

Oberlandesgericht Hamm
Beschluss vom 15.12.2009

T e n o r :

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 10.06.2009 wird zurückgewiesen.

Eine Erstattung außergerichtlicher Auslagen findet nicht statt.

G r ü n d e :

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach den §§ 106 Abs. 2 S. 1 AufenthG, 7 Abs. 1, 3 S. 2 FEVG, 27, 29 FGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Betroffenen ergibt sich daraus, dass das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts zu ihrem Nachteil abgeändert hat.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts, auf dessen Sachverhaltsschilderung verwiesen wird, auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 27 FGG.

Das Landgericht hat zwar zutreffend und unbeanstandet von der Rechtsbeschwerde die materiellen Voraussetzungen der Haftanordnung nach § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 4 AufenthG bejaht. Es ist sodann in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung (BGH NJW 1993, 3069; BayObLG FGPrax 1996, 240; KG FGPrax 1997, 74) zu dem Ergebnis gekommen, dass grundsätzlich auch gegen einen untergetauchten Ausländer die Haft angeordnet werden kann. Dabei hat es allerdings verfahrensrechtlich nicht hinreichend beachtet, dass die von ihm ausgesprochene abschließende Freiheitsentziehung nach Art 104 Abs. 2 S. 1 GG eine vorherige richterliche Anordnung erfordert hätte, so dass nur eine vorläufige Haftanordnung hätte in Betracht kommen können.

Die nach früherem Recht durchaus zulässige vorläufige Anordnung der Haft gegen einen untergetauchten Ausländer erweist sich aber nach neuem Recht nicht mehr als erforderlich. Denn nach § 62 Abs. 4 AufenthG in der Fassung des Gesetzes vom 25.02.2008 ist es nunmehr

der für den Haftantrag zuständigen Behörde (erst) ermöglicht worden, einen Ausländer ohne vorherige richterliche Anordnung festzuhalten und vorläufig in Gewahrsam zu nehmen, wenn der dringende Verdacht für das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 62 Abs. 2 S. 1 besteht, die richterliche Entscheidung über die Anordnung der Sicherungshaft nicht vorher eingeholt werden kann und der begründete Verdacht vorliegt, dass sich der Ausländer der Anordnung der Sicherungshaft entziehen will. In diesen Fällen ist der Ausländer nach § 62 Abs. 4 S. 2 AufenthG unverzüglich dem Richter zur Entscheidung über die Anordnung der Sicherungshaft vorzuführen. Diese Verfahrensweise macht eine vorläufige Haftanordnung entbehrlich und ist auch deshalb der früheren Vorgehensweise vorzuziehen, weil im Zeitpunkt des Erlasses der vorläufigen Haftanordnung noch nicht feststeht, ob der Aufenthalt des Ausländers innerhalb der nur kurzfristig zu bemessenden vorläufigen Haftanordnung bekannt wird und ob der Ausländer tatsächlich am Ort des Gerichts auftaucht, das über den Haftantrag entschieden hat.

Der Senat befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Zweibrücken (InfAusIR 2009, 399), das unter Auswertung der Rechtsprechung des BVerfG (zuletzt NVwZ 2009, 1034 = InfAusIR 2009, 301) zu der Anordnung der Abschiebungshaft für einen seit längerer Zeit untergetauchten Ausländer ausgeführt hat:

"Grundsätzlich erfordert eine Freiheitsentziehung gemäß Art 104 Abs. 2 S. 1 GG eine vorherige richterliche Anordnung. Eine nachträgliche richterliche Anordnung genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste (BVerfGE 22, 311/317). Für die Frage, wann die Freiheitsentziehung ohne richterliche Anordnung erfolgen darf, ist auf den Zeitpunkt der Entscheidung über die Freiheitsentziehung abzustellen (BVerfG NVwZ 2009, 1034). Daraus folgt, dass Freiheitsentziehungen, die konkret geplant werden können, in der Regel einer richterlichen Anordnung bedürfen. Dies setzt aber voraus, dass der Aufenthaltsort des Betroffenen der Ausländerbehörde bekannt und dieser für die Behörde greifbar ist. Ist der Ausländer dagegen - wie hier - untergetaucht kann die Freiheitsentziehung nicht konkret geplant werden. Denn es kann weder der Aufgriffsort noch der Aufgriffszeitpunkt bestimmt werden. Es ist auch nicht absehbar, ob im Zeitpunkt des Ergreifens die Voraussetzungen für die Anordnung von Abschiebungshaft (noch) vorliegen und welche Behörde gegebenenfalls für eine Ingewahrsamnahme zuständig ist (BVerfG aaO). In solchen Fällen sieht § 50 Abs. 7 AufenthG die Möglichkeit der Ausschreibung des Ausländers zur Fahndung vor, die keiner richterlichen Anordnung bedarf. Im Falle der Ergreifung des Ausländers kann dieser gemäß § 62 Abs. 4 AufenthG vorläufig von der Ausländerbehörde

in Gewahrsam genommen und anschließend dem Richter vorgeführt werden (OLGR Zweibrücken 2008, 402 = InfAuslR 2008, 313). Für den Fall, dass der Ausländer untergetaucht und für die Ausländerbehörde nicht greifbar ist, besteht damit eine ausreichende gesetzliche Grundlage für dessen vorläufige Festnahme, mit der gewährleistet ist, dass das aktuelle Bestehen der Voraussetzungen für einen Antrag auf Anordnung von Abschiebungshaft überprüft werden und eine Anhörung erfolgen kann (s.a. OLG Oldenburg NdsRpfl 2008, 252)."

Der Senat folgt diesen Ausführungen, so dass vorliegend die Haft nicht angeordnet werden durfte. Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben.

Von der Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten nach § 16 S. 1 FEVG hat der Senat abgesehen, weil der Beteiligte zu 2) den Antrag auf Anordnung der Haft zu einem Zeitpunkt gestellt hatte, als die Frage der Erforderlichkeit der Haftanordnung aufgrund des neuen Rechts in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden war.