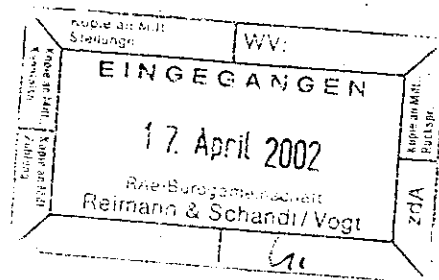




Ausfertigung



# KAMMERGERICHT

## Beschluss

Geschäftsnummer:

25 W 218/01

84 T XIV 72/01 B Landgericht Berlin  
70 XIV 1773/01 B Amtsgericht Schöneberg

In dem Freiheitsentziehungsverfahren  
wegen Verwaltungsgewahrsam zur Sicherung der Abschiebung

betreffend den minderjährigen Staatsangehörigen der Elfenbeinküste (Côte d'Ivoire)

**[REDACTED]**  
(Côte d'Ivoire), gesetzlich vertreten durch seinen Vater **[REDACTED]**  
beide wohnhaft **[REDACTED]**

Antragsteller und -gegner sowie Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Ronald Reimann und Harald  
Schandl, Mehringdamm 34, 10961 Berlin,

Beteiligter:

**Landeseinwohneramt Berlin,**  
Geschäftszeichen: IV B 22,  
Nöldnerstraße 34 – 36, 10317 Berlin,

Antragsteller und -gegner sowie Beschwerdegegner,

hat der 25. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin durch den Vorsitzenden Richter  
am Kammergericht Neuhaus, den Richter am Kammergericht Nielsen und die  
Richterin am Kammergericht Diekmann am 22. März 2002 beschlossen:

- I. Die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers vom 26. Oktober  
2001 gegen den Beschluss der Zivilkammer 84 des Landgerichts Berlin  
vom 28. August 2001 - Az. 84 T XIV 72/01 B – wird zurückgewiesen.

...

- II. Das Land Berlin hat dem Betroffenen die ihm im Verfahren der sofortigen weiteren Beschwerde entstandenen notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

### Gründe:

- I. Die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde, die gemäß § 27 Abs. 1 FGG in Verbindung mit § 561 Abs. 2 ZPO (a. F., § 26 Nr. 10 EGZPO) nur auf Rechtsfehler gestützt werden kann, richtet sich nach den §§ 22 Abs. 1, 27 Abs. 1, 20 a Abs. 2, 29 Abs. 1 und 4 FGG i. V. m. §§ 3 Satz 2, 7 Abs. 1 und 2, 16 Abs. 1 FEVG, § 103 Abs. 2 Satz 1 AuslG. Die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Landgerichts vom 28. August 2001, in dem auf die sofortige Beschwerde des Betroffenen vom 3. Juli 2001 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom [REDACTED] die Feststellung der Rechtswidrigkeit der auf Anordnung des Antragstellers beruhenden Freiheitsentziehung vom [REDACTED] getroffen worden ist, ist zulässig. Die nach § 20 Abs. 1 FGG erforderliche Beschwer ergibt sich aus der zu Lasten des Antragstellers als Veranlasser der Freiheitsentziehungsmassnahme getroffenen Rechtswidrigkeitsfeststellung.
- II. Die sofortige weitere Beschwerde ist allerdings unbegründet, denn das Landgericht hat mit zutreffender rechtlicher Würdigung die vom Betroffenen zulässigerweise begehrte Rechtswidrigkeitsfeststellung getroffen. Schon der festgestellte Umstand, dass für den Betroffenen zum Zeitpunkt seiner Festnahme am Morgen des [REDACTED] im Haushalt seines Vaters noch eine vom Antragsteller bis zum [REDACTED] verlängerte Duldung bestand, steht nach Auffassung des Senates letztlich einer Rechtmäßigkeit der vom Antragsteller für diesen Zeitraum zur Durchsetzung einer Abschiebung veranlassten Freiheitsentziehungsmassnahme entgegen.
1. Der Feststellungsantrag des Betroffenen ist entgegen der vom Amtsgericht und zunächst vom Antragsteller vertretenen Auffassung zulässig. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, dass der Betroffene, der auf Veranlassung des Antragstellers vom [REDACTED] an bis zur gerichtlichen Entlassungsanordnung am [REDACTED] in polizeilichen Abschiebegewahrsam gewesen ist, trotz der Zurückweisung

...

des im Termin vom 17. Mai 2001 vom Antragsteller gestellten und auf § 57 Abs. 2 Satz 2 AuslG gestützten Haftantrages durch Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 17. Mai 2001 ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse bezüglich der Feststellung der Rechtswidrigkeit der freiheitsentziehenden Verwaltungsmaßnahmen habe, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Mit Rücksicht auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Reichweite der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz bei den nach Art. 104 Abs. 2 GG unter Richtervorbehalt gestellten tiefgreifenden Grundrechtseingriffen einer Freiheitsentziehungsmaßnahme (EuGRZ 1997, 374 – 376: für polizeilichen Unterbindungsgewahrsam; NJW 1997, 2165 f.: für Durchsuchungsanordnung; NJW 1998, 2432 f.: für vorläufige Unterbringungsmassnahme; NJW 1999, 3773 f.: für Freiheitsentziehung zur Durchsetzung eines Platzverweises; zuletzt zu Abschiebungshaftsachen noch weitergehend im Beschluss vom 5. Dezember 2001 zu 2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/99 und 2 BvR 1777/99, bisher nur im Leitsatz in ZAR 2002, 113 veröffentlicht) soll bei einem Freiheitsverlust durch Inhaftierung ein Rehabilitierungsinteresse zu indizieren, da die Haftanordnung geeignet sei, das Ansehen in der Öffentlichkeit herabzusetzen, weil sie impliziere, dass der betroffene Ausländer sich in einer Weise gesetzeswidrig verhalte – oder drohe sich so zu verhalten –, die seine Inhaftierung rechtfertige. Dieses Rehabilitierungsinteresse begründet auch nach Erledigung der Maßnahme ein von Art. 19 Abs. 4 GG umfasstes Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung der Rechtswidrigkeit. Die Rechtsschutzgewährung durch die Fachgerichte soll im Hinblick auf dieses Rehabilitierungsbedürfnis weder vom konkreten Ablauf des Verfahrens und dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme noch davon abhängen, ob in Abschiebungshafffällen Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden kann (insoweit anders noch der BGH in BGHZ 139, 254; NJW 1998, 2829, ebenso BayObLGZ 1997, 287, 288; 1997, 298, 300; OLG Hamm, NJW 1998, 463, 464; OLG Schleswig, FGPrax 1999, 99; OLG Düsseldorf, FGPrax 1998, 117 f.; OLG Karlsruhe, FGPrax 1998, 118; mit

...

Einschränkungen BayObLG FGPrax 1999, 120: für Unterbringung bis zu 6 Wochen; BayObLG InfAuslR 2001, 445 f.: für die auf 6 Wochen begrenzte Vorbereitungshaft nach § 57 Abs. 1 Satz 2 AuslG; BayObLG NVwZ-Beilage 2001, 110 f.: für Gewahrsam wegen Botschaftsvorführung; OLG Karlsruhe InfAuslR 2001, 179 f.: für vorläufige Haftanordnung nach § 11 FEVG; ebenso Pfälzisches OLG Zweibrücken InfAuslR 2001, 446 f.; unter Hinweis auf die mögliche Wiederholungsgefahr noch weitergehend Landgericht Lüneburg InfAuslR 2001, 294 f.).

Die mit der Abschiebungshaft ebenso wie mit einer präventiven Ingewahrsamnahme verbundene Freiheitsentziehung stellt für den Betroffenen stets einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar, der über eine bloße Freiheitsbeschränkung hinausgeht, so dass allenfalls mit einer am Einzelfall orientierten Begründung ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse verneint werden kann. Das Landgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei auf die diskriminierende Wirkung einer solchen Ingewahrsamnahme hingewiesen und insoweit das Feststellungsinteresse in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der hier gegen einen Minderjährigen gerichteten Maßnahme bejaht.

2. Das Feststellungsinteresse ist nicht durch den Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 17. Mai 2001 entfallen. Im Lichte der neueren Rechtsprechung kann es zum Ausschluss des Feststellungsbedürfnisses nicht ausreichen, wenn sich eine nur in die Zukunft wirkende gerichtliche Entscheidung über die Haftanordnung im Einzelfall auch tatsächlich über die Rechtmäßigkeit eines ihr vorausgegangenen Verwaltungshandelns mit Freiheitsentziehungswirkung verhalten hätte (so noch KG OLGZ 82, 423, 430 auf der Grundlage der damaligen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Zwar kann bei Zurückweisung eines Haftantrages mit Kostenlast für das vom Antragsteller vertretene Land und Unanfechtbarkeit dieser Entscheidung ein ansonsten anzunehmendes Rechtsschutzinteresse weggefallen sein, wenn der als von vornherein unbegründet oder unverhältnismäßig zurückgewiesene Haftantrag den gesamten Zeitraum des in diesem Zusammenhang veranlassten Verwaltungsgewahrsams des Betroffenen bis zu einer gerichtlich angeordneten Verbringung in den Abschiebegewahrsam dadurch erfasst

...

hat, dass der Haftantrag noch vor Beginn der Freiheitsentziehungsmaßnahme beim zuständigen Amtsgericht eingegangen ist (vgl. Beschluss des Senats vom 4. Februar 2002 zu 25 W 60/01). In einem solchen Fall ist die veranlasste Verwaltungsmaßnahme von vornherein einer gerichtlichen Entscheidung unterstellt gewesen. Das angerufene Amtsgericht kann sogleich nach Eingang des Antrags die sofortige Freilassung des Betroffenen anordnen, sofern eine tragfähige Begründung für den Eingriff in Freiheitsrechte gar nicht vorliegt. Hier ist jedoch der auf einen Zeitraum von 6 Wochen bezogene Haftantrag nach den fehlerfreien Feststellungen des Landgerichts erst am [REDACTED] um [REDACTED] per Fax beim Amtsgericht Schöneberg eingegangen, mithin mehr als 8 Stunden nach der Festnahme und sogar noch deutlich nach Eingang eines Entlassungsantrags des Betroffenenvertreters um [REDACTED] so dass mit dem Ausspruch des Amtsgerichts Schöneberg weder ausdrücklich noch konkludent die Rechtswidrigkeit aller zur Durchsetzung des Haftbegehrens eingesetzten Verwaltungsmaßnahmen festgestellt sein kann. Der Umstand, dass die Zurückweisung des Haftantrages zumindest den Zeitraum ab Antragstellung um [REDACTED] Uhr erfaßt hat, macht es nicht erforderlich, das Begehren zur Rechtswidrigkeitsfeststellung auf den davorliegenden Zeitraum zu beschränken, da der Antragsteller auch für den danach fortdauernden Gewahrsam die wesentlichen Ursachen gesetzt hat.

3. § 13 Abs. 2 FEVG sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass eine Verwaltungsmaßnahme, die sich als Freiheitsentziehung darstellt, ebenfalls in dem insoweit eröffneten gerichtlichen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit angefochten werden kann. Das Landgericht ist zu Recht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht der vom Amtsgericht Schöneberg in seinem Beschluss vom 25. Juni 2001 vertretenen Rechtsauffassung gefolgt, wonach die vom Antragsteller am [REDACTED], zum Zwecke der Direktabschiebung, angeordnete Maßnahme deshalb als „genehmigungsfreie Freiheitsbeschränkung,“ angesehen werden könne, weil die Abschiebung zunächst für den 17. Mai 2001 vorgesehen war. Bei der Abgrenzung einer bloßen

...

Freiheitsbeschränkung im Sinne von Art. 104 Abs. 1 GG von der tiefer in Freiheitsrechte einschneidenden und daher dem Richtervorbehalt nach Art. 104 Abs. 2 GG unterliegenden Freiheitsentziehung sind zwar vorübergehende kurzfristige Beeinträchtigungen der körperlichen Bewegungsfreiheit, insbesondere im Zusammenhang mit gesetzlich gebotenen Zwangsmassnahmen, auszuklammern (ausführlich zu den verschiedenen Abgrenzungsversuchen schon der BGH im Beschluss vom 17. Dezember 1981 zu VII ZB 8/81 = NJW 1982, 753 f. in Bezug auf die zwangsweise Vorführung zur ärztlichen Untersuchung beim Gesundheitsamt; vgl. jetzt auch BGH FamRZ 2001, 149; KG in OLGZ 82, 423, 428 f.: Ergreifung zur Vorführung vor dem Richter), doch sollte die vom Antragsteller vorgesehene Massnahme von vornherein weit über den mit der Durchsetzung einer bloßen Direktabschiebung verbundenen „einfachen unmittelbaren Zwang,“ hinausgehen. Der Betroffene sollte nicht nur aus seiner Wohnung abgeholt und unmittelbar zu dem für die Abschiebung vorgesehenen Flugzeug gebracht werden, sondern es war jedenfalls vorgesehen, dass er für mehr als einen Tag gegen seinen Willen im Abschiebegewahrsam verbleiben sollte. Wenn eine Person gegen ihren Willen in einem Haftraum untergebracht wird und sich der Abschiebevorgang über viele Stunden erstreckt, liegt jedenfalls eine Freiheitsentziehung im Sinne von § 2 Abs. 1 FEVG vor (BVerwGE 62, 317, 318; BVerwG NJW 1982, 536 ff.; Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl. 2001, zu F § 2 FEVG, Rn. 1 – 4 mit weiteren Nachweisen).

In einem solchen Fall ist entsprechend Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG und § 13 Abs. 1 Satz 1 FEVG für die an sich nur nach vorangegangener richterlicher Entscheidung zulässige Freiheitsentziehung unverzüglich eine solche Entscheidung nachzuholen. Die Regelung in Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG, wonach „die Polizei aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten darf,“ und der damit korrespondierende § 13 Abs. 1 Satz 2 FEVG gibt nicht schon die unbedingte Befugnis, einen vorläufig Festgenommenen bis zum Ablauf dieses Zeitraums festzuhalten (so schon KG in DVBl. 1968, 470 f.), wie es der Antragsteller mit seinem Hinweis auf

...

die durch die Dienstorganisation der beteiligten Behörden und Gerichte gebotene Gewähr einer innerhalb dieser Frist erfolgenden richterlichen Vorführung und Anhörung offenbar meint. Das Wort „unverzüglich“, schließt eine regelmäßige Ausschöpfung dieser Maximalfrist im Rahmen einer „üblichen Verwaltungspraxis“, auf die der Antragsteller verweist, aus. Diese verfassungsrechtliche Maßgabe ist nicht im Sinne von § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“, auszulegen, sondern dahin, dass die „richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen (tatsächlichen oder rechtlichen) Gründen rechtfertigen lasse, nachgeholt werden müsse“, wobei es nicht erforderlich ist, dass den Polizeibehörden zu jeder Tag- und Nachtzeit durch die Einrichtung eines richterlichen Eil- und Bereitschaftsdienstes ein Richter zur Entscheidung zur Verfügung steht (BVerwG 45, 51, 63 f.; zu Verzögerungsursachen im justiziellen Bereich jetzt aber noch weitergehend Racher in Lisker/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, F 533 f. unter Hinweis auf die strengeren Anforderungen in der zu richterlichen Durchsuchungsanordnungen ergangenen Entscheidung des BVerfG vom 20. Februar 2001, NJW 2001, 1121, 1122). Insoweit hängt es stets von den Umständen des Einzelfalls ab, welcher Zeitraum danach als sachlich legitimiert angesehen werden kann (EGMR NJW 2001, 51, 53). Das Landgericht hat den vom Antragsteller erst nach Scheitern der zunächst für den Folgetag vorgesehenen Abschiebung gestellten Haftantrag rechtsfehlerfrei als nicht mehr „unverzüglich“, gewürdigt, weil bei rechtzeitig veranlasster richterlicher Vorführung des schon Anfang Mai 2001 zur Festnahme vorgesehenen Betroffenen noch am selben Tage über den gestellten Haftantrag entschieden worden wäre. Selbst wenn der Antragsteller zunächst aus sachlichen Gründen von einem rechtlich möglichen Vorabhaftantrag (vgl. BayObLGZ 96, 180 f.) in Bezug auf den Betroffenen, der unter seiner Meldeanschrift beim Vater verfügbar war, wo er auch festgenommen wurde, abgesehen haben sollte, etwa weil er bei einer solchen Antragstellung ein Untertauchen des gewarnten Betroffenen nicht für ausgeschlossen hielt, hätte er den Haftantrag zumindest vorbereiten und am Morgen des [REDACTED] sogleich nach der Festnahme dem Amtsgericht per Fax zuleiten können, um eine sofortige

...

richterliche Vorführung zu ermöglichen. Der Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 16. Mai 2001, mit dem der verfahrenseinleitende Entlassungsantrag des Betroffenenvertreters zurückgewiesen worden ist, zeigt, dass am fraglichen Wochentag ein Haftrichter verfügbar gewesen wäre. Es ist nicht erkennbar, dass eine vorherige Verbringung in den Abschiebegewahrsam bei einer Ingewahrsamnahme, die vom Antragsteller selbst zeitlich vorher bestimmt werden kann, organisatorisch unvermeidbar wäre.

Es sprechen auch durchgreifende Gründe der Prozessökonomie für den in der Vorschrift des § 13 Abs. 2 FEVG enthaltenen Ausschluss des an sich gegen solche Maßnahmen eröffneten Verwaltungsweges und die ausnahmsweise Übertragung der Rechtmäßigkeitskontrolle insgesamt auf den Haftrichter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, obwohl dieser an sich nur mit Wirkung für die Zukunft eine gerichtliche Haftanordnung trifft, ohne zu prüfen, ob und inwieweit eine vorangegangene Verwaltungsmaßnahme rechtmäßig war (BVerwGE 62, 317, 321 ff.; insoweit KG OLGZ 82, 423, 427 kritisch zur Anwendung dieser „systeminadäquaten Rechtswegregelung, auf den Fall, dass sich der Betroffene schon bei erstmaliger Anrufung des Gerichts wieder in Freiheit befindet). Eine verwaltungsgerichtliche Fortsetzungsfeststellungsklage im Rahmen von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO findet nur noch in den Fällen statt, in denen eine polizeiliche Freiheitsentziehung ohne Herbeiführung einer Entscheidung des im Freiheitsentziehungsverfahren zuständigen Amtsgerichts beendet worden ist (OVG Bremen NVwZ-RR 1997, 474; Thüringisches OVG DÖV 1999, 879 f.).

Es ist zwar zu bedenken, dass § 31 Abs. 3 Satz 1 des in Berlin geltenden Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes vom 14. Februar 1992 (ASOG, GVBl. 119) für die insoweit nach § 31 Abs. 2 ASOG – ebenso wie in den Polizeigesetzen anderer Bundesländer – gesetzlich ausdrücklich geregelte Überprüfungsmöglichkeit mit zumindest zwei Instanzen für die polizeilichen Freiheitsentziehungsmaßnahmen, die vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung beendet worden sind (BayObLG BayVBl. 1999, 124: auch wenn die Beendigung erst durch eine gerichtliche Entlassungsanordnung eintritt), die Zuständigkeit des Amtsgerichts

...



Tiergarten eröffnet, also eines anderen Gerichts als des in Berlin für Abschiebehaftsachen berufenen Amtsgerichts Schöneberg, doch veranlasst das keine Einschränkung der Prüfungsermächtigung für das Amtsgericht, das im Rahmen einer Abschiebehaftsache mit einem als rechtswidrig beanstandeten freiheitsentziehenden Verwaltungshandeln der Ausländerbehörde befasst wird. Insoweit sprechen die vom Bundesverwaltungsgericht angeführten Erwägungen der Verfahrensökonomie auch dafür, dass der Abschiebehaftrichter bei entsprechender Rüge auch die Rechtmäßigkeit eines dem Zeitraum der Haftantragstellung unmittelbar vorangegangenen und im selben sachlichen Zusammenhang veranlassten Verwaltungsgewahrsams umfassend zu prüfen hat, ohne dass es darauf ankommen kann, ob die Maßnahme des Antragstellers im konkreten Einzelfall ausländerrechtlich, strafprozessual oder polizeirechtlich legitimiert sein kann.

4. Da die Ausländerbehörden nach dem für sie massgeblichen bundeseinheitlichen Ausländerrecht nicht befugt sind, selbst ohne richterliche Vorabanordnung Maßnahmen zur Durchsetzung von Abschiebehaftsachen zu treffen (BVerwG BVerwGE 62, 317, 320; BGH NJW 1993, 3069, 3070; OLG Frankfurt InfAuslR 1995, 361 f. und NVwZ 1998, 213 f.; KG, InfAuslR 1997, 34 f. und FGPrax 2001, 40 f.; Marschner / Volckart, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl. 2001, zu F § 2 FEVG, Rn. 5 und zu § 11 Rn. 2), kann sich eine Ermächtigungsgrundlage für die Festnahme des Betroffenen und den anschließenden Verwaltungsgewahrsam nur entweder aus dem Berliner Polizei- und Ordnungsrecht oder aus dem Strafprozessrecht ergeben.

Aus dem Strafprozessrecht können nur ausnahmsweise die jedermann zustehenden Festnahmerechte (§ 127 Abs. 1 StPO) eine von den Ausländerbehörden veranlasste kurzzeitige Freiheitsentziehungsmaßnahme tragen, weil jemand auf frischer Tat betroffen wird und er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Das vorläufige Festnahmerecht nach § 127 Abs. 2 StPO bei Gefahr im Verzug steht ohnehin nur der Staatsanwaltschaft und den Beamten des Polizeidienstes zu, nicht jedoch den Angehörigen der sonstigen Verwaltungsbehörden.

...

Dem Beschwerdegericht ist darin zu folgen, dass im Rahmen der Prüfung einer Legitimation für den Antragsteller aus dem Berliner Polizei- und Ordnungsrecht nicht anstelle der speziell für den freiheitsentziehenden Eingriff der Ingewahrsamnahme geltenden Regelung des § 30 ASOG auf die Generalklausel des § 17 Abs. 1 ASOG zurückgegriffen werden kann (so noch die Zivilkammer 88 im Beschluss vom 26. Januar 2001 - Az. 88 T XIV 433/00 B -), denn ein tiefgreifender Grundrechtseingriff kann stets nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der speziellen Eingriffsnorm zugelassen werden.

Das Landgericht hat weiter zutreffend festgestellt, dass es auch an einer landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für eine auf Anordnung des Antragstellers beruhende Freiheitsentziehung fehlt. Der allein in Betracht kommende § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG gestattet es nur der Polizei und nicht dem Antragsteller, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern. Nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer sich als Ausländer entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhält und keine Duldung nach § 55 Abs. 1 AuslG besitzt. Soweit durch eine polizeilich in eigener Verantwortung veranlasste Festnahme, selbst wenn diese auch im Zusammenhang mit einem Hinweis der mit der Ausländerüberwachung betrauten Ordnungsbehörden steht, zugleich mit der Ermöglichung der unverzüglichen Vorführung beim Abschiebebehälter verhindert werden soll, dass durch eine beschleunigte Abschiebung weitere Tage eines sonst illegalen Aufenthalts des betroffenen Ausländers in Deutschland anfallen, hat der Senat keine grundsätzlichen Bedenken, dass ausnahmsweise eine ordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage zugunsten der Polizei aus dem Berliner Polizei- und Ordnungsrecht abzuleiten sein kann. Zumindest wenn im Einzelfall davon auszugehen ist, dass das mit der Festnahme und der kurzfristigen Ingewahrsamnahme unterbundene zukünftige Untertauchen des Betroffenen den Straftatbestand des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG erfüllen würde, was der Fall sein kann, solange die freiwillige

...

Ausreise dem entsprechend verpflichteten Betroffenen möglich ist und keine Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung besteht (KG, StrV 1999, 95 – 97: auf einen Anspruch auf Erteilung einer solchen kommt es nicht an, es kann jedoch die Strafbarkeit wegen Unterlassens unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit des Handelns ausgeschlossen sein; vgl. dazu auch Amtsgericht Tiergarten StrV 1999, 260 f.), kann es aus Sicht des Senates nicht grundsätzlich rechtswidrig sein, wenn die nicht zu entsprechenden Anordnungen berechnete Ausländerbehörde die mit entsprechenden Präventivbefugnissen ausgestattete Polizei auf das drohende Untertauchen eines ihr bekannten, illegal in Deutschland aufenthältlichen Ausländers und die umgehend beabsichtigte Haftantragstellung zur Durchsetzung einer möglichen Abschiebung hinweist, solange dieses Amtshilfeersuchen nicht als eine für die Polizei verbindliche Haftanordnung gefasst ist oder verstanden wird.

Soweit die oben erwähnten obergerichtlichen Entscheidungen vor allem die eingeschränkten Eingriffsbefugnisse der Ausländerbehörde betonen - zuletzt der vom Betroffenenvertreter zum Beleg für seine weitergehende Auffassung angeführte Beschluss des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 14. Dezember 2001 in einer Strafsache (1 Ss 227/01) - würdigen sie aus Sicht des Senates nicht abschließend, dass sowohl das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 62, 317, 320) als auch der BGH (NJW 1993, 3069, 3070) durchaus die Möglichkeit einer Festnahme auf der Grundlage von landesrechtlichen Vorschriften des Polizeirechts offengelassen haben, wie sie im Schrifttum von Welte befürwortet wird (DÖV 1989, 114 ff.; derselbe in Jakober, Aktuelles Ausländerrecht, Stand Dezember 2000, zu A 1.1.1 Rn. 6). Auch das OLG Zweibrücken hat im vorgelegten Beschluss vom 14. Dezember 2001 eine Anwendbarkeit der landesrechtlichen Bestimmungen zum Polizeigewahrsam insoweit angenommen, „als die Ingewahrsamnahme zur Abwehr spezifischer polizeirechtlicher Gefahren erforderlich ist,“ (ebenso Marschner / Volckart, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl. 2001, zu § 2 FEVG, F Rn. 5). Es hat insoweit lediglich festgestellt, die dort gegen den Angeklagten ergriffenen Zwangsmassnahmen nicht unter diesen Voraussetzungen ergangen seien. Der Beschluss des OLG Frankfurt vom 22. Mai 1997

...

(NVwZ 1998, 213 f.) betrifft einen Fall, in dem gerade der Festnahmezweck offengeblieben ist, weshalb das OLG letztlich keine Veranlassung gehabt hatte, eine mögliche polizeiliche Eingriffsermächtigung aus dem Landesrecht abschließend zu prüfen. Soweit der Senat mehrfach bezogen auf Abschiebehaftentscheidungen (InfAuslR 1997, 34 f. und FGPrax 2001, 40 f.) darauf hingewiesen hat, dass ein vorläufiger Verwaltungsgewahrsam dem Freiheitsentziehungsrecht fremd sei, wäre insoweit klarzustellen, dass dies nicht für Massnahmen gilt, die im Einzelfall zur Verhinderung von Straftaten polizeiordnungsrechtlich geboten erscheinen, denn das solche rechtlich möglich und zulässig sein können, ergibt sich schon aus den diesbezüglichen Regelungen in den §§ 30 Abs. 1 Nr. 2, 31 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ASOG. Da sich auch aus dem Ausländergesetz Straftatbestände ergeben, erscheint es nicht geboten, einen polizeirechtlichen Unterbindungsgewahrsam in solchen Fällen grundsätzlich auszuschließen, nur weil zugleich auch in Abstimmung mit der Ausländerbehörde als der zuständigen Fachdienststelle die unverzügliche Vorführung beim Abschiebehafttrichter veranlasst werden soll. Es muss jedoch klar sein, dass die letztliche Entscheidungsverantwortlichkeit in Bezug auf die Festnahme bei den insoweit allein zuständigen Polizeikräften liegt. Hier stellt es sich jedoch nach den Feststellungen des Landgerichts so dar, dass die Polizei bei der Festnahme des Betroffenen einer Anordnung des Antragstellers gefolgt ist, für die es an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt.

Selbst wenn nur eine bloße Mitwirkung der an der Abschiebung interessierten Ausländerbehörde stattgefunden hätte, wäre die unmittelbar bevorstehende Begehung einer Straftat nach dem Ausländergesetz als mögliche Eingriffsgrundlage für eine als Unterbindungsgewahrsam getroffene Maßnahme der Polizei nicht feststellbar, da zumindest die Voraussetzungen für eine Verwirklichung des Straftatbestandes des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG auf Seiten des Betroffenen nicht vorgelegen haben dürften. Dem steht schon die formelle Geltungsdauer der Duldung entgegen, abgesehen davon, dass stets auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes für ein solches nur vorsätzlich begehbare Delikt zu prüfen wäre. Am Vorsatz dürfte es jedoch fehlen, solange der

...

Betroffene nach seinem Kenntnisstand vom Bestehen eines Abschiebungs- oder Ausreisehindernisses ausgehen darf. Hier hat der Antragsteller selbst dem Betroffenen am 23. Januar 2001 eine Duldung erteilt und diese später bis zum 18. Mai 2001 verlängert, weil der im September 2000 ohne Visum mit seinem seit längerem in Deutschland lebenden Vater eingereiste Minderjährige ab Vollendung des 16. Lebensjahres im November 2000 für Abschiebung und Ausreise einen eigenen Pass benötigte, der vom Antragsteller bei der deutschen Auslandsvertretung in Abidjan angefordert werden sollte. Es ist vom Antragsteller nicht dargelegt, dass die erst zum 18. Mai 2001 ablaufende Duldung nach Eingang des Reisedokuments bei der Ausländerbehörde am 12. April 2001 und noch vor der Festnahme am [REDACTED] wirksam gegenüber dem Vater des Betroffenen oder dessen Verfahrensbevollmächtigten widerrufen worden wäre. Auch wenn die nach § 55 Abs. 2 AuslG erteilte Duldung gemäß § 56 Abs. 1 AuslG die Ausreisepflicht sowie die Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts unberührt gelassen hat, entfällt der damit verbundene Verzicht der Ausländerbehörde auf die Abschiebung wegen eines vorübergehenden Abschiebungshindernisses nicht automatisch, sobald das Hindernis (für die Ausländerbehörde) beseitigt ist. Vielmehr bedarf es nach der eindeutigen Regelung in § 56 Abs. 5 AuslG stets eines schriftlichen Widerrufs des begünstigenden Verwaltungsaktes (vgl. Kloesel / Christ / Häußler, Kommentar zum Ausländerrecht, Stand Mai 2000, zu § 56 AuslG, insbesondere Rn. 10 – 14; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Oktober/Dezember 1997, zu § 56 AuslG Rn. 14 und 18; Renner, Ausländerrecht 7. Aufl. 2001 Rn. 6), damit der Betroffene sich durch weiteren Aufenthalt im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland strafbar machen kann und damit gegen ihn noch vor Ablauf des Duldungszeitraums Abschiebungsmassnahmen eingeleitet werden können. Erst nach Erlöschen der Duldung, wobei dieser Fall durch Ablauf der Geltungsdauer, Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Widerruf eintreten kann (vgl. Kloesel / Christ / Häußler, Kommentar zum Ausländerrecht, Stand Mai 2000, zu § 56 AuslG, Rn. 9), können und müssen diese dann unverzüglich ohne weitere Abschiebungsandrohung

...

und fristsetzende Ankündigung veranlasst werden, sofern der Ausländer nicht länger als ein Jahr geduldet war (§ 56 Abs. 6 Satz 1 und 2 AuslG). Im vorliegenden Fall war eine entsprechende Benachrichtigung vom Eingang des Passes beim Antragsteller schon deshalb geboten, weil der Betroffene ohne diesen auch nicht freiwillig hätte ausreisen können, so dass ihm wegen seines Verbleibs in Deutschland kein strafrechtlicher Unterlassensvorwurf gemacht werden konnte.

- III. Die Kostenentscheidung beruht auf der zwingenden Regelung des § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG, da der Antragsteller die auf Seiten des Betroffenen im Verfahren der sofortigen weiteren Beschwerde angefallenen Anwaltskosten durch ein unbegründetes Rechtsmittel veranlaßt hat.

Neuhaus

Diekmann

Nielsen

Ausgefertigt

  
Justizangestellte

