



Aktenzeichen: 34 Wx 069/09

LG Würzburg 8 T 1240/09

AG Würzburg XIV B 61/09

BESCHLUSS

Der 34. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Lorbacher, des Richters am Oberlandesgericht Hinterberger und der Richterin am Oberlandesgericht Paintner

am 17. November 2009

in der Abschiebungshaftsache

geb. am [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] Bundesrepublik Deutschland ohne festen Wohnsitz,

- Betroffener -

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Stephan Hocks, Eschenheimer Anlage 15, 60318 Frankfurt a.M.,

Beteiligte Ausländerbehörde:

Regierung von Mittelfranken, Zentrale Rückführungsstelle Nordbayern, Veitshöchheimer Straße 100, 97080 Würzburg,

auf die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen vom 10.7.2009

b e s c h l o s s e n :

- I. Es wird festgestellt, dass der Haftanordnungsbeschluss des Amtsgerichts Würzburg vom 24. Juni 2009 und der Beschluss des Landgerichts Würzburg vom 29. Juni 2009, soweit er die Haftanordnung aufrechterhält, rechtswidrig waren.
- II. Eine Kostenerstattung zugunsten des Betroffenen findet nicht statt. Gerichtskosten werden nicht erhoben.
- III. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird abgewiesen.

G r ü n d e :

I.

Die Ausländerbehörde betrieb die Abschiebung des Betroffenen, eines sudanesischen Staatsangehörigen. Der Betroffene reiste nach eigenen Angaben am 30.7.2006 auf dem Seeweg in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein. Sein am 28.8.2006 gestellter Asylantrag wurde mit Bescheid vom 3.4.2007, rechtskräftig seit 29.12.2008, abgelehnt. Zugleich wurde festgestellt, dass Abschiebungshindernisse nicht vorliegen; der Betroffene wurde zur Ausreise aufgefordert und die Abschiebung angedroht. Der seit 29.12.2008 ausreisepflichtige Betroffene verblieb jedoch im Inland. Am 23.6.2009 wurde der Betroffene bei einer Vorsprache in den Amtsräumen der Ausländerbehörde in Polizeigewahrsam genommen.

Auf Antrag der Ausländerbehörde hat das Amtsgericht nach mündlicher Anhörung des Betroffenen mit Beschluss vom 24.6.2009 Haft zur Sicherung der Abschiebung bis zu deren Vollzug, längstens jedoch für die Dauer von zwei Wochen, und die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet. Die dagegen eingelegte sofortige Be-

schwerde hat das Landgericht mit Beschluss vom 29.6.2009 zurückgewiesen. Der Betroffene wurde noch am gleichen Tag abgeschoben. Deswegen beantragt sein anwaltlicher Bevollmächtigter nun die Feststellung, dass der Vollzug von Abschiebungshaft aufgrund des vom Landgericht bestätigten Beschlusses des Amtsgerichts rechtswidrig war; ferner stellt er Kostenantrag und begehrt für die Rechtsbeschwerdeinstanz Prozesskostenhilfe.

II.

Auf das Verfahren sind die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Vorschriften anzuwenden (Art. 111 Abs. 1 FGG-RG vom 17.12.2008, BGBl I S. 2586).

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Hauptsache Erfolg.

1. Der im Rahmen der statthaften, form- und fristgerecht erhobenen sofortigen weiteren Beschwerde (§ 106 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, § 3 Satz 2 FreiHEntzG, § 22 Abs. 1, §§ 27, 29 FGG) gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist nach ständiger Rechtsprechung schon wegen des nach Haftentlassung regelmäßig fortbestehenden, auch hier nicht in Zweifel zu ziehenden Rehabilitationsinteresses (vgl. BVerfG vom 31.10.2005, 2 BvR 2233/05 = wistra 2006, 59) zulässig.

2. Nach der Antragsfassung bildet die Feststellung, dass der polizeiliche Gewahrsam des Betroffenen vom 22. oder 23.6.2009 bis zum Zeitpunkt der richterlichen Sicherungshaftanordnung vom 24.6.2009 rechtswidrig war, nicht den Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die der richterlichen Haftanordnung vorausgehende vorläufige Festnahme einen gesonderten Verfahrensgegenstand bildet, der schon wegen der damit verbundenen Antrags-erweiterung nicht erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren eingeführt werden kann

(Senat vom 6.11.2007, 34 Wx 117/07 zitiert nach juris). Gegenstand des Verfahrens der weiteren Beschwerde ist nur das, worüber das Erstbeschwerdegericht eine Entscheidung getroffen hat (vgl. OLG Hamm FGPrax 2005, 90). Das Landgericht hat jedoch nur über die (fortbestehende) Rechtmäßigkeit der Haft auf der Grundlage des Beschlusses vom 24.6.2009 entschieden, ohne Anlass zu sehen, auch eine feststellende Entscheidung zur vorangegangenen Ingewahrsamnahme zu treffen. Soweit der Betroffene im Rahmen der Rechtsbeschwerdebegründung auch die Rechtswidrigkeit der vorläufigen Festnahme rügt, legt dies der Senat dahin aus, dass er daraus weitergehende Schlüsse auch auf die Rechtswidrigkeit der anschließend auf richterlichem Beschluss begründeten Haft ziehen will.

3. Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Haftgrund des § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG liege vor. Der Betroffene sei aufgrund des Bescheids des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 3.4.2007 seit 29.12.2008 vollziehbar ausreisepflichtig. Für den Betroffenen sei ein Flug für den 29.6.2009 gebucht. Die Abschiebung des Betroffenen sei daher zulässig und innerhalb von zwei Wochen durchführbar. Nachdem der Haftgrund des § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG zu bejahen sei, sei ein milderes Mittel als die Inhaftierung auch bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht gegeben.

4. Die Entscheidung des Landgerichts hätte aus Rechtsgründen (§ 106 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, § 3 Satz 2 FreihEntzG, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, §§ 546, 559 Abs. 2 ZPO) keinen Bestand gehabt.

Zutreffend ist zunächst der Ausgangspunkt des Landgerichts, dass hier nur der Haftgrund des § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG in Betracht kam. Danach kann der Ausländer für die Dauer von längstens zwei Wochen in Sicherungshaft genommen werden, wenn die Ausreisefrist abgelaufen ist und feststeht, dass die Abschiebung durchgeführt werden kann. Es handelt sich dabei - im Gegensatz zu den Haftgründen in Satz 1 - um eine Ermessensvorschrift. Aus der richterlichen Haftanordnung selbst muss deshalb erkennbar sein (vgl. § 6 Abs. 1 FreihEntzG), dass der Richter sich dessen be-

wusst war und sein Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat (z.B. Senat vom 16.1.2006, 34 Wx 172/05 = OLG-Report 2006, 269).

Der Beschluss des Beschwerdegerichts lässt nicht erkennen, dass eine pflichtgemäße Ermessensausübung stattgefunden hat. An demselben Mangel leidet auch die amtsgerichtliche Entscheidung. Beide Gerichte haben ausweislich der für den Senat maßgeblichen Beschlussbegründungen (vgl. § 6 Abs. 1 FreihEntzG; vgl. Senat vom 16.1.2006) nicht beachtet, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dem Tatrichter ein Ermessen zukommt, ob er die beantragte Haft anordnet oder nicht.

Das Rechtsbeschwerdegericht kann zwar nicht die sachliche Richtigkeit der tatrichterlichen Ermessenentscheidung nachprüfen. Zu überprüfen ist jedoch, ob der Tatrichter ein Ermessen überhaupt ausgeübt oder die Notwendigkeit dazu verkannt hat (Senat vom 16.1.2006). An Erwägungen dazu fehlt es in beiden Entscheidungen. Vielmehr geht der jeweilige Tatrichter ersichtlich davon aus, dass mit Ablauf der Ausreisefrist und der Durchführbarkeit der Abschiebung die Haft nach § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG auf Antrag anzuordnen ist. Die Anordnung setzt zwar nach dem Willen des Gesetzgebers nicht (zusätzlich) den begründeten Verdacht voraus, dass sich der Betroffene der Abschiebung entziehen will. Jedoch hat eine Ermessensausübung („kann“) im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots im Hinblick auf den Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen stattzufinden unter Abwägung mit dem Zweck, im Allgemeininteresse eine zügige Durchführung der vollziehbaren Abschiebung zu sichern (OLG Hamm FGPrax 2004, 53 f.). Auch im Rahmen von § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ist daher Voraussetzung einer Haftanordnung die Annahme einer wesentlichen Erschwerung oder Vereitelung der Abschiebung aufgrund konkreter Umstände im Einzelfall, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen, gerade dieser Betroffene stehe der geplanten Abschiebung ohne Vollzug von Haft nicht zur Verfügung (vgl. OLG Hamburg vom 3.2.2004, 2 Wx 128/02 bei Melchior Abschiebungshaft).

Dazu fehlt es an nachprüfbareren Feststellungen. Die Erforderlichkeit von Haft prüft das Landgericht nur unter dem Gesichtspunkt ihrer Dauer. Für eine Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im engeren Sinn (dazu OLG Naumburg vom 13.3.2000, 10 Wx 25/99 bei juris) sieht das Landgericht ersichtlich keinen Raum. Dazu hätte aber bereits deshalb Anlass bestanden, weil die Inhaftnahme des Betroffenen aufgrund einer (nach Aktenlage) freiwilligen Vorsprache des zu keinem Zeitpunkt untergetauchten Betroffenen stattfand.

Jedenfalls nach Entlassung aus der Abschiebungshaft kann ein Mangel des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr nachträglich geheilt werden. Demnach ist antragsgemäß die Rechtswidrigkeit der auf gerichtlicher Anordnung beruhenden Haft vom 24. bis 29.6.2009 festzustellen.

5. Für die Kostenentscheidung gilt Folgendes:

a) Für den dritten Rechtszug ist eine Entscheidung über die Gerichtskosten nicht veranlasst, weil ein entsprechender Gebührentatbestand nicht vorliegt (vgl. § 14 Abs. 3 FreihEntzG). Die Verwaltungsbehörde ist kraft Gesetzes (§ 15 Abs. 2 FreihEntzG) zur Zahlung gerichtlicher Gebühren nicht verpflichtet. Weil der Betroffene in der Sache obsiegt hat, kommt eine Kostentragungspflicht in erster und zweiter Instanz nach § 14 Abs. 2, Abs. 3 FreihEntzG ebenfalls nicht in Betracht. Der Senat spricht dies - klarstellend - aus.

b) Eine Auslagenerstattung zugunsten des Betroffenen findet hingegen nicht statt (§ 16 Satz 1 FreihEntzG). Nach dem verwertbaren Akteninhalt hat ein begründeter Anlass zur Stellung des Haftantrags bestanden. Ein begründeter Anlass ist nicht dasselbe wie das Vorliegen der materiell-rechtlichen Anordnungsvoraussetzungen: Es kommt darauf an, wie die Behörde den Sachverhalt zur Zeit der Antragstellung beurteilen durfte, wenn sie alle ihr zuzumutenden Ermittlungen angestellt hätte (Senat vom 18.11.2008, 34 Wx 081/08). Ziel der Regelung ist in erster Linie, den Ausländerbehörden die zügige Durchführung von vollziehbaren Abschiebungen zu erleichtern. Im gegebenen Fall wäre bei fehlerfreier Ausübung des dem Tatrichter eingeräumten Er-

messens - unter Umständen nach Beiziehung der Ausländerakte – auf der Grundlage des gestellten Antrags eine beanstandungsfreie Haftanordnung in Frage gekommen.

III.

Prozesskostenhilfe konnte trotz Erfolgsaussicht des Rechtsmittels nicht bewilligt werden, weil der anwaltlich vertretene Betroffene die nach § 3 Satz 2 FreihEntzG, § 14 FGG i.V.m. §§ 114, 117 Abs. 2 bis 4 ZPO erforderlichen Unterlagen - wie auch bereits im Rahmen der zweitinstanzlichen Antragstellung - nicht vorgelegt hat.

Lorbacher

Hinterberger

Paintner



Für den Gleichlaut der Ausfertigung
mit der Urschrift:

München,17. NOV. 2009.....

Geschäftsstelle d. Oberlandesgerichts München
Der Urkundsbeamte:

Trinkl
Trinkl

Justizangestellte