

Abschiebungshaft in der anwaltlichen Praxis

RA Claudius Brenneisen

RAin Insa Graefe

RA Heiko Habbe

RA Markus Prottung

RAin Ilka Quirling

Inhaltsverzeichnis

A Einleitung	1
B Grundsatzentscheidung zu Verfahrensfehlern im Abschiebungshaftverfahren.....	2
C Die prozessualen Fehler im Einzelnen	4
I. Unzureichende Sachverhaltsaufklärung.....	4
1. Anhörung des Betroffenen	4
2. Fehlen (geeigneter) Dolmetscher/Dolmetscherinnen.....	7
a) Dolmetscher/Dolmetscherinnen für Gespräche zwischen Bevollmächtigten und Betroffenen.....	7
b) Hinzuziehung von Dolmetschern/Dolmetscherinnen zur Anhörung durch das Gericht	9
3. Keine Übersetzung des Haftantrags	12
4. Fehlende Ladung der Bevollmächtigten zum Anhörungstermin.....	16
a) Bereits bestehende Bevollmächtigung.....	16
b) § 14 Abs. 3 HmbVwVfG	18
c) Unzureichende Sachverhaltsaufklärung.....	18
5. Der Haftverlängerungsantrag der Ausländerbehörde wird erst kurz vor dem Anhörungstermin ausgehändigt	21
6. Keine Beziehung/inhaltliche Würdigung der Ausländerakte	24
7. Nicht instruierte Behördenvertreter	27
8. Fehlerhafte bzw. unvollständige Protokollierung von Aussagen, Anträgen etc.	29
9. Fehlende Aufklärung des Sachstandes eines auf Feststellung von Abschiebungshindernissen gerichteten Verfahrens	32
II. Verfahrensfehler mit materiellrechtlicher Bedeutung	33
1. Abschiebungshaft bei Untersuchungshaft.....	33
2. Prüfungsumfang des Haftgerichts im Hinblick auf die Durchführbarkeit der Abschiebung.....	35
a) Effektiver Rechtsschutz.....	35
b) Weitergehende Grundrechtsgeltung?	37
c) Mittelbar: Haftgründe.....	38

A Einleitung

Wir haben uns zu ein paar häufig wiederkehrenden prozessualen Fehlern im Rahmen des Abschiebungshaftverfahrens in Hamburg Gedanken gemacht und Materialien gesammelt. Ziel ist es, die Fehler ohne großen Zeitaufwand systematisch angreifen zu können. Die jeweils zu Grunde liegende Problematik wird in den einzelnen Abschnitten kurz benannt, dem folgen Zitate der Gerichte, die als Argumentationshilfe verwendet werden können. Teilweise werden am Ende eines Abschnitts weiterführende Überlegungen angestellt. Außerdem findet Ihr „Praxis-Tipps“, die Möglichkeiten aufzeigen sollen, das Gesagte im Verfahren anzuwenden.

Manche Rechtsprechungszitate werden im Laufe des Skripts wiederholt, da sie als Argumente gegen verschiedene prozessuale Fehler dienen können. Viele Zitate aus Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind auf dessen Homepage zu finden (*bundesverfassungsgericht.de*). Die meisten der positiven Entscheidung im Abschiebungshaftrecht sind auf *anwaltsdatenbank.net* hinterlegt, für die wir auf diesem Weg erneut Werbung machen wollen. Eine wichtige Quelle ist schließlich der Internetkommentar auf der Seite *abschiebungshaft.de*.

Im Laufe der Zeit soll die Sammlung auch um materiell-rechtliche Probleme sowie um Muster für Schadensersatzklagen für zu Unrecht erlittene Abschiebungshaft erweitert und ständig aktualisiert werden. Weitere Aspekte, die aufgenommen werden sollen, betreffen Prozeßkostenhilfe im Abschiebungshaftverfahren, die notwendigen Vollmachten, die Besonderheiten der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (Sofortige Beschwerde, sofortige weitere Beschwerde, Aufhebungsantrag, Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der bisherigen Haft, Verfassungsbeschwerde) sowie die Folgerungen aus EU-Rückführungsrichtlinie

Für jede Ergänzung und Anregung sind wir dankbar. Wir bedanken uns vor allem bei dem Kollegen Peter Fahlbusch für die vielen diesem Skript zu Grunde liegenden wichtigen Entscheidungen, die er erstritten hat.

Da das Freiheitsentziehungsverfahren zum 01.09.2009 in den §§ 415 ff des neuen FamFG neu geregelt werden und voraussichtlich die Beschwerdeinstanz zum OLG wegfallen wird (§ 10 FamFG: Zuständigkeit des BGH, in der Regel nur durch BGH-Anwälte durchführbar!) ist es wichtig, die Zeit zu nutzen und noch möglichst viele Fehler gerichtlich anzugreifen. Vor dem 01.09.2009 begonnene Verfahren werden noch nach altem Recht behandelt (§ 111 FGG-Reformgesetz).

B Grundsatzentscheidung zu Verfahrensfehlern im Abschiebungshaftverfahren

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der Abschiebungshaft beziehen sich regelmäßig auf folgende grundlegende Erwägungen, die als „Generalklausel“ Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Haftentscheidungen setzen:

„Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt die Freiheit als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 10, 302, <322>). Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen (vgl. BVerfGE 94, 166 <198>; 96, 10 <21>)), also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs (vgl. BVerfGE 22, 21 <26>). Nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG darf die in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Form beschränkt werden. Die formelle Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>; 29, 183 <195>; 58, 208 <220>).

Für den schwersten Eingriff in das Recht der Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>). Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (BVerfGE 105, 239 <248>; vgl. zu Art. 13 Abs. 2 GG BVerfGE 103, 142 <151 ff.>).

Das gerichtliche Verfahren muss darauf angelegt sein, den Betroffenen vor dem Freiheitsentzug all diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen zu gewähren, die mit

einem justizförmigen Verfahren verbunden sind. Die Eilbedürftigkeit einer solchen Entscheidung kann eine Vereinfachung und Verkürzung des gerichtlichen Verfahrens rechtfertigen, darf aber die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung nicht gefährden (BVerfGE 7, 87 <99>; vgl. auch BVerfGE 83, 24 <32>).

Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines 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, S. 1774 <1775>). Angesichts des hohen Ranges des Freiheitsgrundrechts gilt dies in gleichem Maße, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme in Rede steht (BVerfGE 7, 87 <100>).“

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.07, 2 BvR 1033/06, S. 10 -11, vgl. auch: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 01.04.2008, 2 BvR 1925/04, S. 7 ff; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, S. 7 ff; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, S. 5 ff

C Die prozessualen Fehler im Einzelnen

Aus der Missachtung der Formvorschriften von Verfassungsrang folgt die Rechtswidrigkeit des Beschlusses, mit dem die Haft angeordnet wird. Die Verletzung von Verfahrensvorschriften ist daher stets beachtlich, auch wenn bei ihrer Berücksichtigung ein rechtmäßiger Haftbeschluss hätte ergehen können! (BVerfG, Beschluss vom 01.04.2008, 2 BvR 1925/04). Diese Rechtswidrigkeit ist auch nicht mit Hilfe hypothetischer Erwägungen heilbar. Denn die Nichtbeachtung bedeutsamer Verfahrensgarantien drückt der gleichwohl angeordneten Haft den Makel einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung auf, der durch Nachholung der unterlassenen Maßnahme nicht mehr zu heilen ist. Dementsprechend verbietet sich eine Beruhensprüfung anhand der Frage, ob ein korrektes Vorgehen materiell zu einem übereinstimmenden Ergebnis geführt hätte (vgl. BVerfG, B.v. 12.03.2008, 2 BvR 2042/05 für die unterlassene Anhörung, m.w.N.). Dies gilt für die rückblickende Bewertung eines Beschlusses, mit dem Haft angeordnet wurde. Nicht abschließend geklärt ist, ob die Feststellung der Rechtswidrigkeit für die Vergangenheit einer weiteren Haft zwingend entgegensteht.

I. Unzureichende Sachverhaltsaufklärung

Zentraler Angriffspunkt bei verfahrenfehlerhaft verhängter Abschiebungshaft ist die Verletzung der Aufklärungspflicht des Gerichts, die sich aus § 3 Satz 2 FreihEntzG i.V.m. § 12 FGG ergibt. Wegen der jeweiligen Besonderheiten wird dieser Gesichtspunkt in den nachfolgenden Kapiteln in seinen verschiedenen Ausformungen behandelt.

1. Anhörung des Betroffenen

Vor der erstmaligen Anordnung der Sicherungshaft oder deren Verlängerung sind Betroffene zwingend durch das Amtsgericht anzuhören. Ebenfalls zwingend anzuhören sind gesetzliche Vertreter, sorgeberechtigte Eltern Minderjähriger sowie Ehe- bzw. Lebenspartner (§ 5 Abs. 3 FreihEntzG). Unterbleibt die Anhörung, so ist die Haftanordnung rechtswidrig und die Haft aufzuheben (§ 10 Abs. 2 FreihEntzG). Insbesondere darf das Landgericht im Beschwerdeverfahren nicht unterstellen, das Amtsgericht hätte die Haft bei durchgeführter Anhörung ebenfalls und dann verfahrenfehlerfrei angeordnet. Eine Entscheidung, mit der der zuständige Richter verfahrenfehlerfrei die Verantwortung für das Vorliegen der Haftvoraussetzungen übernimmt, hat in diesen Fällen tatsächlich nicht vorgelegen (vgl. BVerfG, B. v. 12.3.2008, Az. 2 BvR 2042/05).

Auch bei einer einstweiligen Haftanordnung nach § 11 Abs. 2 S. 1 FreiEntzG ist grundsätzlich eine vorherige Anhörung durchzuführen. Sie kann nur bei Gefahr im Verzuge unterbleiben, ist dann aber gem. § 11 Abs. 2 S. 2 FreiEntzG unverzüglich nachzuholen (BVerfG, B. v. 7.9.2006, 2 BvR 129/04, Rz. 20, bei www.bundesverfassungsgericht.de).

Im Beschwerdeverfahren kann eine erneute Anhörung dagegen nach h. M. unterbleiben, sofern von vornherein feststeht, dass sie keine neuen Erkenntnisse bringen wird. Das kann indessen regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn ausschließlich um Rechtsfragen gestritten wird. Sobald die Beschwerde sich auch auf die Beurteilung von Verhaltensweisen oder Absichten des Betroffenen und ihre Beurteilung durch das Amtsgericht bezieht (Ausreisebereitschaft, Verzögern der eigenen Abschiebung, behauptete Gefahr des Untertauchens, ...) wird der Betroffene zwingend dazu anzuhören und z. B. dazu zu befragen sein, ob und aus welchen Gründen er in früheren Anhörungen geäußerte Ansichten geändert hat. Dazu sollte daher möglichst substantiiert vorgetragen werden. Die Rechtsfolgen einer fehlerhaft unterbliebenen Anhörung durch das Landgericht dürften entsprechend zu beurteilen sein wie die durch das Amtsgericht.

Die sofortige weitere Beschwerde vor dem OLG (ab September 2009 voraussichtlich vor dem BGH) ist eine reine Rechtsbeschwerde (§ 27 FGG). Hier findet eine Anhörung regelmäßig nicht statt.

Die unterbliebene Anhörung lässt sich wie folgt rügen:

„Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet die Freiheit der Person als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 29, 312 <316>; 105, 239 <247>). Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen (vgl. BVerfGE 94, 166 <198>; 96, 10 <21>), also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs (vgl. BVerfGE 22, 21 <26>). Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz ausdrücklich die Pflicht, die

sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>; 58, 208 <220>).

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>).“ (BVerfG, B. v. 12.3.2008, Az. 2 BvR 2042/05, Rz. 12 f.)

2. Fehlen (geeigneter) Dolmetscher/Dolmetscherinnen

Es können zwei Problemfelder unterschieden werden. Zum einen das Recht auf Zuziehung von Sprachmittlern/Sprachmittlerinnen für das Gespräch der Betroffenen mit den Bevollmächtigten, zum anderen die Pflicht des Gerichts einen Dolmetscher/eine Dolmetscherin beizuziehen.

a) Dolmetscher/Dolmetscherinnen für Gespräche zwischen Bevollmächtigten und Betroffenen

Die Betroffenen haben Anspruch auf Hinzuziehung von Dolmetschern/Dolmetscherinnen für ein Vorbereitungsgespräch mit ihren Bevollmächtigten auf Kosten der Staatskasse. Für eine sachgerechte Vertretung ist es nicht ausreichend, wenn es nur die Möglichkeit zu kurzen Gesprächen während der Anhörung bzw. bei deren Unterbrechung gibt. (OLG Celle, Bs. 05.04.2005, 22 W 12/05; www.abschiebungshaft.de). Verfügt das Amtsgericht die Ablehnung der Beiordnung eines Dolmetsches ist die einfache Beschwerde zum Landgericht gegeben (§ 19 Abs.1 FGG).

„Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, dass der Beschluss des Amtsgerichts Hannover verfahrensfehlerhaft zu Stande gekommen ist, und es hat den Verfahrensfehler selbst auch nicht geheilt. Der Betroffene hatte nicht die Möglichkeit, seine Rechte hinreichend wahrzunehmen. Ihm stand ein Recht auf Übernahme der Kosten für ein Gespräch mit seinem Verfahrensbevollmächtigten unter Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Vorbereitung des Verfahrens zu.

Befindet sich ein Ausländer in Abschiebungshaft, hat die Staatskasse die Kosten für die Beiziehung eines Dolmetschers zu tragen, soweit dies für eine Verständigung des Betroffenen mit seinem Verfahrensbevollmächtigten und für eine sachgemäße Vertretung des Betroffenen erforderlich ist.

Ausländer in der Bundesrepublik haben die gleichen prozessualen Grundrechte sowie den gleichen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren und auf umfassenden und objektiven gerichtlichen Schutz wie Deutsche (BVerfG NJW 1975, 1597). Nach Art. 6 Abs. 3e MRK hat jede angeklagte Person das Recht, die unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache nicht spricht. Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung ist auch auf Freiheitsentziehungen außerhalb des Strafverfahrens zu übertragen (BVerfG NJW 2004, 50). In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Anspruch auf Beiziehung eines

Dolmetschers nicht nur für die Hauptverhandlung (§ 185 GVG), sondern für das gesamte Verfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche - soweit erforderlich - gilt (BGHSt 46, 178).

Das Amtsgericht hat den im Vorfeld der mündlichen Anhörung gestellten Antrag des Betroffenen auf Hinzuziehung eines Dolmetschers für Vorbereitungsgespräche nach alldem zu Unrecht abgelehnt. Ein derartiges Gespräch wäre - trotz des kurzen Zeitraums zwischen Antragstellung und Anhörung - noch möglich gewesen. Dass sich der Betroffene während der Anhörung bzw. in deren kurzen Unterbrechungen mit seinem Verfahrensbevollmächtigten mit Hilfe des Dolmetschers besprechen konnte, ist für eine sachgerechte Vertretung nicht als ausreichend anzusehen. Hinreichende Zeit zur Vorbereitung von etwaigen Anträgen oder Beweisanregungen bestand nicht mehr. Dies gilt insbesondere, weil das Gericht angesichts der am nächsten Tage ablaufenden Frist bereits am Tage der Anhörung entscheiden musste und auch entschieden hat“ (OLG Celle, Bs. v. 05.04.2005, 22 W 12/05).

Praxistipp:

Für eine sachgerechte Vertretung ist Vertrauen zwischen den Betroffenen und den Anwältinnen und Anwälten sehr wichtig. Dies kann u.U. durch die Anwesenheit einer dritten Person gestört werden. Aufgrund der gemeinsamen Sprache und oft kulturellen Nähe kann dies dazu führen, dass Betroffene keine persönlichen Dinge berichten möchten. Daneben gibt es Dolmetscher/Dolmetscherinnen, die sich nicht auf die bloße Sprachmittlung beschränken, sondern unerwünscht auf Verfahren bzw. Aussagen Einfluss nehmen.

Als vertrauensbildende Maßnahme und Erinnerung kann es hilfreich sein die Betroffenen zu Beginn des Gespräches mit dem Dolmetscher/der Dolmetscherin darauf hinzuweisen, dass sich die anwaltliche Verpflichtung alle Informationen vertraulich zu behandeln ebenso wie die Strafbarkeit ihrer Verletzung (vgl. § 203 Abs.1 Nr.3, Abs.3 StGB) selbstverständlich auch auf den Dolmetscher/die Dolmetscherin erstreckt.

Praxistipp:

Wird die Kostenübernahme für Dolmetscher/Dolmetscherinnen durch das Amtsgericht angestrebt, kann es sich empfehlen, eine formlose Absprache zu treffen; einen Beschluss gibt es meist nicht. Es wird höchstens ein Aktenvermerk gefertigt und telefonisch mitgeteilt, dass die Kosten getragen werden. Der Dolmetscher/die Dolmetscherin reicht dann nach getaner Arbeit eine Rechnung bei

der Geschäftsstelle des Amtsgerichts ein. Dolmetscher/Dolmetscherinnen können im Laufe des Verfahrens auch mehrfach bei Kostenerstattung hinzugezogen werden, wenn es dafür sachliche Gründe gibt, z. B. Besprechung einer ergangenen Entscheidung. Bei förmlicher Beantragung einer vorhergehenden Kostenübernahme ist es vorgekommen, dass sowohl Gericht als auch Ausländerbehörde ihre Zuständigkeit bestreiten.

Zu Besprechungen in der JVA Fuhlsbüttel können grundsätzlich auch nicht vereidigte Übersetzer/Übersetzerinnen mitgenommen werden, ggf. als Besucher. Im UG Holstenglacis werden dagegen nur vereidigte Übersetzer und Übersetzerinnen aus der Liste des Gerichts zugelassen. Nur diese haben die Möglichkeit, mit dem Gericht abzurechnen.

b) Hinzuziehung von Dolmetschern/Dolmetscherinnen zur Anhörung durch das Gericht

Die Hinzuziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin ist zwingend. Schon vor einem Gerichtstermin ist die Ausländerbehörde gehalten, sich um einen solchen zu bemühen. Dolmetscher/Dolmetscherinnen sind wichtig, um die grundlegenden Informationen zu sammeln und um das Vorbringen des Betroffenen zu würdigen.

Nach Art. 6 Abs. 3 e MRK hat jede angeklagte Person das Recht, die unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher/eine Dolmetscherin zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache nicht spricht. Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung ist auch auf Freiheitsentziehungen außerhalb des Strafverfahrens zu übertragen (vgl. OLG Celle, B.v. 5.04.2005, 22 W 12/05 mit Verweis auf BVerfG).

Wichtige Punkte, welche mittels Dolmetscher/Dolmetscherin geklärt werden sind: Aufenthaltsstatus, Einreise, Personaldokumente, Visa und die persönlichen Absichten (KG Berlin Bs. 12.09.1996, 25 W 5611/96; NVwZ 1997, 516).

„Die Verfahrensweise des Amtsgerichts ist darüber hinaus deshalb als verfassungswidrig zu beanstanden, weil die mündliche Anhörung des Beschwerdeführers im Hinblick auf das behördliche Vorgehen auch zur Wahrung des Richtervorbehalts gemäß Art.104 Abs.2 Satz 2 GG unverzichtbar war (...)

Es hätte den Beschwerdeführer nach seiner Festnahme unverzüglich mündlich anhören können, um auf der Grundlage umfassender Informationen und bei Berücksichtigung des Vorbringens des Beschwerdeführers und des von ihm

gewonnenen Eindrucks eine endgültige Entscheidung zu treffen, die den Anforderungen an eine angemessene Aufklärung des Sachverhalts mit Blick auf Art.2 Abs.2 Satz 2 GG gerecht wird (BVerfGE 70, 297 <308>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.März 1998 - 2BvR 2270/96 -, NJW 1998, S.1774f.). Daraus, dass dieser von der Rechtsordnung vorgesehene Weg nicht beschritten wurde, ergaben sich im Hinblick auf die Verpflichtung aller staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt des Art.104 Abs.2 GG als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. BVerfGE 103, 2 <151ff.>; 105, 239 <248>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13.Dezember 2005, a.a.O.), erhöhte Anforderungen an das Vorgehen sowohl des Amtsgerichts als auch der Behörden.

Die Ausländerbehörde war danach verpflichtet und im eigenen Interesse in der Obliegenheit, angesichts der offensichtlichen Notwendigkeit, einen Dolmetscher beizuziehen, durch geeignete Maßnahmen dazu beizutragen, dass das Amtsgericht wenigstens die nachträgliche Entscheidung über den Haftantrag in dem rechtsstaatlich gebotenen Verfahren hätte treffen können. Die Ausländerbehörde wäre zudem mit Blick auf die von ihr selbst geschaffene Notwendigkeit einer kurzfristigen Anberaumung des Anhörungstermins gehalten gewesen, dem Amtsgericht rechtzeitig mitzuteilen, dass der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten war, was hier gänzlich unterblieben ist (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 27. März 2006 - 3W 16/06 -, Juris).

Dem Amtsgericht war schon aus den mit dem Haftantrag übersandten Unterlagen erkennbar, dass die Ausländerbehörde eine Verhaftung des Beschwerdeführers in die Wege geleitet hatte, ohne die gebotene vorherige richterliche Anordnung zu beantragen. Besonders in Kenntnis dieses Umstandes durfte das Amtsgericht zur Wahrung der Effektivität des Richtervorbehalts bei der Verfahrensgestaltung nicht den vermeintlich unausweichlichen Zeitdruck berücksichtigen, der sich aus der behördlichen Planung der Abschiebung ergab, und hätte auf eine mündliche Anhörung des Beschwerdeführers unter Beiziehung eines Dolmetschers nicht verzichten dürfen. Die Gerichte sind in Fällen der vorliegenden Art wegen ihrer Stellung als Garanten für die verfahrensmäßigen Rechte der Betroffenen zumindest gehalten, die durch die fehlerhafte Vorgehensweise der Behörden erzeugte unnötige Eile durch die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens so weit wie möglich abzumildern. Die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens

besonders verlässliche Entscheidungsfindung (vgl. BVerfGE 83, 24 <32>) darf nicht dadurch gefährdet werden, dass das Gericht die durch die behördliche Verfahrensgestaltung erzeugte Eile zum Anlass nimmt, um die Beteiligungsrechte des Betroffenen gänzlich unbeachtet zu lassen und eine formal vorläufige, in der Sache aber endgültige Entscheidung allein auf der Grundlage der von der Ausländerbehörde vorgetragene Umstände zu treffen. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen nicht auf die Prüfung der Plausibilität der von der antragstellenden Behörde vorgetragene Gründe für die Sicherungshaft beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Hierfür ist die persönliche Anhörung des Betroffenen, namentlich bei eilbedürftigen Entscheidungen, ein geeignetes Mittel (vgl. BVerfGE 83, 24 <34>)“ (BVerfG, 2 BvR 129/04, 07.09.2006).

Praxistipp:

Wenn man während des Gerichtstermins merkt, dass die Verständigung nicht funktioniert (z.B., weil Dialekte zu unterschiedlich sind etc.), sollte entweder die Hinzuziehung eines anderen Dolmetschers/einer anderen Dolmetscherin beantragt und/oder der Umstand der schlechten Verständigung ins Protokoll aufgenommen werden (§ 160 Abs.4 S.1 ZPO). Sollte das Gericht dies mit Verweis auf § 160 Abs. 4 Satz 2 ZPO ablehnen, da es auf diesen Umstand „nicht ankommt“, dürfte dies immer unzulässig sein, da hier die funktionierende Verständigung ein prozessuales Grundrecht ist.

Das gleiche gilt für die Ablehnung des schon vor der Anhörung schriftlich gestellten Antrags auf Übernahme der Kosten für ein Gespräch mit Dolmetscher/Dolmetscherin auf Kosten der Staatskasse

3. Keine Übersetzung des Haftantrags

In Hamburg liegen Abschiebungshaftanträge nie in übersetzter schriftlicher Form vor. Dies verstößt jedoch gegen Artikel 5 Absatz 2 EMRK und kann demnach einen Verfahrensfehler begründen, da sowohl die umfassende Sachaufklärung als auch die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs verhindert wird. Eine mögliche Argumentationskette wäre folgende:

Die Anordnung der Haft stellt aus formellen Gründen einen Verstoß gegen die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Rechte aus der europäischen Menschenrechtskonvention dar. Für das Strafverfahren ist ausdrücklich in § 201 Absatz 1 Satz 1 StPO vorgesehen, Angeklagten die Anklageschrift mitzuteilen.

„Die Anklageschrift, § 200 StPO, hat eine doppelte Bedeutung: Sie bestimmt nicht nur den Prozeßgegenstand, sondern dient auch der Information des Angeschuldigten. Dieser soll bereits vor der Hauptverhandlung wissen, was ihm vorgeworfen wird, und in die Lage versetzt werden, seine Verteidigung darauf einzurichten und vorzubereiten (BVerfGE 64, 135, 147 f = NJW 1983, 2762; BGH/H MDR 1978, 111; BayObLG wistra 1991, 195; OLG Celle Nds. Rpfl. 1998, 33 = StV 1998, 531; Rieß, in: LR, 24. Aufl., § 200 StPO (Stand 1984) Rdnr. 3 f; allg. M.). Folgerichtig schreibt § 201 Abs. 1 StPO vor, daß die Anklageschrift dem Angeschuldigten schon im Eröffnungsverfahren mitzuteilen ist. Nur die Mitteilung der Anklageschrift schon vor der Hauptverhandlung wahrt das Recht jedes Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. b) MRK, über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu verfügen (vgl. Rieß, a. a. O., § 201 StPO Rdnr. 15).

Einem Ausländer, der die deutsche Sprache nicht hinreichend beherrscht, ist die Anklageschrift mit einer Übersetzung in eine ihm verständliche Sprache bekanntzugeben (BVerfG a. a. O.; Senat VRS 68 (1985), 119, 120; KG StV 1994, 90; HansOLG Hamburg StV 1994, 65 mit insoweit zust. Anm. Kühne; Rieß, a. a. O.; Seidl, in: KMR, § 201 StPO (Stand 1999) Rdnr. 4; Paeffgen, in: SK-StPO, § 201 (Stand 1996) Rdnr. 5; Pfeiffer, StPO, 2. Aufl. (1999), § 201 Rdnr. 1; vgl. Nr. 181 Abs. 2 RiStBV). Das ist "zwingend erforderlich" (KG a. a. O.) und folgt sowohl aus dem Recht jedes Angeklagten gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. a) MRK, unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden, als auch aus seinem Anspruch gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. b) MRK, seine Verteidigung ausreichend vorbereiten zu können" (OLG Düsseldorf, StV 2001, 498).

„Die Mitteilung der Anklageschrift kann auch nicht durch deren Verlesung in der Hauptverhandlung ersetzt werden“ (BGH MDR 1978,111).

Ebenso verhält es sich mit dem Haftantrag. Denn die Regeln aus Art. 6 Absatz 3 EMRK sind wortwörtlich in Artikel 5 Absatz 2 EMRK festgehalten: „(2) Jeder festgenommenen Person muss unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.“

Auf Grund der Ähnlichkeit des Verfahrens ist das Formerfordernis der Schriftlichkeit auf das Verfahren der Anordnung der Abschiebungshaft zu übertragen. Das Abschiebungshaftverfahren regelt den Freiheitsentzug bis zur Abschiebung. Die Haft wird durch eine staatliche Stelle beantragt und durch das Haftgericht angeordnet. Der behördliche Haftantrag hat danach die gleiche Funktion wie die Anklageschrift im Strafverfahren. Aufgrund des Anklagesatzes und des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen samt Akteninhalt hat das Strafgericht zu entscheiden, ob das Verfahren eröffnet wird. Zudem ist die Anklageschrift die Grundlage des Vorwurfs, welcher den Angeklagten in der eigenen Sprache schriftlich zur Kenntnis zu reichen ist. Ebenso verhält es sich bei dem Gericht, das Abschiebungshaft anzuordnen angerufen wird, sowie bei der Person, gegen die Abschiebungshaft angeordnet werden soll. Bevor Abschiebungshaft angeordnet werden kann, ist es unerlässlich, dass die Betroffenen mündlich angehört werden.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung müssen sich die Betroffenen gegen die behördliche Darlegung der Haftgründe verteidigen können. Ihre Anhörung dient dem Zweck, eine lückenlose Aufklärung des Sachverhalts herbeizuführen. Dies ist nicht möglich, wenn den Betroffenen die Antragsschrift nicht in Übersetzung in ihrer Sprache vorgelegt wird. Unter Berücksichtigung von Art 5 Absatz 2 EMRK ist die schriftliche Übersetzung in die Herkunftssprache der Betroffenen daher unerlässlich. Demnach ist eine mündliche Übersetzung in der Anhörung nicht ausreichend.

Als bundesverfassungsgerichtliche Textbausteine können folgende herangezogen werden:

„Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet die Freiheit der Person als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 29, 312 <316>; 105, 239 <247>). Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen (vgl. BVerfGE 94, 166 <198>; 96, 10 <21>), also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs (vgl. BVerfGE 22, 21 <26>). Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1

GG darf die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz ausdrücklich die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>; 58, 208 <220>).

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 -, InfAusIR 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 -, InfAusIR 2006, S. 462 <464>).

Das gerichtliche Verfahren muss darauf angelegt sein, den Betroffenen vor dem Freiheitsentzug all diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen zu gewähren, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind. Die Eilbedürftigkeit einer solchen Entscheidung kann eine Vereinfachung und Verkürzung des gerichtlichen Verfahrens rechtfertigen, darf aber die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung nicht gefährden (BVerfGE 7, 87 <99>; vgl. auch BVerfGE 83, 24 <32>).

Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines 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, S. 1774 <1775>). Angesichts des hohen Ranges des Freiheitsgrundrechts gilt dies in gleichem Maße, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme in Rede steht (BVerfGE 7, 87 <100>).“ (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.07, 2 BvR 1033/06, S. 10 -11, vgl. auch: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 01.04.2008, 2 BvR 1925/04, S. 7 ff; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, S. 7 ff; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18.12.2008, 2 BvR 1438/07, S. 5 ff)

Diese Auffassung vertritt auch das OLG Celle Demnach haben

„Ausländer in der Bundesrepublik (...) die gleichen prozessualen Grundrechte sowie den gleichen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren und auf umfassenden und objektiven gerichtlichen Schutz wie Deutsche (BVerfG NJW 1975, 1597). Nach Art. 6 Abs. 3e MRK hat jede angeklagte Person das Recht, die unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache nicht spricht. Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung ist auch auf Freiheitsentziehungen außerhalb des Strafverfahrens zu übertragen (BVerfG NJW 2004, 50)“ (OLG Celle, B.v. 5.04.2005, 22 W 12/05).

Nach dem Bundesverfassungsgericht verbietet es das Recht auf ein faires Verfahren,

„den der deutschen Sprache nicht oder nicht hinreichend mächtigen Angeklagten zu einem unverständenen Objekt des Verfahrens herabzuwürdigen; er muss in die Lage versetzt werden, die ihn betreffenden wesentlichen Verfahrensvorgänge verstehen und sich im Verfahren verständlich machen zu können (vgl. BVerfG, 1983-05- 17, 2 BvR 731/80, BVerfGE 64, 135 <145>)“ (BVerfG NJW 2004, Seite 50).

4. Fehlende Ladung der Bevollmächtigten zum Anhörungstermin

Die Ausländerbehörde muss – insbesondere wenn aufgrund ihres Antrags ein kurzfristiger Anhörungstermin anberaumt werden muss – dem Gericht mitteilen, dass Betroffene anwaltlich vertreten sind (BVerfG, 2 BvR 129/04, 07.09.2006).

Ladungsfristen gibt es im FGG und im FreihEntzG nicht. Nach § 5 Abs.3 FreihEntzG ist nur der gesetzliche Vertreter/die gesetzliche Vertreterin bei der Entscheidung über die Freiheitsentziehung zu hören. Desweiteren ist die Entscheidung über die Freiheitsentziehung nach § 6 Abs.2 c FreihEntzG dem gesetzlichen Vertreter bekannt zu geben. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind nicht gesetzliche Vertreter/ gesetzliche Vertreterin nicht .

a) Bereits bestehende Bevollmächtigung

Bei bereits bestehender Bevollmächtigung ist der Anwalt vom Gericht rechtzeitig vom Termin zu unterrichten. Die gängige Praxis Anwältinnen und Anwälte – wenn überhaupt – kurz vor dem Termin zu unterrichten, verhindert die Wahrnehmung der verfassungsrechtlich verbürgten Verfahrensgarantien. Die fehlende Unterrichtung der Bevollmächtigten kann (und muss) aber beim Beschwerdegericht geheilt werden.

„1. Ist im Verfahren über die Anordnung der Abschiebungshaft bekannt, dass der betroffene Ausländer bereits einen Rechtsanwalt beauftragt hat, ist dem Ausländer in der Anhörung die Möglichkeit einzuräumen, sich in dessen Anwesenheit zu äußern. Unterbleibt dies, liegt hierin eine Verletzung einer grundrechtlich geschützten Verfahrensgarantie, die der Haftanordnung den Makel der Rechtswidrigkeit aufdrückt.

2. Der Verfahrensbevollmächtigte des Betroffenen ist durch das angerufene Gericht vom Anhörungstermin rechtzeitig zu unterrichten. Dies kann nicht der antragstellenden Behörde überlassen werden.

3. Ist in erster Instanz dem Betroffenen die Möglichkeit, seinen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, nicht gegeben worden, ist eine Anhörung durch das Beschwerdegericht, in der dem Betroffenen diese Möglichkeit zu gewähren ist, gem. § 5 Abs. 1 FEVG zwingend. Unterbleibt sie, ist auch die Fortsetzung der Haftanordnung rechtswidrig.

Es ist primäre Aufgabe des Gerichts, die Rechtmäßigkeit des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten. Hierzu gehört es auch, die Beteiligten zu einem

gerichtlich angeordneten Anhörungstermin zu laden und die von den Beteiligten bevollmächtigten Rechtsanwälte zu unterrichten. Das Gericht ist nicht befugt, derartig grundlegende Maßnahmen, die der Gewährung grundrechtlicher Verfahrensgarantien dienen, auf die antragstellende Behörde zu übertragen und es in deren Hand zu geben, ob dem Betroffenen ausreichend Gehör gewährt wird.

Das Freiheitsentziehungsverfahren erfordert eine besondere Sorgfalt und eine faire Verfahrensgestaltung. Dazu gehört auch, so das OLG Frankfurt/a.M. (Beschluss vom 01.11.2004, Az: 20 W 350/04, abgedruckt im Leitsatz in OLGR 2005, 722, im Volltext zitiert nach Juris), dass den Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt wird, rechtlichen Rat einzuholen. Spätestens das Erstbeschwerdegericht muss den Betroffenen Gelegenheit geben, sich in Anwesenheit seines Anwalts zur Sache zu äußern (OLG Frankfurt/a.M., Beschluss vom 07.04.2003, Az: 20 W 117/03 - zitiert nach Juris). Auch das OLG Celle billigt den Betroffenen das Recht zu, im Fall der Bevollmächtigung die Teilnahme an einem Anhörungstermin zumindest zu ermöglichen. Ohne Unterrichtung der Bevollmächtigten sei die Anhörung fehlerhaft (OLG Celle, Beschluss vom 03.03.1999, Az: 17 W 16/99, InfAusIR 1999, 462). Es sei nicht auszuschließen, dass der Betroffene im Beisein seines Anwalts Angaben macht, die für die Entscheidung des Gerichts bedeutsam sein können. (...)

Zu den Verfahrensgarantien, die Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG mit grundrechtlichem Schutz versieht, gehört die in § 5 Abs. 1 Satz 1 Freiheitsentziehungsgesetz statuierte richterliche Pflicht, den betroffenen Ausländer vor Anordnung oder Verlängerung der Abschiebungshaft grundsätzlich mündlich anzuhören. Verstößt der Richter gegen das Gebot einer vorherigen ordnungsgemäßen Anhörung, liegt in der angeordneten Haft eine rechtswidrige Freiheitsentziehung (BVerfG Beschluss vom 11.03.1996, Az: 2 BvR 927/95, InfAusIR 1996, 198). Diese Grundsätze haben nach Auffassung des Senats auch dann zu gelten, wenn der Betroffene zwar angehört, ihm aber die Hinzuziehung seines Rechtsanwalts verwehrt wird, auch wenn dies "nur" durch eine unterlassene Unterrichtung des Rechtsanwalts geschieht.

Die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts konnte den Makel der Rechtsverletzung nicht beseitigen. Auch wenn dies ohnehin rückwirkend nicht möglich ist (vgl. BVerfG, a.a.O.), so hätte doch mit der Beschwerdeentscheidung der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt werden können, indem das

Beschwerdegericht den Betroffenen unter Hinzuziehung seines Rechtsanwalts gehört hätte. Auch das Beschwerdegericht ist grundsätzlich dazu verpflichtet, den betroffenen Ausländer vor Anordnung oder Verlängerung der Abschiebungshaft mündlich anzuhören. Die Anhörung darf gem. § 5 Abs. 2 FEVG nur dann unterbleiben, wenn mit Sicherheit auszuschließen ist, dass keine für die Entscheidung bedeutsamen Erkenntnisse von der erneuten Anhörung zu erwarten sind (OLG Köln, Beschluss vom 23.05.2005, Az: 16 Wx 89/05, AuAs 2005, 147). Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn bereits das Erstgericht fehlerhaft den bekanntermaßen bestellten Bevollmächtigten des Betroffenen nicht von Anhörung unterrichtet hat und der Betroffene dies - wie vorliegend geschehen - mit der Beschwerde ausdrücklich rügt (so auch OLG Celle, a.a.O.). Das Beschwerdegericht hätte über diese Rüge auch dann, wenn es die Haftgründe des § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 5 Aufenthaltsgesetz bejahen will, nicht wortlos hinweggehen dürfen, sondern den Betroffenen vielmehr aus den o.g. Gründen im Beisein sein Rechtsanwalts anhören müssen. Insoweit ist auch die landgerichtliche Entscheidung unter Anwendung der vorzitierten Grundsätze rechtswidrig ergangen.“ (OLG Rostock, B.v. 27.03.2006, 3 W 16/06, zitiert nach juris)

b) § 14 Abs. 3 HmbVwVfG

Die fehlende Benachrichtigung durch die Ausländerbehörde könnte auch unter dem Gesichtspunkt des § 14 Abs.3 HmbVwVfG gerügt werden: „Ist für das Verfahren ein Bevollmächtigter bestellt, so soll sich die Behörde an ihn wenden. Sie kann sich an den Beteiligten selbst wenden, soweit er zur Mitwirkung verpflichtet ist. Wendet sich die Behörde an den Beteiligten, so soll der Bevollmächtigte verständigt werden. Vorschriften über die Zustellung an Bevollmächtigte bleiben unberührt.“

c) Unzureichende Sachverhaltsaufklärung

Ein weiterer Angriffspunkt im Hinblick auf die fehlende oder verspätete Benachrichtigung von Bevollmächtigten kann auch die unzureichende Aufklärung des Sachverhalts darstellen: Zu den in Haftsachen beachtlichen Verfahrensgrundsätzen von Verfassungsrang gehören der Anspruch auf rechtliches Gehör als Ausdruck des fairen Verfahrens (§ 5 Abs. 1 FreihEntzG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) und die gerichtliche Verpflichtung zur Amtsermittlung (§ 3 FreihEntzG i.V.m. § 12 FGG). Diese Rechte der Betroffenen werden durch eine Haftentscheidung verletzt, wenn die vorausgehende Anhörung aufgrund unterlassener oder zu kurzfristiger Benachrichtigung ohne Bevollmächtigte durchgeführt wurde, weil den Betroffenen auf diese Weise keine Gelegenheit gegeben wurde, die Entgegnung auf den Haftantrag der Beteiligten vor der Anhörung mit den Bevollmächtigten zu besprechen.

Zwar stehen den Bevollmächtigten in Freiheitsentziehungsverfahren keine eigene Rechte zu, ihre Umgehung verletzt jedoch den Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör und steht daher im Widerspruch zu dem Grundsatz des fairen Verfahrens. Denn der Verzicht auf die Einbeziehung Bevollmächtigter steht dem Verzicht auf die Anhörung der Betroffenen gleich:

„Das gerichtliche Verfahren muss darauf angelegt sein, den Betroffenen vor dem Freiheitsentzug all diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen zu gewähren, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind. Die Eilbedürftigkeit einer solchen Entscheidung kann eine Vereinfachung und Verkürzung des gerichtlichen Verfahrens rechtfertigen, darf aber die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung nicht gefährden. Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines 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“ (BVerfG, B.v. 10.12.2007, 2 BvR 1033/06 m.w.N.).

Die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung darf nicht dadurch gefährdet werden, dass das Gericht die durch die behördliche Verfahrensgestaltung erzeugte Eile zum Anlass nimmt, um die Beteiligungsrechte des Betroffenen gänzlich unbeachtet zu lassen und eine formal vorläufige, in der Sache endgültige Entscheidung allein auf der Grundlage der von der Ausländerbehörde vorgetragene Umstände zu treffen. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehung nicht auf die Prüfung der Plausibilität der von der antragsstellenden Behörde vorgetragene Gründe für die Sicherungshaft beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen“ (vgl. BVerfG, B.v. 07.09.2006, 2 BvR 129/04).

Das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gebietet es, den Beteiligten vor der Anhörung die Gelegenheit zu geben, sich mit den Ausführungen der Beteiligten in dem Haftantrag eingehend auseinanderzusetzen und sie mit den Verfahrensbevollmächtigten zu besprechen. Durch die verspätete oder gar nachträgliche Übermittlung des Haftantrags wird die Möglichkeit zu einer inhaltlich fundierten Entgegnung vereitelt. Damit kann die Anhörung von den Betroffenen

nicht sinnvoll genutzt werden, so dass ihre Verfahrensrechte bestenfalls der Form nach gewahrt werden, jedoch keine praktische Wirksamkeit entfalten können. Der im Haftrecht geltende Beschleunigungsgrundsatz darf nicht dazu führen, dass dem Gericht wichtige, für die Entscheidungsfindung möglicherweise wesentliche Tatsachen vorenthalten bleiben. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eilbedürftigkeit nicht gegeben oder durch verspätete Antragstellung behördlich verursacht ist.

5. Der Haftverlängerungsantrag der Ausländerbehörde wird erst kurz vor dem Anhörungstermin ausgehändigt

Es gibt noch keine Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die sich explizit mit der Frage auseinandersetzt, ob die in Hamburg übliche Vorgehensweise, Verfahrensbevollmächtigten den Haftverlängerungsantrag erst kurz vor der Anhörung zu überreichen, verfahrensfehlerhaft ist. Das OLG Düsseldorf hat jedoch einem Beschluss folgenden Leitsatz vorangestellt:

„Wird in Abschiebungshaftsachen ein Haftverlängerungsantrag von der Ausländerbehörde so spät gestellt, dass die mündliche Anhörung des Betroffenen auch unter Beachtung der Grundsätze des Bundesverfassungsgericht in NJW 1990, 2309, 2310 vor der zu treffenden Entscheidung nicht mehr durchgeführt werden kann, ist der Verlängerungsantrag grundsätzlich zurückzuweisen.“ (OLG Düsseldorf, B.v. 12.01.1996, 3 Wx 1/96, InfAusIR 1996, Seite 146)

Die verspätete Mitteilung des Anhörungstermins bzw. die verspätete Übermittlung des Haftverlängerungsantrags könnten wie folgt gerügt werden:

Das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK gebietet es, Verfahrensbevollmächtigten die Gelegenheit zu geben, sich ausführlich mit den Ausführungen der Ausländerbehörde auseinanderzusetzen und diese mit den Betroffenen zu besprechen. Mit der kurzfristigen Vorlage des Haftantrags wird ihnen jede Möglichkeit zu einer inhaltlich fundierten Entgegnung genommen. Damit kann die Anhörung von den Betroffenen und ihren Prozessbevollmächtigten nicht sinnvoll genutzt werden, so dass eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG gegeben ist. Der im Haftrecht geltende Beschleunigungsgrundsatz darf nicht dazu führen, dass dem Gericht wichtige, für die Entscheidungsfindung möglicherweise wesentliche Tatsachen vorenthalten bleiben, weil die Prozessbevollmächtigten sich auf Grund des Zeitmangels nicht adäquat zu den Behauptungen der Behörde äußern können. Dies gilt insbesondere für die konstruierte Eilbedürftigkeit, die aus der denkbar späten Antragstellung resultiert. Denn bei Verlängerungsanträgen ist der Zeitpunkt, zu welchem die zuvor verhängte Abschiebungshaft abläuft, lange vorher bekannt.

Zur Begründung kann auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Prüfungsumfang der Haftgerichte Bezug genommen werden:

„Dieser Gewährleistungsinhalt des Art. 19 Abs. 4 GG entfaltet eine Vorwirkung auf das Verwaltungsverfahren, das nicht so angelegt werden darf, dass der gerichtliche Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert wird. Die öffentliche Gewalt verletzt dieses Recht, wenn sie eine gegen den Einzelnen gerichtete Maßnahme

ohne zwingenden Grund so kurzfristig anordnet und durchsetzt, dass ihm keine ausreichende Zeit zur Erlangung des gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz verbleibt.“ (BVerfG, B.v. 27.02.2009, 2 BvR 538/07)

„Die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung (vgl. BVerfGE 83, 24 <32>) darf nicht dadurch gefährdet werden, dass das Gericht die durch die behördliche Verfahrensgestaltung erzeugte Eile zum Anlass nimmt, um die Beteiligungsrechte des Betroffenen gänzlich unbeachtet zu lassen und eine formal vorläufige, in der Sache endgültige Entscheidung allein auf der Grundlage der von der Ausländerbehörde vorgetragene Umstände zu treffen. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehung nicht auf die Prüfung der Plausibilität der von der antragsstellenden Behörde vorgetragene Gründe für die Sicherungshaft beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen.“ (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07.09.2006, 2 BvR 129/04, S. 16)

Weitere Zitate des Bundesverfassungsgerichts, die helfen könnten:

„Mit Blick auf die hohe Bedeutung des Richtervorbehalts sind alle an der freiheitsentziehenden Maßnahme beteiligten staatlichen Organe verpflichtet, ihr Vorgehen so zu gestalten, dass dieser als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (BVerfGE 103, 142 <151>; 105, 239 <248>).“ (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2005, 2 BvR 447/05, Rdnr. 36, Homepage des Bundesverfassungsgerichts, „Castortransporte“)

„Das gerichtliche Verfahren muss darauf angelegt sein, den Betroffenen vor dem Freiheitsentzug all diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen zu gewähren, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind. Die Eilbedürftigkeit einer solchen Entscheidung kann eine Vereinfachung und Verkürzung des gerichtlichen Verfahrens rechtfertigen, darf aber die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung nicht gefährden (BVerfGE 7, 87 <99>; vgl. auch BVerfGE 83, 24 <32>).

Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch Maßstäbe für

die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines 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, S. 1774 <1775>). 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>).“ (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.07, 2 BvR 1033/06, S. 10 -11)

„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>).“ (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 12.03.2008, 2 BvR 2042/05, S. 7 ff)

Praxistipp:

Auf den absehbaren Verlängerungsantrag kann schon im Vorfeld schriftsätzlich reagiert werden – in diesem Rahmen sind die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die eingeschränkten Aufklärungsmöglichkeiten des Gerichts vorsorglich zu beanstanden.

6. Keine Beiziehung/inhaltliche Würdigung der Ausländerakte

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen die Verpflichtung des Haftgerichts betont, die Ausländerakte beizuziehen (zuletzt und am deutlichsten: BVerfG, B.v. 27.02.2009, 2 BvR 538/07). Dies ist unverzichtbar, damit das Gericht eigenständig, d.h. unabhängig von den Ausführungen der Behörde die tatbestandlichen Voraussetzungen der Abschiebungshaft prüfen kann. Im Hinblick auf die zumeist nur sehr kurzfristige Vorlage der häufig auch sehr umfangreichen Akte(n) ist diese Verpflichtung für das Gericht lästig und zeitraubend. Oft verbleibt es daher bei der rein physischen Anwesenheit der Akte.

Praxistipp:

Schon in der Anhörung zwingt gezieltes Bestreiten tatsächlicher oder rechtlicher Voraussetzungen sowohl die haftbeantragende Behörde als auch das Gericht zu sorgfältiger Arbeit unter Einbeziehung eines gründlichen oder wenigstens sachkundig gezielten Aktenstudiums. Formelhafte Haftanordnungen sind so nicht möglich. Gegenstände des Bestreitens können sein:

- der Zugang von Verfügungen oder Bescheiden, aus denen sich die vollziehbare Ausreisepflicht ergibt (§ 58 AufenthG)
- die unerlaubte Einreise (§ 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG)
- die Beachtung der Verpflichtung zur beschleunigten Bearbeitung in Haftsachen durch die Behörde

Neben der Ausländerakte können weitere Informationen ebenfalls heranzuziehen sein. In Dublin II-Fällen ist dies regelmäßig die Akte des Bundesamtes zum Nachweis dafür, dass in der Korrespondenz der Beschleunigungsgrundsatz und die in der Dublin II-Verordnung genannten Fristen Beachtung gefunden haben.

Ein Haftbeschluss, der ohne Einbeziehung der Akten erfolgt, ist mit den nachfolgenden Grundsätzen angreifbar:

„Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines 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,

S. 1774 <1775>).

Aus den Akten der Ausländerbehörde, welche bei einer Entscheidung über eine Haftanordnung regelmäßig beizuziehen sind, um den Anforderungen aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 GG zu genügen, ergibt sich....“ (vgl. BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.07, 2 BvR 1033/06, S. 10 ff.)

„Nicht anders als bei Entscheidungen über Sicherungshaft sind bei Entscheidungen über Verbringungshaft die Ausländerakten regelmäßig beizuziehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10.12.07, - 2 BvR 1033/06 - , NVwZ 2008, S. 304 <305>), um den hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die eigenständige richterliche Aufklärung und Feststellung der relevanten Tatsachen gerecht zu werden (vgl. BVerfGE 83, 24, <34 f>; Radtke, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 1. Februar 2008, Art. 104 GG Rn. 13).“ (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des 2. Senats vom 02.07.08, 2 BvR 1073/06, S. 7)

„Die Ausländerbehörde hätte dafür rechtzeitig einen Haftantrag stellen können und das Amtsgericht wäre unschwer in der Lage gewesen, die vorgetragene 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.), selbständig und unter Beiziehung der Akten der Ausländerbehörde zu prüfen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Dezember 2007 – 2 BvR 1033/06-, NVwZ 2008, S. 304 <305>).“ (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 01.04.2008, 2 BvR 1925/04, S. 10)

„Die für die Anwendung des § 62 Abs. 2 S. 4 Aufenthaltsgesetz notwendige Prognose hat der Richter auf der Grundlage einer hinreichend vollständigen Tatsachengrundlage zu treffen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2000 - 2 BvR 347/00 –, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 26). Die Freiheitsgewährleistung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG setzt auch insoweit 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). Hierfür sind regelmäßig die Akten der Ausländerbehörde beizuziehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 1. April 2008 - 2 BvR 1925/04 -, juris). 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; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Dezember 2007 – 2 BvR 1033/06 -, NVwZ 2008, S. 304, 305). Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht“ (BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2009, Az. 2 BvR 538/07).

7. Nicht instruierte Behördenvertreter

Häufig wird die Ausländerbehörde vor dem Haftgericht von Personen vertreten, die den Akteninhalt kaum kennen und hierauf bezogene Rückfragen des Gerichts nicht beantworten können. Das behindert das Gericht in seiner Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung (§ 3 S. 2 FreiEntzG i. V. m. § 12 FGG) und wird den verfahrensrechtlichen Grundrechtssicherungen im Freiheitsentziehungsverfahren nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG nicht gerecht.

Dies ist angreifbar, da die zentrale verfahrensrechtliche Sicherung, der Richtervorbehalt, nach Auffassung des BVerfG nicht allein das Gericht, sondern auch alle übrigen beteiligten staatlichen Organe verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt wirksam werden kann. Lässt sich die Ausländerbehörde durch einen nicht instruierten Mitarbeiter vertreten, führt dies demnach dazu, dass der Beschluss des Amtsgerichts rechtsfehlerhaft wird. Die Behörde ist zur Förderung des Verfahrens verpflichtet, um dem Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG in angemessener Weise zur Geltung zu verhelfen.

„Für den schwersten Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht. Gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden. Die Freiheitsentziehung setzt danach grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus (vgl. nur BVerfGE 10, 302 <321>; 22, 311 <317>). [...] Daraus [ergeben] sich im Hinblick auf die Verpflichtung aller staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. BVerfGE 103, 142 <151 ff.>; 105, 239 <248> ; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2005, a.a.O.), erhöhte Anforderungen an das Vorgehen sowohl des Amtsgerichts als auch der Behörden. Die Ausländerbehörde war danach verpflichtet und im eigenen Interesse in der Obliegenheit, [...] durch geeignete Maßnahmen dazu beizutragen, dass das Amtsgericht [...] die [...] Entscheidung über den Haftantrag in dem rechtsstaatlich gebotenen Verfahren hätte treffen können. (BVerfG, B. v. 7.9.2006, 2 BvR 129/04).“

Weiter:

„Die unabhängige, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung (vgl. BVerfGE 83, 24 <32>) darf nicht dadurch gefährdet werden, dass das Gericht die durch die behördliche Verfahrensgestaltung erzeugte Eile zum Anlass nimmt, um die Beteiligungsrechte des Betroffenen gänzlich unbeachtet zu lassen und eine formal vorläufige, in der Sache aber endgültige Entscheidung allein auf der Grundlage der von der Ausländerbehörde vorgetragene Umstände zu treffen. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen nicht auf die Prüfung der Plausibilität der von der antragstellenden Behörde vorgetragene Gründe für die Sicherungshaft beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen (BVerfG, B. v. 7.9.2006, 2 BvR 129/04).“

Ebensowenig darf das Gericht sich damit zufrieden geben, über einen nur unvollkommen aufgeklärten Sachverhalt zu entscheiden, weil ihm aufgrund der Verfahrensorganisation durch die Ausländerbehörde wesentliche Informationen vorenthalten werden.

Der Verfassungsrang der in Art. 104 Abs. 2 GG gebündelten Verfahrensrechte indiziert, dass ihre Missachtung in jedem Falle zu einer Verletzung von Grundrechten des Betroffenen führt. Denn nur bei dieser Betrachtung können die für Freiheitsentziehungen geltenden Verfahrensvorschriften ihre grundrechtssichernde Funktion angemessen entfalten. Es kommt daher grundsätzlich nicht darauf an, ob die Unkenntnis des Vertreters der Beteiligten von wesentlichen Umständen des vorliegenden Falles sich auf die Entscheidung des Gerichts ausgewirkt hat. Dessen ungeachtet liegt es nahe, davon auszugehen, dass das Gericht seine Entscheidung im konkreten Fall anders getroffen hätte, wenn der Behördenvertreter hinreichend instruiert gewesen wäre.

Sind infolge des Fehlers dem Gericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt geworden, bei deren Kenntnis die Entscheidung zur Anordnung/Aufrechterhaltung der Sicherungshaft nicht hätte getroffen werden dürfen, so ist die Haft vom Datum der Entscheidung des Gerichts an rechtswidrig gewesen. Dieser Fehler lässt sich nicht im Nachhinein korrigieren durch eine hypothetische Erwägung wie das Gericht bei vollständiger Kenntnis der Tatsachen entschieden hätte. Eine solche Erwägung hilft nicht darüber hinweg, dass eine Entscheidung, mit der der zuständige Richter verfahrensfehlerfrei die Verantwortung für das Vorliegen der Haftvoraussetzungen übernimmt, tatsächlich nicht vorgelegen hat (zum Verbot der Zugrundelegung hypothetischer Verfahrensabläufe vgl. BVerfG, B. v. 12.3.2008, 2 BvR 2042/05).

8. Fehlerhafte bzw. unvollständige Protokollierung von Aussagen, Anträgen etc.

Über diesen Themenkomplex ist vom Bundesverfassungsgericht (noch) nicht entschieden worden. Für die Sachverhaltsermittlung und das damit verbundene Recht der Beweiserhebung gilt grundsätzlich die Verweiskette § 3 S. 2 FreiEntzG -> § 15 Abs. 1 FGG -> allg. Vorschriften der ZPO. Allerdings ist zu beachten, dass im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit generell ein niedrigerer Maßstab an die Protokollierung der mündlichen Anhörung gestellt wird.

Das Protokoll ist nach dieser Auffassung kein Inhaltsprotokoll; es gebe auch keine allgemeinen Vorschriften darüber, und wie der Verhandlungsinhalt aktenkundig zu machen sei. Letzteres sei aber geboten, wenn der Inhalt oder das Ergebnis der Verhandlung in der Entscheidung verwertet werden sollen. Dies könne auch durch Feststellung in den Gründen der Entscheidung geschehen (vgl. Bumiller/Winkler, FG, 8. Aufl. 2006, § 12 FGG Rn. 38).

Auch nach der h. M. kann das Beschwerdegericht seine Entscheidung auf protokollierte Zeugenaussagen nur stützen, wenn diese hinreichend sind, insbesondere hinsichtlich des persönlichen Eindrucks; eine eigene bzw. abweichende Bewertung der persönlichen Glaubwürdigkeit ist grundsätzlich unzulässig und erfordert eine neue Zeugenanhörung (vgl. a.a.O. § 15 FGG Rn. 16).

Die Formvorschriften der ZPO über die Feststellung des Ergebnisses von Beweisaufnahmen gelten nach dieser Auffassung nicht (a.a.O., § 15 Rn. 19). Dies betrifft auch Erklärungen der Beteiligten. Soll hierauf allerdings die Entscheidung gestützt werden, muss ihr wesentlicher Inhalt in irgendeiner Form aktenkundig gemacht werden (s. o.).

Angesichts der hohen Bedeutung des Freiheitsgrundrechts dürfte es in Abschiebungshaftverfahren geboten sein, von dieser Auffassung wenigstens teilweise abzuweichen zu Gunsten der strengeren Protokollvorschriften der ZPO. Nach diesen ist zu beachten: Die Aufnahme eines Protokolls über die mündliche Verhandlung ist zwingend, § 159 Abs. 1 ZPO. In das Protokoll aufzunehmen sind die „wesentlichen Inhalte der Verhandlung“, § 160 Abs. 2 ZPO. Zwingend aufzunehmen sind u. a. Anträge (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 ZPO) sowie Aussagen von Zeugen und vernommenen Parteien (§ 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO); bei wiederholter Vernehmung müssen Aussagen nur aufgenommen werden, soweit sie von früheren abweichen. Die Aufnahme von Aussagen ins Protokoll ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Vernehmung durch das Prozessgericht erfolgt und gegen das Endurteil keine Berufung oder Revision möglich ist, § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, oder bei Rücknahme der Klage bzw. des Rechtsmittels, § 161 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

Darüber hinaus steht den Beteiligten ein Antragsrecht zu hinsichtlich der Aufnahme bestimmter Vorgänge oder Äußerungen ins Protokoll, § 160 Abs. 4 ZPO. Das Gericht kann aber von der Aufnahme absehen, „wenn es darauf nicht ankommt“. Hierüber ist zu beschließen; der Beschluss ist unanfechtbar, aber ins Protokoll aufzunehmen.

Praxistipp:

Durch **möglichst schriftliche** Beweis- und Protokollierungsanträge kann das Gericht gezwungen werden, für die Betroffenen wesentliche Inhalte in das Protokoll aufzunehmen und damit bei der Haftentscheidung zu berücksichtigen.

Die Protokollierung kann auch so erfolgen, dass zu protokollierende Umstände in (als solche gekennzeichnete) Anlagen zum Protokoll aufgenommen werden, § 160 Abs. 5 ZPO. Das Protokoll ist grundsätzlich von den Beteiligten zu genehmigen, soweit z. B. Vernehmungen von Zeugen oder Parteien erfolgt sind. Bei Aufnahme auf Tonband kann das durch die üblichen Formen geschehen (vorspielen, dann Hinweis im Protokoll: „vorgespielt und genehmigt“; auch Verzicht auf Vorspielen mit entsprechendem Vermerk im Protokoll ist zulässig). Auf Antrag muss das Tonband vorgespielt werden (§ 161 Abs. 1 ZPO). Das Protokoll ist von dem/der Vorsitzenden und von den Urkundsbeamten zu unterschreiben (§ 163 Abs. 1 ZPO). Anträge auf Berichtigung des Protokolls sind jederzeit möglich (§ 164 ZPO), und wegen der Beweiskraft des Protokolls für die vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Verhandlung (§ 165 ZPO) auch zu empfehlen, soweit die letzteren in einer späteren Instanz gerügt werden sollen.

Für das Abschiebungshaftverfahren folgt daraus unter anderem:

- Weigert sich das Gericht z. B. die Akten beizuziehen, sollte darauf gedrungen werden, dass dieser Umstand ins Protokoll aufgenommen wird. Im Zweifel ist die Aktenbeiziehung förmlich zu beantragen und auf die Pflicht des Gerichts, über den Antrag zu beschließen, hinzuweisen.
- Sind im Einzelfall Dritte anzuhören (z. B. Ehe-/Lebenspartner, Zeugen) und unterbleibt dies, ist ebenfalls entsprechend zu beantragen. Die Nichtanhörung des Ehe- bzw. Lebenspartners ist ein Verstoß gegen § 5 FreihEntzG und führt zur Rechtswidrigkeit der Haftanordnung (vgl. OLG Celle, B.v. 27.06.2005, 22 W 24/059 bei Melchior: www.Abschiebungshaft.de)
- Der „wesentliche Inhalt“ der Verhandlung ist nur dann protokolliert, wenn anhand des Protokolls wenigstens nachvollzogen werden kann, zu welchen Umständen die Betroffenen persönlich angehört worden sind. Die Antworten sollten möglichst wörtlich, wenigstens aber

in einem nachvollziehbaren Sinnzusammenhang protokolliert werden. Fragmentarische Notizen à la „Der Betroffene erklärt: Ich habe Angst vor der Polizei“ werden dem nicht gerecht.

- Die Erfassung des „wesentlichen Inhalts“ der Verhandlung macht auch erforderlich, dass zumindest hinsichtlich solcher tatsächlicher Umstände, die zwischen den Betroffenen und den Bevollmächtigten einerseits und der Beteiligten andererseits streitig sind (Ausreisebereitschaft, Gefahr des Untertauchens, ...), eine nachvollziehbare Zusammenfassung der jeweiligen Standpunkte in das Protokoll aufgenommen wird.
- Da Betroffene einen Anspruch auf bestmögliche Vertretung haben, der im Zweifel auch die rechtzeitige Ladung der Bevollmächtigten sowie die Möglichkeit einschließt, sich mit diesen mit Hilfe eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin zu beraten, wäre zu erwägen, ob eine Verletzung dieser und ähnlicher Vorschriften vor dem Protokoll gerügt werden soll mit Hinweis darauf, dass eine angemessene Vorbereitung des Anhörungstermins nicht möglich war.
- Die Pflicht zur Aufnahme von Anträgen dürfte auch Beweisanträge erfassen. Im Zivilprozess sind Beweisanträge insbesondere für den Zeugenbeweis erforderlich; die sonstigen Beweismittel können sowohl von Amts wegen erhoben als auch beantragt werden. Der Beweisantrag wird gestellt durch Benennung von Beweisthema und Beweismittel, beim Zeugnisbeweis unter Nennung des vollständigen Namens und der ladungsfähigen Anschrift. Reine Beweisermittlungsanträge können, wie überall, so auch hier abgelehnt werden; im übrigen gelten § 244 Abs. 3-5 StPO analog (Ablehnung der Beweiserhebung als unzulässig; überflüssige Beweiserhebung wegen offenkundiger oder irrelevanter Tatsachen; Ungeeignetheit oder Unerreichbarkeit des Beweismittels, ...).

9. Fehlende Aufklärung des Sachstandes eines auf Feststellung von Abschiebungshindernissen gerichteten Verfahrens

Das Haftgericht hat nach der Maßgabe des § 62 Abs. 2 Satz AufenthG mit der Durchführbarkeit der Abschiebung zu befassen und keine Haft anzuordnen, wenn die Unmöglichkeit der Abschiebung innerhalb der nächsten drei Monate feststeht. Hierbei geht es regelmäßig um praktische Fragen der Abschiebungsvorbereitung, nicht jedoch um Abschiebungshindernisse. Trotzdem erstreckt sich die Aufklärungspflicht auf die prognostische Beurteilung der Dauer eines anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens:

„Soweit – wie in der obergerichtlichen Rechtsprechung angenommen wird – allein die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu beurteilen haben, ob Abschiebungshindernisse vorliegen, darf sich das nicht zulasten des Ausländers auswirken. Der Haftrichter hat nicht nur verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, die in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen, zum Anlass zu nehmen zu untersuchen, ob die Abschiebung innerhalb der Drei-Monats-Frist des § 62 Abs. 2 Satz 4 AufenthG wieder möglich werden könnte. Ebenso zu berücksichtigen ist die Anhängigkeit eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens, das darauf gerichtet ist, die Abschiebung vorläufig zu verhindern. (...) Ist Abschiebungshaft für einen Ausländer beantragt, der zur Verhinderung der Abschiebung einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht beantragt hat, so setzt eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 4 AufenthG voraus, dass der Haftrichter den Stand und voraussichtlichen Fortgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufklärt und bei seiner Entscheidung berücksichtigt.“ (BVerfG, B.v. 27.02.2009, 2 BvR 538/07)

II. Verfahrensfehler mit materiellrechtlicher Bedeutung

1. Abschiebungshaft bei Untersuchungshaft

Abschiebungshaft wird nicht selten als Überhaft während noch laufender Untersuchungshaft angeordnet. Grundsätzlich ist jedoch bei einem laufenden Ermittlungsverfahren das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft mit einer vor Beendigung des Strafverfahrens durchzuführenden Abschiebung einzuholen. Von dem Einvernehmen hängt die Durchführbarkeit der Haft an sich ab, denn wenn das Einvernehmen nicht vorliegt, ist eine Abschiebung innerhalb der folgenden drei Monate nicht möglich. Hierzu gibt es zwar noch keine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung, dies scheint jedoch dem Umstand geschuldet, dass die Landgerichte bereits korrekt entscheiden, so u.a. auch das Landgericht Hamburg:

„Die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 64 Abs. 3 AuslG (jetzt 72 Abs. 4 AufenthG) vorliegen, gehört zu den Ermittlungspflichten des Abschiebungshaftrichters (§§ 103 Abs. 2, S. 1 AuslG (§ 106 Abs. 2 S. 1 AufenthG) 3 S. 2 FEVG, 12 FGG) (OLG Frankfurt Beschl. v. 06.03.2000 in StV 2000, S. 377); Auf die Frage, ob die Vorschrift des § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG (jetzt § 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG) dem Schutz des Ausländers zu dienen bestimmt ist, kommt es nicht an (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss v. 30.12.2002 – 3 W 242/02).

Die Strafverfolgung hat Vorrang vor der Abschiebung. Bis zur Erteilung des Einvernehmens durch die Staatsanwaltschaft (§ 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG) ist die Abschiebung aus Rechtsgründen unzulässig (OLG Frankfurt Beschl. v. 06.03.2000 in StV 2000, S. 377). Sollte eine Verurteilung zu einer zeitigen Haftstrafe vorliegen, ist auch ein sogenannter Vorratshaftbefehl aufzuheben, wenn das Einverständnis der Staatsanwaltschaft nicht vorliegt. Die Dreimonatsfrist aus § 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG ist auch zu berücksichtigen, wenn die zu verbüßende Haftstrafe unter drei Monaten liegt, da selbst die unsichere Terminierung des Berufungsverhandlung die Frist auslöst (so auch LG Hamburg Beschluss v.- 12.03.2004 - 310 T 20/04). Die Dreimonatsfrist beginnt mit Erlass des anordnenden Beschlusses auch dann zu laufen, wenn die Abschiebungshaft als Überhaft angeordnet wird.“ (LG Bielefeld Beschluss v. 13.06.2001 – 25 T 273/01; LG Hamburg Beschluss vom 12.03.2004 - 310 T 20/04)

Praxistipp:

Bei bestehender Untersuchungshaft oder im laufenden Ermittlungsverfahren sollte bei der zuständigen Staatsanwaltschaft angerufen und gefragt werden, ob zur Zeit / während und vor Beendigung des laufenden Verfahrens das Einvernehmen mit einer Abschiebung trotz offenen Verfahrensausganges erteilt wird. Wenn nein, wird um die schriftliche Bestätigung des mangelnden Einvernehmens erbeten, das dann unter Hinweis auf die Rechtsprechung des LG und den § 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG bei der Abschiebungshaftanhörung vorgelegt werden kann.

2. Prüfungsumfang des Haftgerichts im Hinblick auf die Durchführbarkeit der Abschiebung

Das Haftgericht hat sich nach der Maßgabe des § 62 Abs. 2 Satz AufenthG mit der Durchführbarkeit der Abschiebung zu befassen und keine Haft anzuordnen, wenn die Unmöglichkeit der Abschiebung innerhalb der nächsten drei Monate feststeht. Hierbei geht es regelmäßig um praktische Fragen der Abschiebungsvorbereitung, nicht jedoch um Abschiebungshindernisse. Denn nach einem traditionellen Dogma fällt die Zulässigkeit der von der Ausländerbehörde betriebenen Abschiebung nicht in die Prüfungskompetenz der Haftgerichte, weil sonst ein Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte vorläge (ausführlich: BGH, B.v. 25.09.1980, VII ZB 5/80, BGHZ 78, 145-152). Neben der Verpflichtung, die Aufklärung auf den Sachstand eines verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahrens zu erstrecken aufzuklären (BVerfG, B.v. 27.02.2009, 2 BvR 538/07) bieten sowohl veröffentlichte Rechtsprechung als auch weiterführende Überlegungen Ansätze für die Durchbrechung dieses Grundsatzes.

a) Effektiver Rechtsschutz

Wegen der Notwendigkeit, effektiven Rechtsschutz sicherzustellen fordern einzelne Entscheidungen, durch Gestaltung des Abschiebungshaftverfahrens sicherzustellen, dass nicht vollendete Tatsachen geschaffen werden. Hierbei geht es um die Berücksichtigung neuer Umstände, die der Abschiebung als solcher entgegenstehen könnten. Es bleibt zwar weitgehend offen, auf welche Weise die Haftgerichte eine Abschiebung ohne vorhergehende gerichtliche Überprüfung ihrer Zulässigkeit verhindern sollen. Denn sowohl die Haftanordnung als auch die Ablehnung des Haftantrags haben keinen Einfluss auf die behördlich betriebene Abschiebung. Gleichwohl bieten die nachfolgenden Zitate eine Grundlage dafür, von den Haftgerichten mehr als nur die Prüfung der Haftgründe zu fordern, wenn die Abschiebung unmittelbar bevorsteht.

„Dieser Gewährleistungsinhalt des Art. 19 Abs. 4 GG entfaltet eine Vorwirkung auf das Verwaltungsverfahren, das nicht so angelegt werden darf, dass der gerichtliche Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert wird. Die öffentliche Gewalt verletzt dieses Recht, wenn sie eine gegen den Einzelnen gerichtete Maßnahme ohne zwingenden Grund so kurzfristig anordnet und durchsetzt, dass ihm keine ausreichende Zeit zur Erlangung des gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz verbleibt.“ (BVerfG, B.v. 27.02.2009, 2 BvR 538/07)

„Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG darf nicht leerlaufen. Deshalb darf sich der mit der Anordnung der Abschiebungshaft befasste Richter nicht etwa darüber hinwegsetzen, dass der jedem Ausländer zustehende umfassende

gerichtliche Rechtsschutz illusorisch würde, weil die Verwaltungsbehörde vollendete Tatsachen schafft, ohne dass der Betroffene vorher Gelegenheit hatte, die gegen ihn betriebene Abschiebung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dazu bedarf es aber nicht eines Eingriffs des Haftrichters in die Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Der Haftrichter kann anderweitig sicherstellen, dass dem Asylbewerber "effektiver" gerichtlicher Rechtsschutz zuteil wird. (...)" (vgl. BGH, B.v. 25.09.1980, VII ZB 5/80, BGHZ 78, 145-152)

„Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet nicht nur, im Falle der Undurchführbarkeit der Abschiebung von der Sicherungshaft abzusehen, sondern zwingt auch dazu, das öffentliche Interesse an der Sicherung der Abschiebung und den Freiheitsanspruch des Betroffenen gegeneinander abzuwägen. Insoweit erweist sich § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG (= § 62 Abs. 2 Satz 4 AufenthG) als gesetzliche Ausprägung des in diesem Sinne verstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für den Fall der Ungewissheit darüber, ob die Haft tatsächlich erforderlich ist (BVerfG NJW 1987, 3076; BVerfG B. v. 15. 12.2000, Az: 2 BvR 347/00, Juris Nr.: KVRE298590005). (...) Daraus folgt, dass die von dem Betroffenen geltend gemachten veränderten Umstände auch von dem Haftrichter zu beachten sind. Das ist ohne die Gefahr widersprechender Entscheidungen der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte möglich. In Fällen, in denen es nahelegt, dass die Verwaltungsbehörde durch die Abschiebung vollendete Tatsachen schafft, die sich mit den verfassungsrechtlichen Garantien, insbesondere dem Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 G nicht ein Einklang bringen lassen, ist es nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten, das Haftverfahren so zu gestalten, dass dem Betroffenen effektiver Rechtsschutz gewährt wird. Der Haftrichter hat durch Belehrung des Betroffenen über die Möglichkeiten des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (§§ 80 Abs. 5, 123 VwGO) und die entsprechende zeitliche Gestaltung des Verfahrens den Grundrechten des Betroffenen zur Geltung verhelfen (BGHZ 78, 145; OLG Karlsruhe NVwZ 1998, 214; OLG Köln OLGR 2001, 279). Der Haftrichter oder das zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde berufene Landgericht kann Anträge zu Protokoll nehmen und zur Entscheidung an die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht weiterleiten. Bis diese tätig werden, kann er mit der Entscheidung über den Haftantrag angemessene Zeit zuwarten (BGHZ 78, 145, 152). (...)

Der Betroffene wird, soweit sein Antrag abgelehnt werden sollte, Gelegenheit haben, einen Antrag nach § 123 VwGO bei dem Verwaltungsgericht zu stellen. Ist

bis zu dem anzuberaumenden [abschiebungshaftrechtlichen] Anhörungstermin der Antrag des Betroffenen von der Verwaltungsbehörde noch nicht beschieden oder hat das Verwaltungsgericht über einen Eilantrag des Betroffenen noch nicht entschieden, wird das Landgericht nicht feststellen können, dass die Abschiebung innerhalb von 3 Monaten (rechtmäßig) durchgeführt werden kann, § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG.“ (OLG Brandenburg, B.v. 28.08.2002, 8 Wx 32/02, InfAuslR 2002, Seite 478-481; ähnlich: OLG Köln, B.v. 20.06.2001, 16 Wx 122/01; OLG Karlsruhe, B.v. 11.07.1997, 11 Wx 44/97).

b) Weitergehende Grundrechtsgeltung?

Die Verengung der Diskussion auf Situationen der Unzugänglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist nicht überzeugend. Denn mit jeder Haftanordnung wird in das Freiheitsgrundrecht der Betroffenen eingegriffen. Ist aber die geplante Abschiebung objektiv rechtswidrig und wird dies nachträglich im Verfahren des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes festgestellt, so hat das traditionelle Dogma der Kompetenzverteilung zur Folge, dass ein durch behördliche Fehlentscheidung verursachter rechtswidriger Eingriff in ein hochrangiges Grundrecht hinzunehmen wäre. Dies kann nicht Aufgabe eines Gerichts sein, das die Grundrechte zu beachten hat. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls in den Fällen von einer Prüfungscompetenz der Haftgerichte im Hinblick auf die materiellrechtliche Zulässigkeit der Abschiebung auszugehen, in denen die Behörde begründete Zweifel nicht auszuräumen vermag.

Unstreitig darf Abschiebungshaft nicht verhängt werden, wenn sich – etwa durch entsprechende verwaltungsgerichtliche Beschlüsse – unumstößlich feststellen lässt, dass eine Abschiebung nicht stattfinden darf. Daran angelehnt lässt sich beispielsweise unter Hinweis auf etablierte verwaltungsrechtliche Rechtsprechung gegen die Abschiebung als solche und damit gegen die Haft zur Sicherung der Abschiebung einwenden, dass eine Eheschließung unmittelbar bevorsteht (vgl. OLG Naumburg, B.v. 4.07.2001, 10 Wx 28/01, offengelassen) oder dass eine familiäre Bindung zu Kindern besteht, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten (vgl. z.B. OLG Köln, B.v. 20.06.2001, 16 Wx 122/01). Ähnlich zu bewerten ist die bevorstehende Geburt eines deutschen Kindes. Solcher Vortrag dürfte im Abschiebungshaftverfahren jedenfalls dann aussichtsreich sein, wenn die maßgeblichen Informationen der Behörde entweder neu sind oder aber von ihr verschwiegen wurden.

Praxistipp:

Wenn unter Hinweis auf eine gefestigte – verwaltungsgerichtliche – Rechtsprechung die Durchbrechung des Zuständigkeitsdogmas angestrebt wird, empfiehlt es sich, Entscheidungen des örtlich zuständigen Obergerichtes oder aber des Bundesverwaltungs- bzw. Bundesverfassungsgerichts zu dem entscheidenden Punkt „mundgerecht“ vorzulegen. Je eindeutiger dort die Voraussetzungen eines Abschiebungsverbots formuliert sind, desto naheliegender ist es für das Haftgericht, die Haft nicht anzuordnen.

In einer solchen Situation auf die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinzuweisen, wäre lediglich formal zutreffend. Denn mit der Haftanordnung ist ein schwerwiegender Grundrechtseingriff verbunden, der im Falle seiner Rechtswidrigkeit auch dann zu vermeiden ist, wenn er nur kurze Zeit dauert. In eindeutigen Fällen gleichwohl die Haft mit dem Hinweis anzuordnen, die Aufhebung der Anordnung werde nach entsprechender verwaltungsgerichtlicher Entscheidung erfolgen, stünde im Widerspruch zu der gerichtlichen Verpflichtung, effektiven Grundrechtsschutz sicherzustellen.

Je eindeutiger ein Abschiebungshindernis gegeben ist, um so mehr gilt folgende Erwägung des Bundesverfassungsgerichts als Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:

„Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, von der Sicherungshaft abzusehen, wenn die Abschiebung nicht durchführbar und die Freiheitsentziehung deshalb nicht erforderlich ist (vgl. Kammerbeschluss vom 28. November 1995 - 2 BvR 91/95 -, a.a.O.; Rimmel in GK-AuslR, a.a.O. Rn. 254 ff. m.w.N.). Dieses Verfassungsgebot zwingt weiter dazu, das öffentliche Interesse an der Sicherung der Abschiebung und den Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitige Korrektive zu sehen und gegeneinander abzuwägen; dabei ist immer auch zu bedenken, dass sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Durchsetzung ausländerrechtlicher Vorschriften mit zunehmender Dauer der Haft regelmäßig vergrößern wird.“ (BVerfG, B.v. 15.12.2000, 2 BvR 347/00).

c) Mittelbar: Haftgründe

Daneben ist denkbar, dass im Haftantrag unberücksichtigte Sachverhaltsumstände, die die Zulässigkeit der Abschiebung in Zweifel ziehen, im Wege der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Feststellung der Haftgründe positiv beeinflussen:

„Gleichwohl sind auch für den Haftrichter derart geltend gemachte Umstände nicht völlig unbeachtlich. So dürfen durch den Vollzug der Entscheidung der Verwaltungsbehörde keine vollenden Tatsachen geschaffen werden, (...). Ferner kann durch nachträglich eingetretene Umstände die Anordnung von Abschiebungshaft als Mittel der Sicherung unnötig werden“ (vgl. OLG Köln, B.v. 20.06.2001, 16 Wx 122/01).

Dies dürfte beispielsweise bei erstmalig geltend gemachten familiären Bindungen in Betracht kommen, da diese Anlass geben, geordnete aufenthaltsrechtliche Verhältnisse anzustreben, was wiederum im Widerspruch zu der These einer Vereitelung der Abschiebung durch Untertauchen stehen kann:

„Zum anderen können veränderte Umstände wie eine nachträgliche Eheschließung Bedeutung haben für die vom Haftrichter zu beantwortende Frage, ob die Anordnung von Abschiebungshaft als Mittel der Sicherung der Abschiebung erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist diese Voraussetzung in allen Fällen des § 57 Abs. 2 Ausländergesetz als "vorangestelltes Tatbestandsmerkmal" zu prüfen (BVerfG B.v. 21.05.1987, 2 BvR 800/84 sowie B.v. 13.07.1994, 2 BvL 12/93, 2 BvL 45/93).

Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Eheschließung des Betroffenen und die Tatsache, dass er demnächst Vater eines Kindes - mit deutscher Staatsangehörigkeit (vgl. §§ 3 Nr. 1, 4 RuStAG) - wird, dazu geführt haben, dass er sich der Abschiebung nicht *mehr* entziehen will, weil sich seine Aussichten, auf Dauer in Deutschland leben zu können, entscheidend verbessert haben (zur Berücksichtigung veränderter Umstände im Verfahren auf Anordnung von Abschiebungshaft vgl. BVerfG NJW 1987, 3076).

Das Landgericht hat die Frage der Erforderlichkeit der Abschiebungshaft bislang nicht unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob sich der Betroffene trotz der durch die Eheschließung und die baldige Niederkunft seiner Ehefrau zu seinen Gunsten wesentlich veränderten Rechtslage noch der Abschiebung entziehen werde. Die Feststellung, der Betroffene lehne "die Ausreise nach Pakistan ab, da er sich weiterhin bei seiner Frau aufhalten möchte", trägt die Annahme, die Anordnung von Haft sei zur Sicherung der Abschiebung erforderlich, nicht. Deshalb ist die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben“ (vgl. OLG Karlsruhe, B.v. 11.07.1997, 11 Wx 44/97).

