorschriften zu beachten**, zum Verfassungsgebot erhebt. Verstöße gegen die durch **Art. 104 GG gewährleisteten Voraussetzungen** und Formen freiheitsbeschränkender Gesetze stellen daher stets auch eine **Verletzung der Freiheit** der Person dar. Durch Art. 104 Abs. 1 GG wird die Beachtung der sich aus dem jeweiligen Gesetz ergebenden freiheitsschützenden Formen zur Verfassungspflicht erhoben, deren Einhaltung durch den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde abgesichert wird.“*
(Hervorhebungen nicht im Original)

Indem das Bundesverfassungsgericht auf alle formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG abstellt, hat es deutlich gemacht, dass Verstöße gegen alle formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG sich gleichzeitig als Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG darstellen.

Zu diesen formellen Gewährleistungen zählt namentlich auch die Benachrichtigungspflicht nach Art. 104 Abs. 4 GG. Diese Vorschrift verpflichtet das Gericht, die benannte Vertrauensperson „von der richterlichen Entscheidung“ zu benachrichtigen. Auf die Einhaltung dieser Vorschrift hat der Betroffene ein subjektives Recht (OLG Oldenburg, Beschl. v. 09.06.2004, 13 W 30/04, InfAuslR 2004, 349; NK-AuslR/Keßler, 2. Aufl. 2016, § 62 AufenthG, Rn. 99). Der Einordnung als formelle Gewährleistung der Freiheit steht nicht entgegen, dass die Benachrichtigungspflicht erst nach der richterlichen Entscheidung entsteht (so auch OLG Oldenburg, Beschl. v. 09.06.2004, 13 W 30/04, InfAuslR 2004, 349; OLG Celle, Beschl. v. 08.06.2004, 16 W

77/04, InfAuslR 2004, 350). Denn die Notwendigkeit zum Schutz der Freiheit endet nicht mit dem Haftbeschluss.

Der BGH reduziert deshalb zu Unrecht die Bedeutung der Benachrichtigungspflicht auf eine Verfahrensvorschrift für einen Haftbeschluss. Tatsächlich ist die Benachrichtigungspflicht eine einzuhaltende Voraussetzung für die Freiheitsentziehung. Die Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG stellt sich daher stets auch als Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG dar.

c. Verletzung des Art. 104 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

In der Verletzung des Art. 104 Abs. 4 GG kann allerdings zusätzlich auch eine Verletzung einer Haftverfahrensvorschrift im Sinne von Art. 104 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG liegen, die auch den **Haftbeschluss** rechtswidrig macht.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der bereits benannten Entscheidung vom 07.10.1981 auch deutlich gemacht, dass Verstöße gegen das einfache Verfahrensrecht sich als Verletzungen des Art. 104 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG darstellen. Art. 104 Abs. 4 GG ist in § 432 FamFG wörtlich umgesetzt worden. § 432 FamFG ist im 7. Buch des FamFG zum Freiheitsentziehungs**verfahren** enthalten. Die Vorschrift ist nicht nur „einfache Verfahrensvorschrift“, sondern verfassungsrechtliche Vorgabe. Mit der Verletzung des § 432 FamFG ist also auch das Freiheitsentziehungsverfahren betroffen.

In der Rechtsprechung wurden allerdings hinsichtlich der Einhaltung von Verfahrensvorschriften bei Freiheitsentziehungen verschiedentlich Einschränkungen des Geltungsbereichs der Art. 104 Abs. 1 und 2 GG vorgenommen.

Zu klären ist deswegen, ob jeder Verfahrensfehler sich als Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 GG darstellt oder ob

- nur die Verletzung **bedeutsamer Verfahrensgarantien** für eine Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG in Betracht kommen (1),
- nur **schwerwiegende Verfahrensfehler** zu einer Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG führen können (2),

- nur Verfahrensfehler für eine Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG relevant sind, die für die Entscheidung über die Freiheitsentziehung auch **kausal** sind oder kausal sein können (3),
- Verfahrensfehler, die unter Art. 104 Abs. 1 GG fallen, nachträglich rückwirkend **geheilt** werden können mit der Folge, dass sie sich nicht als Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG darstellen (4).

Dazu im Einzelnen:

(1) In Bezug auf die formellen Voraussetzungen bei Freiheitsbeschränkungen trifft Art. 104 Abs. 1 und 2 GG keine Unterscheidung zur Schwere bzw. zum Grad der Verletzung von Verfahrensvorschriften. Das Bundesverfassungsgericht spricht in mehreren Entscheidungen allerdings von den „**bedeutsamen Verfahrensgarantien**“, weswegen sich die Frage stellt, ob es auch nicht bedeutsame Verfahrensgarantien gibt. Zu unverzichtbaren Verfahrensgarantien gehören z.B. die vorherige Anhörung des Betroffenen, die vorherige Einholung eines richterlichen Haftbeschlusses, die Einschaltung eines Dolmetschers und die Benachrichtigung des anwaltlichen Bevollmächtigten (BVerfG, Beschl. v. 07.09.2006, 2 BvR 129/04, bverfg.de). Auch die Benachrichtigung einer Vertrauensperson ist eine solche bedeutsame Verfahrensgarantie. Die Pflicht zur Benachrichtigung einer Vertrauensperson ist deswegen ohne Zweifel eine bedeutsame Verfahrensvorschrift, wie sich aus der apodiktischen Formulierung von Art. 104 Abs. 4 GG ergibt.

(2) Bei Verfahrensfehlern kann sich weiter die Frage stellen, ob nur ein **schwerwiegender Verfahrensfehler** oder jeder auch nur kleinste Verfahrensfehler für eine Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG beachtlich ist (vgl. BGH, Beschl. v. 18.02.2016, V ZB 23/15, InfAuslR 2016, 235). Unterbleibt die verfassungsrechtlich zwingend gebotene Benachrichtigung einer Vertrauensperson, so liegt stets ein schwerwiegender Verfahrensfehler vor, denn die Verletzung verfassungsrechtlich gebotener Verfahrenspflichten sind stets schwerwiegende Verfahrensfehler.

(3) Gleiches gilt für die Frage nach der **Kausalität** im Umfang des Schutzbereichs von Art. 104 GG. Insoweit unterscheidet sich der Schutzbereich von Art. 104 GG von dem des Art. 103 Abs. 1 GG. Bei letztgenannter Vorschrift wird eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nur dann angenommen, wenn die Entscheidung auf dem Fehlen des rechtlichen Gehörs beruht (BVerfGE 60, 313 [318]; 86, 133 [147]). Anders verhält es sich bei den unverfügbaren Verfahrensgarantien des Art. 104 Abs. 1 GG; darin manifestiert sich die Bedeutung der dem Schutz des Art. 104 Abs. 1 GG unterfallenden Verfahrensgarantien als Ausprägung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (vgl. dazu etwa BVerfG, EuGRZ 2006, 100 (juris Rn. 32)).

Hierbei kann im Zusammenhang mit Art. 104 Abs. 4 GG dahinstehen, ob mit der neueren Rechtsprechung des BGH (ab BGH, Beschl. v. 16.07.2014, V ZB 80/13, bgh.bund.de) zurückgehend auf eine Entscheidung des EuGH ein Verfahrensfehler nur noch anzunehmen ist, wenn dieser kausal ist (vgl. EuGH, Urteil v. 10.09.2013, C-383/13 PPU, BayVBl. 2014, 140 ff.). Der EuGH hatte dies im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie entschieden und unter dem Gesichtspunkt der Gehörsverletzung eingeordnet. Denn die Frage, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, der einer **Gehörsverletzung** im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG gleichkommt, stellt sich bei der fehlenden Benachrichtigung der Vertrauensperson gemäß Art. 104 Abs. 4 GG daher nicht. Art. 104 Abs. 4 GG will die Gefahr eines spurlosen Verschwindens einer Person verhindern (BT-Drs. 16/6308, S. 276), hat also mit einem Anspruch auf rechtliches Gehör nichts zu tun. Welche Konsequenzen die Vertrauensperson aus der Benachrichtigung zieht, ist ihr überlassen. Art. 104 Abs. 4 GG sieht nicht vor, dass die Vertrauensperson etwa die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen hat. Es stellt sich daher auch nicht die Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts in Gestalt der Rückführungs-RL, sondern um die Reichweite bzw. den Umfang unterschiedlicher Vorschriften (Art. 104 GG auf der einen Seite und Unionsrecht auf der anderen Seite). Art. 104 Abs. 4 GG unterscheidet sich nach seinem Zweck von der Benachrichtigungspflicht des § 7 Abs. 4, 2. Alt. FamG und von den Benachrichtigungspflichten gemäß dem WÜK, die vorsehen, dass die benachrichtigten Personen Rechte für den Betroffenen wahrnehmen können. Insofern wäre die Situation

möglicherweise anders zu beurteilen, wenn diese Verfahrensrechte nicht unter Art. 104 Abs.1 GG fallen. Darum geht es hier aber nicht.

(4) Die Frage der **rückwirkenden Heilung** des Verfahrensfehlers stellt sich hier nicht unmittelbar, denn die Vertrauensperson wurde weder vom Amtsgericht noch vom Landgericht oder BGH benachrichtigt.

Es stellt sich allenfalls die Frage, ob die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 i.V.m. 104 Abs. 4 GG dadurch geheilt wurde, dass der Betroffene nunmehr durch einen anwaltlichen Bevollmächtigten vertreten wurde und damit der Regelungszweck des Art. 104 Abs. 4 GG erfüllt sein könnte. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 104 Abs. 4 GG ausdrücklich von der „Person des Vertrauens“ spricht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der betroffenen Person und einem beigeordneten, nicht bevollmächtigten Anwalt muss demgegenüber nicht notwendigerweise vorliegen. Aber auch der bevollmächtigte Anwalt ist für die von der Abschiebungshaft betroffene Person, anders als Freunde oder Familienangehörige, nicht selten eine Person, zu der ein Vertrauen nicht aufgebaut werden konnte. Eine Heilung ist daher allenfalls ex nunc möglich.

II. Aktenbeziehung und -einsicht

1. Verfahrensgang

Im Verfahren des Beschwerdeführers wurde auch die Behördenakte nicht beigezogen. Der Bevollmächtigte des Beschwerdeführers rügte dies im Beschwerdeverfahren und beantragte Akteneinsicht in die beizuziehende Akte. Die Beschwerde wurde ohne Beiziehung der Akte sowie Gewährung der beantragten Akteneinsicht zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde beim BGH blieb ebenfalls erfolglos. Der BGH ist der Auffassung, der Verfahrensmangel sei nicht kausal für die angegriffene Entscheidung. Der Beschwerdeführer rügt insoweit die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG hinsichtlich eines Verstoßes gegen die richterliche Sachermittlungspflicht aus § 417 Abs. 2 S. 3 FamFG und die Verletzung des Anspruchs auf faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG wegen der Verletzung des Akteneinsichtsrechts.

2. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde hat zwei Anknüpfungspunkte: die fehlende Aktenbeziehung durch das Gericht und die fehlende Gewährung der Akteneinsicht in die beizuziehende Akte der Behörde.

a. Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG i.V.m. § 26 FamFG (Aktenbeziehung)

(I) Zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in Verwaltungsverfahren gehört die vollständige Sachverhaltsermittlung durch das Gericht. Werden Verwaltungsvorgänge im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dem Gericht nicht vorgelegt, so liegt in der Regel ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG vor (BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999, 1 BvR385/90, BVerfGE 101,106, 122 ff.).

In Freiheitsentziehungsverfahren ist die Sachaufklärung in besonderem Maße geboten. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in Bezug auf Abschiebungshaftsachen im Beschl. v. 10.12.2007, 2 BvR 1033/06, juris, ausgeführt:

„28

Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG setzt auch Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE 70, 297 <308>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 1998 - 2 BvR 2270/96 -, NJW 1998, S. 1774 <1775>[BVerfG 23.03.1998 - 2 BvR 2270/96]). Angesichts des hohen Ranges des Freiheitsgrundrechts gilt dies in gleichem Maße, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme in Rede steht (BVerfGK 7, 87 <100>).

...

30

*Eine Beschränkung der Pflicht zur Sachverhaltsermittlung aufgrund der offensichtlich nicht juristischen Kategorien folgenden Einlassung des Beschwerdeführers, dass der Asylantrag "nicht geklappt" habe, wird den erhöhten Pflichten zur genauen Sachverhaltserforschung gemäß [§ 12 FGG](#) nicht gerecht. Die nach § 5 Abs. 1 FreihEntzG notwendige Anhörung des Betroffenen dient der Aufklärung von Tatsachen und gibt ihm die Möglichkeit zu rechtlichen Ausführungen, die rechtliche Bewertung der Tatsachen bleibt aber Aufgabe des Gerichts. **Aus den Akten der Ausländerbehörde, welche bei einer Entscheidung über eine Haftanordnung regelmäßig beizuziehen sind** (vgl. Beichel-Benedetti/Gutmann, NJW 2004, S. 3015 <3017 f.>), **um den Anforderungen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 GG zu genügen**, ergibt sich, dass der Beschwerdeführer aufgrund einer Rücküberstellung in Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 nach Deutschland zurückgekehrt war.“
(Hervorhebung nicht im Original)*

Im Beschl. v. 01.04.2008, 2 BvR 1925/04, juris, hält das BVerfG die Beiziehung der Ausländerakte ebenfalls für geboten. Wörtlich heißt es:

„24

Das Landgericht hat die Abweichung von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Notwendigkeit der vorherigen richterlichen Anordnung der Freiheitsentziehung mit dem Vorliegen eines Eilfalles gerechtfertigt, der ausweislich der Gerichtsakte und der beigezogenen Akten der Ausländerbehörde offensichtlich nicht gegeben war, und damit Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt. Schon aus den dem Antrag des Prozessbevollmächtigten auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Freiheitsentziehung beigelegten Schreiben des Landkreises Stade und der Bezirksregierung Weser-Ems vom 7. und 8. August 2003 ergibt sich, dass die Inhaftierung des Beschwerdeführers zum Zwecke der Vorführung vor den Richter und der Beantragung von Abschiebungshaft seitens der beteiligten Ausländerbehörden am Tag vor dessen Festnahme geplant war. Die Ausländerbehörde hätte daher rechtzeitig einen Haftantrag stellen können,

*und das Amtsgericht wäre unschwer in der Lage gewesen, die vorgetragenen Haftgründe, wie geboten (vgl. BVerfGE 70, 297 <308>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 1998 - 2 BvR 2270/96 -, NJW 1998, S. 1774 f.), selbstständig **und unter Beiziehung der Akten der Ausländerbehörde** (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Dezember 2007 - 2 BvR 1033/06 -, NVwZ 2008, S. 304 <305>) zu prüfen und gegebenenfalls Haft auf der Grundlage des § 11 FreiEntzG vorläufig anzuordnen, wenn zu befürchten stand, dass der Beschwerdeführer eine Ladung zur Anhörung zum Anlass nehmen würde, unterzutauchen.“*

Die **Beiziehung der den Ausländer betreffenden Verwaltungsvorgänge**, also regelmäßig die Ausländerakte und – wenn erforderlich auch die Asylakte – gehört damit zu den gesetzlich vorgesehenen Sachermittlungsaufgaben des Haftgerichts. Grundlage für die Aktenbeiziehung ist nicht § 417 Abs. 2 S. 3 FamFG, denn die Vorschrift regelt nur die Pflicht der Behörde, die Akte mit dem Antrag vorzulegen. Die Pflicht des Gerichtes, die Akte beizuziehen, ergibt sich aus der allgemeinen Sachaufklärungspflicht des Gerichtes in Abschiebungssachen. Die Pflicht der Behörde, die Akten vorzulegen, korrespondiert damit und macht die Beiziehungspflicht des Gerichts nochmals deutlich.

In der Praxis zeigt sich, dass antragstellende Behörden in Haftanträgen häufig nur die für sie wichtig erscheinenden Tatsachen vortragen (vgl. BGH, Beschl. v. 10.10.2013, V ZB 17/13, juris). So fehlt es in Haftanträgen oft an der Darlegung der erforderlichen Zustellung eines aufenthaltsbeendenden Bescheides (vgl. BGH, Urt. v. 18.05.2006, III ZR 183/05, bgh.bund.de.). Ob eine ordnungsgemäße und wirksame Zustellung erfolgt ist, kann das Gericht regelmäßig nur anhand der Akte prüfen. Dazu ist in Asylfällen nicht nur die Ausländerakte beizuziehen, sondern auch die Asylakte des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge. Letztere ist schon wegen der Berechnung von Überstellungsfristen in Dublinverfahren und der Prüfung des Zuständigkeitsverfahrens regelmäßig beizuziehen (vgl. BGH, Beschl. v. 16.05.2013, V ZB 44/12, juris.). Ebenso regelmäßig ist anhand der Akte zu prüfen, ob die für einige Kriterien des Haftgrundes „Fluchtgefahr“ erforderliche vorherige Belehrung in einer Sprache, die der Betroffene

versteht, erfolgt ist (vgl. BGH, Beschl. BGH, Beschl. v. 09.02.2011, V ZB 16/11, bgh.bund.de). Auch die Einhaltung des Beschleunigungsgebots kann häufig nur anhand der Akte überprüft werden (vgl. BGH, Beschl. v. 06.05.2010, V ZB 193/10, bgh.bund.de). Diese Fragen und mehr können durch eine Anhörung des Betroffenen regelmäßig nicht hinreichend und erschöpfend aufgeklärt werden, zumal der Betroffene eines Abschiebungshaftverfahrens regelmäßig keine Kenntnis des Inhalts der Akten hat und den Inhalt regelmäßig auch sprachlich nicht verstehen dürfte.

Im Verfahren des Beschwerdeführers enthält der Haftantrag zwar viele Informationen. In dem Haftantrag ist angegeben, dass die Abschiebung verfügt worden sei und ihm die Abschiebung mittels Bescheid angedroht worden sei. Dies ist aber bereits widersprüchlich. Eine gemäß § 58 AufenthG „angeordnete“ Abschiebung wird nicht „angedroht“ (§ 59 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Auch ist unklar, ob der Bescheid mit Rechtsbehelfsbelehrung übergeben wurde. Ebenso ist unklar, ob der Beschwerdeführer die in Art. 12 Abs. 3 RL 2008/155/EG (Rückführungsrichtlinie) vorgesehenen Informationsblätter in albanischer Sprache erhalten hat. Dies ergibt sich nicht aus dem Haftantrag, war also mindestens vom Haftrichter durch Beiziehung der Akte zu ermitteln.

Ebenso ist die Einhaltung des Beschleunigungsgebots unklar. Die Behörde hat im Haftantrag dargelegt, dass die Abschiebung „erfahrungsgemäß“ von der Verfügbarkeit von Plätzen in Flugzeugen abhängt. Das mag so zutreffen. Es wurde aber nicht dargelegt, ob und ggf. wann sich die Behörde um einen solchen Platz bemüht hatte. Auch das hat das Haftgericht zur Prüfung des Beschleunigungsgebots anhand der Akte zu prüfen. Es spricht einiges dafür, dass zum Zeitpunkt des Haftantrags eine entsprechende Information noch nicht vorlag. Die Abfrage freier Plätze in einer der nächsten Maschinen hätte aber telefonisch bei der Fluggesellschaft erfolgen können und sodann im Haftantrag dargelegt werden müssen.

(II) Zu klären ist auch hier, ob eine bedeutsame Verfahrensgarantie in schwerwiegender Weise verletzt wurde, ob eine Kausalität erforderlich ist und ggf. vorlag sowie eine Heilung eintrat.

(1) Die Pflicht zur Aktenbeziehung ist **bedeutsame Verfahrensgarantie**. Zwar spricht § 417 Abs. 2 S. 3 FamFG davon, dass die Ausländerakte mit dem Haftantrag vorgelegt werden „soll“. § 417 Abs. 2 S. 3 FamFG enthält aber eine Pflicht der Behörde und berührt nicht die Pflicht des Gerichts zur Sachaufklärung aus § 26 FamFG. Die Vorschrift dient offenkundig der Beschleunigung des Verfahrens und will verhindern, dass das Gericht die Behörde erst zur Aktenvorlage auffordern muss. Die Regelung verstärkt damit letztlich die Sachermittlungspflicht des Gerichts aus § 26 FamFG. In der Praxis sind aufgrund der umfangreichen Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung keine Fälle denkbar, in denen auf die Einsichtnahme der Ausländerakte durch das Gericht verzichtet werden kann.

(2) Bei Verfahrensfehlern kann sich weiter die Frage stellen, ob nur ein **schwerwiegender Verfahrensfehler** oder jeder geringfügige Verfahrensfehler für eine Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG beachtlich ist. Unterbleibt die Beziehung der Akte vollständig, so liegt jedenfalls ein schwerwiegender Verfahrensfehler vor. Das Haftgericht begibt sich damit jeglicher Kontrolle der Behörde hinsichtlich der oben genannten Fragestellungen (Zustellung Bescheid, Einhaltung Fristen, Beschleunigungsgebot).

(3) Die Pflicht zur Beziehung der Akte ist verfassungsrechtlich so bedeutsam, dass eine fehlende **Kausalität** unerheblich ist. Die Sachermittlungspflicht des Gerichts ist eine eigenständige Verfahrensgarantie, die sich aus dem Grundrecht auf Entscheidung durch den **gesetzlichen Richter** ergibt und sich nicht als Gehörsverletzung darstellt. Eine hypothetische Betrachtungsweise ist unzulässig (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, bverfg.de).

Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aktenbeziehung stellt sich auch nicht die Frage, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, der einer **Gehörsverletzung** im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG gleichkommt, und ob es deshalb mit der neueren Rechtsprechung des BGH auf die Kausalität des Verfahrensfehlers für das Ergebnis der Entscheidung ankommt. Denn die fehlende Beziehung der Akte ist keine Gehörsverletzung, sondern ein Verstoß gegen die Sachaufklärung durch den gesetzlichen Richter und damit gegen

Art. 19 Abs. 4 GG. Die umfassende Sachaufklärung ist die Pflicht des Richters „von Amts wegen“ und hängt nicht von etwaigem Vortrag des Betroffenen ab.

(4) Die Frage der **rückwirkenden Heilung** des Verfahrensfehlers stellt sich hier ebenfalls nicht, denn eine Heilung trat nicht ein. Die Akte wurde erst im Rechtsbeschwerdeverfahren beigezogen. Die Sachaufklärung ist aber der Rechtsbeschwerde entzogen, sodass eine rückwirkende Heilung der Sachaufklärung durch die Beiziehung der Akte durch den BGH allenfalls hätte eintreten können, wenn der BGH die Sache zur weiteren Aufklärung an die Beschwerde zurückgewiesen hätte. Das ist nicht geschehen.

b. Verletzung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG (Akteneinsicht)

(I) Das **Akteneinsichtsrecht** gehört zu den fundamentalen Rechten der von staatlichen Maßnahmen betroffenen Personen. Das Akteneinsichtsrecht in behördlichen und gerichtlichen Verfahren ergibt sich aus dem Anspruch auf „fairer Verfahren“ sowie aus dem Rechtsstaatsgebot (vgl. EGMR, Urte. v. 08.03.1997, Nr. 22209/93, „Foucher vs. Frankreich, NStZ 1998, 426). Dieser Anspruch ist in allen behördlichen und gerichtlichen Verfahren ein unveräußerliches Recht und hat seine Gründe auch in der Beachtung der Menschenwürde aus Art. 1 GG sowie dem Verbot erniedrigender Behandlung in Art. 3 EMRK. Das Akteneinsichtsrecht in Freiheitsentziehungssachen unterfällt damit auch den Verfahrensvorschriften des Art. 104 Abs. 1 GG. Auch gemäß § 13 FamFG haben Bevollmächtigte Anspruch auf Gewährung von Einsicht in die „Gerichtsakten“. Werden andere Akten vom Gericht beigezogen, so werden diese jedenfalls vorübergehend auch Bestandteil der Gerichtsakten, sodass auch in diese Akteneinsicht zu gewähren ist. Schließlich beinhaltet auch der Anspruch auf „rechtliches Gehör“ aus Art. 103 Abs. 1 GG das Recht auf Akteneinsicht.

(II) Zu klären ist auch hier, ob eine unverzichtbare Verfahrensgarantie in erheblicher Weise verletzt wurde, ob eine Kausalität erforderlich ist und ggf. vorlag sowie eine Heilung eintrat.

(1) Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass Inhalt und Reichweite verfahrensrechtlicher Vorschriften so zu bestimmen sind, dass sie gemessen an der Bedeutung eines Grundrechts angemessene Wirkung entfalten (BVerfG 96, 68, 97). Eine Freiheitsentziehung ist einer der schwersten Grundrechtseingriffe, die das Grundgesetz unter bestimmten Voraussetzungen zulässt. Deswegen sind in Art. 104 GG besondere Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz verankert. Dass ein Betroffener sich angemessen gegen eine Freiheitsentziehung wehren kann, gehört zu den verfassungsrechtlichen Garantien. Das Akteneinsichtsrecht ist damit als **bedeutsame Verfahrensgarantie** Teil des Verfahrens im Sinne des Art. 104 Abs. 1 und 2 GG.

(2) Das vollständige Fehlen der Gewährung der Akteneinsicht stellt sich im vorliegenden Kontext auch als **schwerwiegender Verfahrensfehler** dar. Bevollmächtigten ist sofort und ohne jegliche Hindernisse Akteneinsicht zu gewähren, sonst ist eine effektive Vertretung nicht möglich.

(3) Die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG beruht auch **kausal** auf der Verletzung des Akteneinsichtsrechts. Eine hypothetische Betrachtungsweise ist bei einer Verletzung des Art. 104 Abs. 1 und 2 GG unzulässig (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, bverfg.de). Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass vorgetragen wird, was vorgetragen worden wäre, wenn Akteneinsicht gewährt worden wäre. Etwaige materielle Mängel ergeben sich häufig erst aus der beizuziehenden Akte. Mängel, die der Betroffene mangels Akteneinsicht nicht erkennen, sondern allenfalls „ins Blaue hinein“ vermuten kann, kann er ohne Akteneinsicht nicht vortragen. Dazu gehören insbesondere etwaige Zustellungsmängel oder Verzögerungen bei der Vorbereitung der Abschiebung.

Der BGH ist indessen offenbar der Auffassung, dass dann, wenn auch das Grundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG verletzt sein kann, auch für die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG eine Ursächlichkeit vorliegen muss. Gemäß neuerer Rechtsprechung des BGH (ab BGH, Beschl. v. 16.07.2014, V ZB 80/13, bgh.bund.de) soll, zurückgehend auf eine Entscheidung des EuGHs, ein Verfahrensfehler nur noch anzunehmen sein, wenn

dieser kausal ist (vgl. EuGH, Urteil v. 10.09.2013, C-383/13 PPU, BayVBl. 2014, 140 ff.). Der EuGH hatte dies im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie entschieden und unter dem Gesichtspunkt der Gehörsverletzung („Verteidigungsrechte“) eingeordnet. Zunächst hatte der BGH dies für den Gehörsverstoß angenommen, Art. 104 Abs. 1 GG aber nicht geprüft (so in BGH, Beschl. v. 16.07.2014, V ZB 80/13, bgh.bund.de). Der BGH übersah dabei, dass das Akteneinsichtsrecht eine **bedeutsame Verfahrensgarantie** im Rahmen des Schutzbereichs des Art. 104 Abs. 1 GG ist, welche im Unterschied zu Art. 103 Abs. 1 GG eine Kausalität gerade nicht erfordert; darin manifestiert sich gerade, dass die dem Schutz des Art. 104 Abs. 1 GG unterfallenden Verfahrensgarantien Ausprägung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG sind (vgl. dazu etwa BVerfG EuGRZ 2006, 100 [juris rn. 32]). Deswegen kann es hinsichtlich einer Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG nicht auf eine Kausalität ankommen, selbst dann nicht, wenn sich der Verstoß zusätzlich auch als Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG darstellen kann.

Inzwischen hat der BGH dieses verfassungsrechtliche Problem erkannt (BGH, Beschl. v. 18.02.2016, V ZB V ZB 23/15, www.bgh.bund.de zur mangelhaften Anhörung). Nun will der BGH aber nur „erhebliche“ (oder schwerwiegende) Verfahrensfehler unter Art. 104 Abs. 1 GG subsumieren.

Ob diese Rechtsprechung für die mangelhafte Anhörung auf das Akteneinsichtsrecht übertragbar ist, kann offenbleiben, denn jedenfalls die vollständige Nichtgewährung der Akteneinsicht ist eine erhebliche Verletzung einer bedeutsamen Verfahrensgarantie und erfordert deswegen keine Kausalität.

c. Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG (Akteneinsicht)

Ob auch eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt, kann hinsichtlich des oben gefundenen Ergebnisses hier offenbleiben.

B. Verfassungsbeschwerde 2 BvR 993/15

I. Aushändigung und Übersetzung Haftantrag

1. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer sollte im Rahmen der Dublin III-VO nach Norwegen überstellt werden. Er wurde auf Antrag des Landkreises Cuxhaven in Überstellungshaft genommen. Vor dem Haftbeschluss des AG Langen wurde dem Betroffenen der Haftantrag nicht ausgehändigt und allenfalls nur teilweise übersetzt. Nach dem Beschluss wurde der Haftantrag ausgehändigt. Erst im Beschwerdeverfahren beim LG Stade wurde der Haftantrag vollständig übersetzt. Die Beschwerde des Beschwerdeführers wurde zurückgewiesen. Die mangelnde Aushändigung bzw. vollständige Übersetzung des Haftantrags sei nicht ursächlich für den Beschluss. Die Rechtsbeschwerde beim BGH blieb ebenfalls erfolglos. Auch die Rechtsbeschwerde blieb erfolglos.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung der Art. 104 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie Art. 103 Abs. 1 GG.

2. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Aushändigung und Übersetzung des Haftantrags kann zu den bedeutsamen Verfahrensgarantien des Art. 104 Abs. 1 GG gehören. Ebenso ist der Anspruch auf rechtliches Gehör betroffen.

a. Art. 104 Abs. 1 GG

(I) Die Aushändigung und Übersetzung des Haftantrags gehört zu den verfahrensrechtlichen Regelungen, die dem Betroffenen die Möglichkeit geben sollen, zu den Haftgründen Stellung zu nehmen. Die Aushändigung und Übersetzung des Haftantrags ist verfahrensrechtlicher Teil der **persönlichen Anhörung** des Betroffenen.

Zur Erforderlichkeit einer persönlichen Anhörung als vorrangige

Sachverhaltsermittlung durch den Haftrichter hat das BVerfG (BVerfG, Beschl. v. 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, bverfg.de) entschieden:

13

*Die mündliche Anhörung des Betroffenen vor der Entscheidung über die Freiheitsentziehung gehört zu den **bedeutsamen Verfahrensgarantien**, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht, und ist Kernstück der Amtsermittlung im Freiheitsentziehungsverfahren (vgl. BVerfGE 58, 208 <220 ff.>; 66, 191 <195>). Das Unterlassen der verfahrensrechtlich gebotenen mündlichen Anhörung drückt wegen deren grundlegender Bedeutung der gleichwohl angeordneten Haft, und zwar auch einer Haft zur Sicherung der Abschiebung, den Makel einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung auf, der durch Nachholung der Maßnahme rückwirkend nicht mehr zu tilgen ist (vgl. BVerfGE 58, 208 <223>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Januar 1990 - 2 BvR 1592/88 -, NJW 1990, S. 2309 <2310>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 11. März 1996 - 2 BvR 927/95 -, InfAuslR 1996, S. 198 <201>). Dementsprechend verbietet es sich, bei der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung einer Freiheitsentziehung zu untersuchen, ob diese auf dem Unterbleiben der mündlichen Anhörung beruht (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 7. September 2006 - 2 BvR 129/04 -, InfAuslR 2006, S. 462 <464>).*

Vor diesem Hintergrund hatte der BGH bereits früher entschieden, dass Haftanträge zur ausreichenden Vorbereitung auf die Verteidigung auszuhändigen sind (BGH, Beschl. v. 04.03.2010, V ZB 222/09, BGHZ 184, 323).

(II) Zu klären ist auch hier, ob eine bedeutsame Verfahrensgarantie in schwerwiegender Weise verletzt wurde oder ob eine Kausalität erforderlich ist und ggf. vorlag.

(1) Die persönliche Anhörung ist nicht nur nach Art. 103 Abs. 1 GG Voraussetzung für die ordnungsgemäße Gewährung rechtlichen Gehörs, sondern auch **bedeutsame Verfahrensgarantie** des Art. 104 Abs. 1 GG. Fraglich ist, ob die Aushändigung des Haftantrags als Teil der persönlichen Anhörung ebenso bedeutsame Verfahrensgarantie ist. Das BVerfG hat entschieden, dass Inhalt und Reichweite

verfahrensrechtlicher Vorschriften so auszulegen sind, dass sie gemessen an der Bedeutung eines Grundrechts angemessene Wirkung entfalten (BVerfG 96, 68,97). Die persönliche Anhörung des Betroffenen hat eine doppelte Funktion: Sie soll dem Richter die Möglichkeit geben, seiner verfassungsrechtlichen **Pflicht auf Sachaufklärung** nachzukommen. Damit ist die Anhörung Teil des Verfassungsgebots auf den gesetzlichen Richter. Zudem dient die persönliche Anhörung auch dem Zweck der **Gewährung rechtlichen Gehörs** zur Verteidigung gegen die Freiheitsentziehung und unterliegt damit dem Art. 103 Abs. 1 GG.

Die Aufklärung des Sachverhalts setzt voraus, dass der Betroffene das, was im Haftantrag vorgetragen wird, im Detail kennt. Haftanträge können falsche oder lückenhafte Angaben der Behörde enthalten. Wird ein Haftantrag dem Betroffenen nicht oder nicht vollständig übersetzt, so kann der Sachverhalt nicht aufgeklärt werden. Es handelt sich dann um einen Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 GG.

Die Aushändigung des Haftantrags dient dem gleichen Zweck. Insbesondere bei umfangreichen Sachverhalten genügt eine bloße mündliche Übersetzung eines umfangreichen Haftantrags vor der Anhörung nicht, um die Sache ordentlich aufzuklären. Der Betroffene muss die Möglichkeit besitzen, sich zu den Angaben im schriftlichen Haftantrag Notizen zu machen, um nicht ggf. Einwendungen zu vergessen. Dies würde nicht nur den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen, sondern auch die gebotene Sachaufklärung des Gerichts.

Die Aushändigung des Haftantrags ist deswegen **bedeutsame Verfahrensgarantie**.

(2) Wird der Haftantrag nicht ausgehändigt, liegt auch ein **schwerwiegender Verfahrensfehler** vor. Allenfalls bei sehr einfach gelagerten Sachverhalten soll nach der Rechtsprechung die Aushändigung des Haftantrags verzichtbar sein (BGH, Beschl. v. 28.04.2011, V ZB 118/10, NVwZ-RR 2011, 664). Ob dies so verfassungsrechtlich haltbar ist, kann offenbleiben, denn hier lag kein einfach gelagerter Sachverhalt vor, was schon der sechsseitige Haftantrag zeigt. Grundlage für die Haft sollten die Regelungen der Dublin II-VO bzw. Dublin III-VO sein. Dazu ist umfangreich zu den

Voraussetzungen der Überstellung vorzutragen. Der Haftantrag hätte deswegen ausgehändigt werden müssen.

Es ist auch zweifelhaft, ob etwa die mündliche Übersetzung des Haftantrags der fehlenden Aushändigung die Erheblichkeit des Mangels nehmen kann. Das mag im Einzelfall denkbar sein, hier ist aber schon sehr zweifelhaft, ob überhaupt eine vollständige mündliche Übersetzung des Haftantrags in der Anhörung vor dem AG Langen erfolgte. Zu Recht rügt die Verfassungsbeschwerde, dass eine Anhörung mit einer Dauer von 30 Minuten kaum die vollständige Übersetzung des sechsseitigen Haftantrags sowie die Anhörung des Betroffenen beinhalten könne.

Es liegt deswegen ein **schwerwiegender Verfahrensfehler** vor.

(3) Die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG beruht auch kausal auf der fehlenden Aushändigung des Haftantrags. Eine hypothetische Betrachtungsweise ist bei einer Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG unzulässig (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, bverfg.de).

Die vom BGH zuletzt beschriebene Voraussetzung der Kausalität bei Gehörsverstößen im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG ist hier unbeachtlich. Die fehlende Aushändigung eines Haftantrags soll nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH kein erheblicher oder schwerwiegender Mangel sein, wenn der Antrag übersetzt worden ist. Ob dies verfassungsrechtlich haltbar ist, ist zweifelhaft, muss aber hier nicht entschieden werden, denn hier wurde der Haftantrag offenkundig nicht vollständig mündlich übersetzt.

(4) Eine **rückwirkende Heilung** ist nicht eingetreten. Die erhebliche Verletzung bedeutsamer Verfahrensgarantien ist nicht rückwirkend heilbar (BVerfG, Beschl. v. 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, bverfg.de). Durch Aushändigung des Haftantrags und Wiederholung der Anhörung ist der Verfahrensmangel allenfalls für die Zukunft ab der Anhörung im Beschwerdeverfahren geheilt worden. Der Beschwerdeführer hatte deswegen also Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Haftbeschlusses des AG Langen sowie auf Feststellung der Freiheitsentziehung bis zur Heilung des

Fehlers am 01.10.2014. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass ein Anspruch auf nachträgliche Feststellung rechtswidriger Freiheitsentziehungen besteht (BVerfG, Besch. v. 05.12.2001, 2 BvR 527/99 u.a., bverfg.de). Das hat auch für die Feststellung von Teilen der Freiheitsentziehungen zu gelten.

b. Art. 103 Abs. 1 GG

Ob auch eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt, kann hinsichtlich des zuvor gefundenen Ergebnisses offenbleiben. Es spricht aber einiges dafür, dass die Verfassungsbeschwerde auch insofern bis zur Heilung am 01.10.2014 begründet ist, da schon im Verfahren nicht aufgeklärt werden konnte, welche Teile des Haftantrags übersetzt wurden und welche nicht. Mängel der Anhörung gehen aber nicht zu Lasten eines Betroffenen.

C. Verfassungsbeschwerde 2 BvR 858/16

I. Aushändigung und Übersetzung Haftantrag

1. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer wurde bei unerlaubtem Aufenthalt aufgegriffen. Er wurde am 16.01.2015 in Haft genommen, ohne dass ihm beim Amtsgericht vorher der Haftantrag ausgehändigt wurde. Dieser wurde ihm nur übersetzt. Dem kurzen Haftantrag waren einige Anlagen angefügt. Den vom BVerfG übersandten Unterlagen lässt sich nicht entnehmen, ob diese Anlagen auch übersetzt wurden. Beschwerde und Rechtsbeschwerde blieben erfolglos.

2. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Es kann auf die Ausführungen zum Verfahren 2 BvR 993/15 verwiesen werden. Allerdings wurde der Haftantrag, anders als im Verfahren 2 BvR 993/15, vollständig übersetzt.

Eine Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG wäre hier zu verneinen, wenn die bloße Übersetzung des Haftantrags genügt hätte. Das ist nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins nicht der Fall. Die Aushändigung des schriftlichen Haftantrags ist grundsätzlich erforderlich, damit sich der Betroffene mit dem, was ihm vorgehalten wird,

ggf. unter Beteiligung eines Bevollmächtigten, auseinandersetzen kann. Der Sachverhalt war bereits nicht einfach gelagert. Der Haftantrag war zwar nur kurz begründet. Ihm waren aber Anlagen angefügt, bei denen unklar ist, ob diese übersetzt wurden. Insbesondere war eine umfangreiche Verfügung angefügt, die Aussagen zum Verhalten des Betroffenen enthielt. Diese wurde aber offenkundig auch in der Anhörung vor dem Amtsgericht nicht vollständig vorgehalten. Damit liegt ein Mangel der Sachaufklärung vor, der erst ex-nunc mit der Übersendung an den späteren Bevollmächtigten geheilt wurde.

II. Unterlassene Anhörung im Beschwerdeverfahren

1. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer erklärte in der Anhörung vor dem Amtsgericht, er wolle Asylantrag stellen. Im Beschwerdeverfahren wurde eine erneute Anhörung nicht durchgeführt. Die Beschwerde blieb erfolglos (Beschluss vom 16.02.2015). Erst am 18.02.2015 wurde der Asylantrag vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge abgelehnt. Eine Rechtsbeschwerde beim BGH blieb ebenfalls erfolglos.

2. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

a. Art. 104 Abs. 1 GG

(I) Die Aushändigung und Übersetzung des Haftantrags gehört zu den verfahrensrechtlichen Regelungen, die dem Betroffenen die Möglichkeit geben sollen, zu den Haftgründen Stellung zu nehmen. Die Aushändigung und Übersetzung des Haftantrags ist verfahrensrechtlicher Teil der **persönlichen Anhörung** des Betroffenen. Das BVerfG hat entschieden, dass die mündliche Anhörung des Betroffenen vor der Entscheidung über die Freiheitsentziehung zu den bedeutsamen Verfahrensgarantien gehört, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. Sie bildet hiernach das Kernstück der Amtsermittlung im Freiheitsentziehungsverfahren. Dementsprechend verbietet es sich, bei der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung einer Freiheitsentziehung zu untersuchen, ob diese auf dem Unterbleiben der mündlichen Anhörung beruht (BVerfG, Beschl. v. 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, Rn. 13, bverfg.de).

Dies gilt § 68 Abs. 2 S. 3 FamFG auch in **Beschwerdeverfahren**. Von der Anhörung darf abgesehen werden, wenn keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind. Liegt im erstinstanzlichen Verfahren ein Mangel der persönlichen Anhörung vor, weil, wie hier, der Haftantrag nicht ausgehändigt wurde, so können stets neue Erkenntnisse zu erwarten sein. Das gilt auch, wenn der Haftantrag nur kurz ist und wesentlicher Vortrag der Behörde, der für eine Fluchtgefahr spricht, auch in der mündlichen Anhörung vor dem Amtsgericht nicht vorgehalten wurde.

Entscheidend ist, daß der Betroffene in der Anhörung beim Amtsgericht erklärt hatte, er wolle Asylantrag stellen. Hier musste das Landgericht im Rahmen der **persönlichen Anhörung** im Beschwerdeverfahren aufklären, ob der Asylantrag inzwischen gestellt wurde und ob sich deswegen an den Haftvoraussetzungen etwas geändert hatte. Auch deshalb waren neue Erkenntnisse zu erwarten, z.B. zur Prognose über den zeitlichen und inhaltlichen Ausgang des Asylverfahrens sowie zur Prognose der Abschiebbarkeit. Aus diesem Grund kommt es auf die Frage, ob ggf. unerhebliche Verfahrensfehler beim Haftrichter vorlagen, die eine erneute Anhörung beim Landgericht entbehrlich machten, nicht an. Die Anhörung war durchzuführen.

(II) Zu klären ist auch hier, ob eine bedeutsame Verfahrensgarantie in schwerwiegender Weise verletzt wurde, ob eine Kausalität erforderlich ist und ggf. vorlag sowie eine Heilung eintrat.

(1) Die persönliche Anhörung ist **bedeutsame Verfahrensgarantie**.

(2) Es liegt auch ein **schwerwiegender** Verfahrensfehler vor. Das vollständige Unterbleiben der persönlichen Anhörung des Betroffenen im Beschwerdeverfahren ist stets ein grundlegender Verfahrensfehler im Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 GG.

(3) Die Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG beruht auch kausal auf der fehlenden Anhörung im Beschwerdeverfahren. Eine hypothetische Betrachtungsweise, bei der geprüft wird, ob die Freiheitsentziehung auf dem Unterbleiben der Anhörung beruht, ist

bei einer Verletzung des Art. 104 Abs. 1 GG unzulässig (BVerfG, Beschl.v. 12.03.2008 – 2 BvR 2042/05, juris Rn. 13; Beschl. v. 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, bverfg.de). Auch hier ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung des EuGH zur RückführungsRL nichts Abweichendes. Denn die Verfahrensgarantien im Schutzbereich des Art. 104 GG haben mit einem Anspruch auf rechtliches Gehör nichts zu tun, sondern sind Ausprägung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (vgl. dazu etwa BVerfG EuGRZ 2006, 100 [juris rn. 32]). Es stellt sich daher auch nicht die Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts in Gestalt der Rückführungs-RL, sondern um die Reichweite bzw. den Umfang unterschiedlicher Vorschriften (Art. 104 GG auf der einen Seite und Unionsrecht auf der anderen Seite)

(4) Eine **rückwirkende Heilung** der im Beschwerdeverfahren unterbliebenen Anhörung ist nicht eingetreten.

b. Art. 103 Abs. 1 GG

Ob auch eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt, kann hinsichtlich des zuvor gefundenen Ergebnisses offenbleiben.

III. Haftgrund Fluchtgefahr

1. Verfahrensgang

Im Verfahren des Beschwerdeführer hatte das Amtsgericht sich materiell-rechtlich auf den Haftgrund des § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 sowie Nr. 5 AufenthG gestützt. Im Beschwerdeverfahren hatte das Landgericht die Haft materiell-rechtlich nur noch auf § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG gestützt, nachdem der Beschwerdeführer Asylantrag gestellt hatte. Es blieb aber beim Haftgrund der Fluchtgefahr (nach damaliger Rechtslage noch „Entziehungsverdacht“ genannt) aus § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG. Die Beschwerde blieb erfolglos. Die Rechtsbeschwerde wurde vom BGH mit Beschluss vom 18.02.2016 zurückgewiesen.

2. Vorbemerkung

Die Verfassungsbeschwerde rügt eine Verletzung des materiellen Haftrechts. Zum Zeitpunkt des Haftbeschlusses des Amtsgerichts und der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts war die Rückführungs-RL (RL 2008/115/EG) in Kraft. Sie war bis zum 24.12.2010 vom nationalen Gesetzgeber umzusetzen. Eine – möglicherweise unvollständige – Umsetzung erfolgte erst viereinhalb Jahre später mit dem „Gesetz zur Neubestimmung der Aufenthaltsbeendigung und des Bleiberechts vom 27. Juli 2015 (BGBl. 2015 I Nr. 32, S. 1386) in § 2 Abs. 14 und 15 AufenthG. Die Rückführungs-RL sieht in Art. 15 Abs. 1 als Haftgrund die „Fluchtgefahr“ vor sowie „die Umgehung oder Behinderung des Rückkehrverfahrens“. Der Begriff der „Fluchtgefahr“ wird in Art. 3 Nr. 7 Rückführungs-RL definiert und setzte eine nationale Bestimmung von „Kriterien“ für eine Fluchtgefahr voraus, die zum Zeitpunkt des Haftbeschlusses gegen den Beschwerdeführer noch nicht vorlagen.

3. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Art. 104 Abs. 1 und 2 GG setzt voraus, dass Haft innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Form angeordnet wird. Es muss, je nach Haftzweck, die gesetzliche vorgesehene Form gewählt werden. Ist der Zweck der Haft die Sicherstellung der Rückkehr in den Zielstaat, so muss der dafür vorgesehene gesetzliche Haftgrund vorliegen. Es ist den Behörden und Gerichten verwehrt, andere Haftgründe analog anzuwenden (BVerfG 16.05.2007, 2 BvR 2106/05).

Zugunsten des Beschwerdeführers war nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Rückführungs-RL, ohne dass diese zum Zeitpunkt der Freiheitsentziehung umgesetzt war, diese unmittelbar anzuwenden mit der Folge, dass § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG nur dann angewendet werden durfte, wenn die Vorschrift mit Art. 15 Rückführungs-RL in Einklang zu bringen war.

Die Auslegung des Art. 15 Rückführungs-RL gestaltet sich, anders als Art. 28 Abs. 2 Dublin III-VO (dazu BGH, Beschl. v. 26.06.2014 in der Fassung des Berichtigungs-Beschl. v. 23.07.2014, V ZB 31/14; EuGH, Urt. v. 15.03.2017, C-528/15, curia) als schwierig. Art. 28 Abs. 2 Dublin III-VO enthält ausschließlich den Haftgrund der

„Fluchtgefahr“, die in Art. 2 lit. n) Dublin definiert wird als „das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass geben, dass sich ein Antragsteller, ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem Verfahren möglicherweise durch Flucht entziehen könnte.“ Die Dublin III-VO verlangte also vom nationalen Gesetzgeber die Regelung von Kriterien der Fluchtgefahr.

Die Rückführungs-RL enthält neben dem Begriff der „**Fluchtgefahr**“ in Art. 15 Abs. 1 lit. a), die in Art. 3 Nr. 7 Rückführungs-RL wesensgleich mit Art. 2 lit. n) Dublin III-VO definiert ist, in Art. 15 Abs. 1 lit. b) auch den Begriff „**der Umgehung oder Behinderung des Rückkehrverfahrens**“. Dieser Begriff ist in der Rückführungs-RL, anders als die Fluchtgefahr, nicht näher definiert.

Das Verhältnis dieser beiden Tatbestände in Art. 15 Abs. 1 lit. a) und b) zueinander ist ungeklärt. Da zum Zeitpunkt des angegriffenen Haftbeschlusses die Rückführungs-RL im nationalen Gesetz noch nicht umgesetzt war, war eine Haft nur zulässig, wenn das nationale Recht mit der Rückführungs-RL in Einklang stand.

Für die vorliegende Verfassungsbeschwerde ergibt sich daraus die Frage, ob § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG mit Art. 15 Abs. 1 lit. b) Rückführungs-RL (Verfahrensbehinderung) in Einklang zu bringen ist, denn eine Umsetzung der Definition der „Fluchtgefahr“ aus Art. 15 Abs. 1 lit. a) Rückführungs-RL war bis dahin nicht erfolgt.

Ohne weiteres wäre § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AufenthG mit der Richtlinie vereinbar, wenn beide Haftgründe alternativ anwendbar wären und die Haftgründe in Art. 15 Abs. 1 Rückführungs-RL ohnehin nicht abschließend aufgezählt sind. Zwar ist dies der Richtlinie nach dem Wortlaut zu entnehmen, nicht aber ohne Weiteres anderen Auslegungskriterien. Es erscheint merkwürdig und überflüssig, dass der europäische Gesetzgeber den Begriff der Fluchtgefahr präzise definiert, andererseits aber scheinbar jedes weitere behindernde Verhalten ohne nähere Beschreibung ausreichen lässt. Es ist deswegen auch denkbar, dass die Verfahrensbehinderung aus Art. 15 Abs. 1 lit. b) Rückführungs-RL nur ein Unterfall der Fluchtgefahr aus Art. 15 Abs. 1 lit. a)

Rückführungs-RL ist und deswegen die Notwendigkeit der Regelung gesetzlicher Kriterien auch für die Verfahrensbehinderung aus Art. 15 Abs. 1 lit. b) Rückführungs-RL gilt (so auch Carsten Hörich, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben, 2015, S. 157 ff. 159 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 05.06.2014, C-146 („Mahdi“), curia). Der EuGH hat in der Entscheidung „Mahdi“ unter Hinweis auf Erwägungsgrund 6 der Richtlinie „objektive Kriterien“ für die Feststellung einer Fluchtgefahr verlangt und die Begriffe der Fluchtgefahr und des Behindertens auf den ersten Blick nicht getrennt (EuGH, Urt. v. 05.06.2014, C-146 („Mahdi“), curia, Rn. 70 ff.). Die Frage der Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Rückführungs-RL ist dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen. Je nach Beantwortung der Frage wäre die Verfassungsbeschwerde insoweit begründet oder unbegründet.