

1. In Fällen, in denen gegen einen Ausländer ein Ermittlungsverfahren eingeleitet oder Anklage erhoben ist, ist stets von Amts wegen zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Abschiebung trotz des laufenden Strafverfahrens einverstanden ist.
2. Auf die Frage, ob § 64 Abs. 3 Satz 1 AuslG dem Schutz des Ausländers zu dienen bestimmt ist, kommt es nicht an; dies ergibt sich aus § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG.
3. Beruht die Anordnung der Abschiebungshaft auf einem Verfahrensfehler und erledigt sich die Maßnahme später, stellt das Rechtsbeschwerdegericht deren Rechtswidrigkeit fest.

3 W 242/02
2 T 746/02
Landgericht Koblenz
7 XIV 3440.B
Amtsgericht Neuwied

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken
Beschluss vom 30.12.2002

In dem Verfahren

betreffend die Anordnung von Abschiebungshaft,
an dem beteiligt sind:

.....

hat der 3. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken
durch

auf die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen vom 10./12.

Dezember 2002 gegen den seinen Verfahrensbevollmächtigten

am 3. Dezember 2002 zugestellten Beschluss der 2. Zivilkammer

des Landgerichts Koblenz vom 27. November 2002

ohne mündliche Verhandlung

am 30. Dezember 2002

beschlossen:

1. Der angefochtene Beschluss und der Beschluss des Amtsgerichts Neuwied vom 30. Oktober 2002 - 7 XIV 3440.B - werden aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass die durch den vorbezeichneten Beschluss des Amtsgerichts Neuwied gegen den Betroffenen angeordnete Abschiebungshaft rechtswidrig war.

3. Der Betroffene trägt keine Gerichtskosten. Die außergerichtlichen Kosten des Betroffenen werden, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, dem Landkreis auferlegt.

Gründe:

I.

Die Ausländerbehörde (Beteiligte zu 2) betrieb die Abschiebung des Betroffenen, eines Staatsangehörigen. Dieser wurde am [REDACTED] vom Amtsgericht zu einer Freiheitsstrafe von [REDACTED] bei Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Auf seine Berufung bestimmte das Landgericht Termin zur Hauptverhandlung auf den [REDACTED]

Mit Beschluss vom 30. Oktober 2002 ordnete das Amtsgericht Neuwied gegen ihn zur Sicherung seiner Abschiebung mit sofortiger Wirksamkeit Abschiebungshaft auf die Dauer von längstens drei Monaten an.

Die vom Betroffenen hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht Koblenz am 27. November 2002 zurückgewiesen. Daraufhin schob die Beteiligte zu 2) den Betroffenen am 9. Dezember 2002 in sein Heimatland ab.

Gegen den Beschluss des Landgerichts wendet sich der Betroffene mit seiner am 12. Dezember 2002 bei Gericht eingegangenen sofortigen weiteren Beschwerde.

II.

1. Die sofortige weitere Beschwerde ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (§§ 103 Abs. 2 AuslG, 3 Satz 2, 7 FEVG, 29 Abs. 1, 2 und 4, 22 Abs. 1 FGG). Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde wird nicht dadurch berührt, dass sich die Haftanordnung vor Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde durch die Abschiebung des Betroffenen erledigt hat. Denn im Hinblick auf das bei einer Freiheitsentziehung gegebene Rehabilitierungsinteresse besteht ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer solchen Maßnahme auch noch nach deren Beendigung. Auf den Zeitpunkt der Erledigung kommt es nicht an (BVerfGE 104, 220; Senat, Beschlüsse vom 23. April 2002 - 3 W 66/02 - und vom 24. April 2002 - 3 W 68/02 -). Einen ausdrücklichen Feststellungsantrag brauchte der Betroffene nicht zu

stellen (Senat, NVwZ-Beilage I 11/2002, 116; Beschluss vom 18. Dezember 2002 - 3 W 238/02 -; Keidel/Kahl, FG 14. Aufl. § 27 Rdnr. 11 m.w.N.).

2. In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG). Das Beschwerdegericht hat - ebenso wie das Amtsgericht - den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt (§§ 103 Abs. 2 Satz 1 AuslG, 3 Satz 2 FEVG, 12 FGG). Die Vorinstanzen haben außer Acht gelassen, dass aufgrund der noch nicht rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG der Anordnung von Sicherungshaft entgegenstehen konnte. Die Vorschrift schließt Sicherungshaft aus, wenn eine rechtmäßige Abschiebung innerhalb der nächsten drei Monate nicht durchgeführt werden kann und das bestehende Abschiebungshindernis vom Betroffenen nicht zu vertreten ist.

a) In Fällen, in denen gegen einen Ausländer ein Ermittlungsverfahren eingeleitet oder Anklage erhoben ist, darf die Abschiebung gemäß § 64 Abs. 3 Satz 1 AuslG nur im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft vollzogen werden; das Fehlen des Einvernehmens hat der Ausländer nicht zu vertreten (§ 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG). In solchen Fällen ist daher gemäß § 12 FGG stets von Amts wegen zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Abschiebung trotz des laufenden Strafverfahrens einverstanden ist (BayObLG NVwZ-Beilage I 1/2002, 15; BayObLGR 2001, 87; OLG Düsseldorf InfAuslR 1995, 207; FGPrax 2001, 130; OLG Frankfurt am Main StV 2000, 377; OLG Schleswig NVwZ-Beilage I 7/2000, 87; 1 12/2000, 151; LG Bielefeld InfAuslR 2001, 347). Das Erfordernis, das Einvernehmen der zuständigen Staatsanwaltschaft herbeizuführen, entfällt jedenfalls nicht vor dem rechtskräftigen Abschluss des strafprozessualen Erkenntnisverfahrens (so OLG Düsseldorf - 3. Zivilsenat - InfAuslR 1995, 207; Peglau ZAR 2002, 242, 243; weiter gehend BayObLG, jew. aaO, OLG Düsseldorf - 26. Zivilsenat - FGPrax 2001, 130 und OLG Karlsruhe StV 2001, 467, die auf den Zeitpunkt der Erledigung des staatlichen Strafanspruchs, etwa durch Beendigung der Strafvollstreckung, abstellen).

Nach diesen Grundsätzen liegt hier ein Verstoß gegen § 12 FGG vor. Amts- und Landgericht hätten im Abschiebungshaftverfahren aufklären müssen, ob die zuständige Staatsanwaltschaft bereit war, ihr Einvernehmen zu erteilen. Eine Erklärung der Staatsanwaltschaft ist jedoch nicht

eingeholt worden. Das Landgericht hat gemeint, hiervon absehen zu können, weil § 64 Abs. 3 AuslG nicht dem Schutz des Ausländers zu dienen bestimmt sei. Darauf kommt es jedoch im Hinblick auf die Vorschrift des § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG nicht an (so ausdrücklich OLG Schleswig NVwZ-Beilage 1 7/2000, 87, 88).

b) Allerdings hat die Rechtsprechung in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft das Einvernehmen bereits verweigert hatte, unter besonderen Voraussetzungen die Zulässigkeit der Sicherungshaft bejaht. Die Vorschrift des § 57 Abs. 2 Satz 4 AuslG steht danach der Anordnung von Abschiebungshaft nicht entgegen, wenn aus besonderen Gründen damit gerechnet werden kann, dass sich der staatliche Strafanspruch innerhalb von drei Monaten ab Haftanordnung erledigt und die Abschiebung in der nach Beendigung des Strafverfahrens noch verbleibenden Frist durchgeführt werden kann (OLG Düsseldorf, jew. aaO; vgl. auch OLG Frankfurt am Main aaO). Das die Abschiebungshaft anordnende Gericht kann jedoch einen solchen Ausnahmefall nur in Betracht ziehen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Strafverfahren ganz kurzfristig zum Abschluss gelangt und der Abschiebung im Übrigen keine Hindernisse entgegenstehen.

Auch wenn man diese Ausnahme auf den vorliegenden Fall einer fehlenden Erklärung der Staatsanwaltschaft überträgt (so wohl BayObLGR 2001, 87, 88), führt dies nicht dazu, dass hier die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 64 Abs. 3 Satz 1 AuslG vorlagen, entbehrlich war:

Zur Begründung der Möglichkeit, dass eine rechtmäßige Abschiebung des Betroffenen trotz des fehlenden Einvernehmens der Staatsanwaltschaft noch binnen der Dreimonatsfrist gelingen konnte, genügt es nicht, dass in der gegen ihn gerichteten Strafsache kurzfristig ein Hauptverhandlungstermin ansteht. Denn eine Berufungshauptverhandlung beendet nicht das Strafverfahren und lässt das Hindernis, das durch das fehlende Einvernehmen begründet wird, nicht entfallen. Das gilt auch dann, wenn in dem hier gegebenen Fall wegen des Verbots der *reformatio in peius* (§ 331 Abs. 1 StPO) eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe nicht mehr verhängt werden kann (vgl. Peglau ZAR 2002, 242 f.). Ein Berufungsurteil kann in jedem Fall mit dem Rechtsmittel der Revision angefochten werden, so dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das gegen den Betroffenen anhängige Strafverfahren kurzfristig rechtskräftig abgeschlossen werden wird.

c) Für die Entscheidung des Senats kommt es nicht darauf an, ob die Abschiebung des Betroffenen am 9. Dezember 2002 zulässig war (vgl. OLG Frankfurt am Main aaO; OLG Schleswig NVwZBeilage 1 7/2000, 87, 88; Renner, Ausländerrecht 7. Aufl. § 64 AusIG Rdnr. 2). Denn für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist auf den Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung des Erstbeschwerdegerichts abzustellen (Senat, NVwZ-Beilage 1 11/2002, 116 m.w.N.). Im Übrigen würde ein von der Staatsanwaltschaft nach dem Erlass des angefochtenen Beschlusses erklärtes Einvernehmen den aufgezeigten Verfahrensfehler nicht rückwirkend heilen.

d) Der angefochtene Beschluss beruht auch, wie nicht weiter ausgeführt werden muss, auf dem dargelegten Verfahrensmangel.

e) Mit seiner Entscheidung weicht der Senat nicht von dem Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 2. April 2001 - 15 W 478/01 - (NVwZ-Beilage 1 11/2001, 119) ab. Zwar hat dieses Gericht entschieden, dass der Abschiebungshaftrichter "allenfalls" verpflichtet ist, vor Anordnung der Sicherungshaft zu prüfen, ob das Einvernehmen bereits endgültig verweigert ist. Nach dieser Entscheidung steht der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Abschiebungshaft eine Erklärung nach § 64 Abs. 3 AusIG noch nicht abgegeben hat, der Haftanordnung nicht entgegen. Zur Begründung hat das Gericht darauf hingewiesen, dass das Einvernehmen jederzeit nachgeholt

werden könne. Das Oberlandesgericht Dresden (aaO S. 120) hat diese Rechtsauffassung jedoch ausdrücklich nur auf die „Konstellation“ bezogen, „in der die Sicherungshaft als Überhaft ohnehin nur deshalb angezeigt ist, weil absehbar ist, dass der Ausländer aus von ihm zu vertretenden Gründen auch im unmittelbaren Anschluss an seine Entlassung aus der Untersuchungshaft nicht abgeschoben werden kann.“ Um einen solchen Fall geht es hier jedoch nicht. Der Senat kann daher der entgegengesetzten, unter Ziff. II. 2. a) zitierten Rechtsprechung folgen, ohne gemäß § 28 Abs. 2 FGG verpflichtet zu sein, die sofortige weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.

f) Die Anordnung der Abschiebungshaft gegen den Betroffenen beruht daher auf einem Verfahrensfehler. Erledigt sich in einem solchen Fall die Maßnahme, stellt das

Rechtsbeschwerdegericht deren Rechtswidrigkeit fest (vgl. BGHZ 150, 45, 55; Senat, Beschluss vom 5. Juni 2002 - 3 W 89/02 -; s. auch BayObLGR 2002, 224, 225).

III.

Aufgrund der Entscheidung des Senats steht fest, dass der Betroffene keine Gerichtskosten zu tragen hat, weil keiner der in § 14 Abs. 2 und 3 FEVG vorgesehenen Gebührentatbestände erfüllt ist (vgl. BayObLG FGPrax 2001, 264; BayObLGR 2002, 224, 225).

Die Entscheidung über die dem Betroffenen entstandenen außergerichtlichen Kosten war von Amts wegen zu treffen; eines Antrags bedurfte es auch insoweit nicht (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Juli 2001 - 8 Wx 32/01 -, InfAusIR 2002, 138, zit. nach juris). Die genannten Kosten waren der Gebietskörperschaft, der die Ausländerbehörde angehört, aufzuerlegen, da die Voraussetzungen des entsprechend anzuwendenden § 16 Satz 1 FEVG (vgl. Senat, Beschluss vom 19. November 2002 - 3 W 148/02 -; BayObLGR 2002, 224, 225; BayObLG, Beschluss vom 30. Januar 2002 - 3Z BR 244/01 -) gegeben sind. Das Verfahren hat, wie oben dargelegt, ergeben, dass im Zeitpunkt der Antragstellung ein nicht nur vorübergehendes Abschiebungshindernis und damit kein begründeter Anlass zur Stellung des Antrags auf Anordnung von Abschiebungshaft vorlag.