

2 W 207/02

3 T 521/02 LG Kiel

43 XIV 80/02 AG Kiel

B e s c h l u ß

In der Abschiebehaftsache

betreffend den Herrn ...

beteiligt:

1. die Ausländerbehörde ...
2. die Ausländerbehörde ..., in Amtshilfe für die Beteiligte zu 1.,

hat der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen vom 14.11.2002 gegen den Beschluß der 3. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 13.11.2002 durch ... am 28.04.2003 beschlossen:

Der Beschluß des Amtsgerichts Kiel vom 9.10.2002 und der angefochtene Beschluß werden aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht Kiel zurückverwiesen.

Dem Betroffenen wird für das Verfahren der sofortigen weiteren Beschwerde

Prozeßkostenhilfe unter Beordnung seines Verfahrensbevollmächtigten bewilligt.

Eine Ratenzahlung wird nicht angeordnet.

Gründe

I.

Der Betroffene wurde am Montag, dem **26.08.2002** um **13.30 Uhr** in K.... durch Polizeibeamte des 4. Polizeireviers gemäß § 127 StPO wegen des Verdachts des illegalen Aufenthalts vorläufig festgenommen und in den Polizeigewahrsam eingeliefert. Er war im Bereich ...straße ohne Ausweis- und Aufenthaltspapiere angetroffen worden, hatte versucht zu flüchten und auf der Wache verschiedene Namen in unterschiedlicher Schreibweise und verschiedene Geburtsdaten

angegeben. Um **16.07 Uhr** gab das 4. Polizeirevier den Betroffenen in den Polizeigewahrsam beim Kriminaldauerdienst. Um **20.00 Uhr** begann dieser mit der erkennungsdienstlichen Behandlung, die um **23.31 Uhr** mit dem Eingang eines Telex des BKA Wiesbaden – Identifizierung nach Abgleich von Telebild und Fingerabdrücken – abgeschlossen war. Am Dienstag, dem **27.08.2002** um **7.45 Uhr** übergab der Kriminaldauerdienst den Betroffenen dem K 14, das per Fax die Beteiligte zu 2. benachrichtigte. Diese verständigte die Beteiligte zu 1. und erhielt um 8.19 Uhr deren Ersuchen auf Abschiebung des Betroffenen nebst den erforderlichen Unterlagen. Um **11.00 Uhr** reichte die Beteiligte zu 2. den Antrag auf Abschiebehaft beim Amtsgericht ein. Um 11.45 Uhr führte die Polizei den Betroffenen dem Abschiebehaftrichter vor. Dieser ordnete nach dessen Anhörung gegen 13.00 Uhr die Abschiebehaft bis zum 26.11.2002 an. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Betroffenen wies das Landgericht zurück. Auch seine sofortige weitere Beschwerde blieb sachlich ohne Erfolg. Er wurde aus der Haft in ... abgeschoben.

In seiner Beschwerdeschrift an das Amtsgericht im Abschiebungshaftverfahren hat der Betroffene beim Amtsgericht die Feststellung beantragt, daß die Ingewahrsamnahme vom 26.08.2002 bis zur Stellung des Antrags beim Amtsgericht auf Erlaß eines Beschlusses zur Anordnung der Abschiebehaft rechtswidrig war. Die Beteiligte zu 2. ist dem entgegengetreten. Das Amtsgericht hat festgestellt, daß die Ingewahrsamnahme in der Zeit vom 26.08.2002 16.07 Uhr bis zum 27.08.2002 11.00 Uhr rechtswidrig war, und den Antrag im übrigen zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2. hat das Landgericht den Beschluß des Amtsgerichts geändert und den Antrag auf Feststellung, daß die Ingewahrsamnahme auch in dem Zeitraum vom 26.08.2002 16.07 Uhr bis zum 27.08.2002 11.00 Uhr rechtswidrig war, zurückgewiesen. Gegen den Beschluß des Landgerichts, auf den zur weitergehenden Sachdarstellung Bezug genommen wird (Blatt 137 bis 144 d. A.) wendet sich der Betroffene mit seiner sofortigen weiteren Beschwerde. Die Beteiligten hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Das Land Schleswig-Holstein als Träger der Polizei ist im gesamten Feststellungsverfahren formal nicht beteiligt worden.

II.

1. Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 27 Abs. 1, 29 FGG; 3, 7 FEVG).

Die Rüge des Betroffenen, für die Entscheidung über den Feststellungsantrag sei nicht die Verfahrenszuständigkeit (zum Begriff vgl. Keidel/Schmidt, FGG, 15. Aufl., § 1 Rn. 13) der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben, vielmehr seien die Verwaltungs- und Strafgerichte zuständig, bleibt folgenlos. Gemäß § 17 a Abs. 5 GVG, der insoweit entsprechend anwendbar ist (Zöller/Gummer, GVG, 23. Aufl., § 13 Rn. 4), prüft das Rechtsmittelgericht nicht, ob der beschrittene "Rechtsweg" zulässig ist. Unabhängig hiervon ist der Senat der Auffassung, daß die

Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit für den Feststellungsantrag zuständig sind. Gegenstand des Antrags ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Freiheitsentziehung (Polizeigewahrsam), deren Grundlagen nur – wie das Landgericht zutreffend hervorgehoben hat – in den §§ 181 Abs. 1 Satz 1 und 204 Abs. 1 Nr. 2 LVwG S-H sowie in den §§ 127, 163 b Abs. 1, 163 c StPO gefunden werden kann. § 181 Abs. 4 Satz 3 und § 204 Abs. 6 LVwG S-H bestimmen hinsichtlich der richterlichen Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung, daß sich das Verfahren nach den Vorschriften des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FEVG) richtet, das weiter auf die Verfahrensvorschriften des FGG verweist (§ 3 Satz 2). Die Einbeziehung des FEVG umfaßt auch dessen § 13 Abs. 2. Es ist nunmehr einhellig anerkannt, daß dieser Vorschrift auch der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten behördlichen Freiheitsentziehung unterfällt, insbesondere wenn es – wie vorliegend – zu keiner gerichtlichen Entscheidung darüber gekommen ist (Senat, Beschluß vom 25. 04. 2001, SchIHA 2002, 17, 18 m.w.Nw.; Marschner/Volckart, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl., § 13 FEVG Rn. 4). Zwar trifft es zu, daß im Bereich der Strafprozeßordnung für einen solchen Feststellungsantrag entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO an sich die Strafgerichte zuständig sind (Kleinknecht/Meyer-Großner, StPO, 45. Aufl., § 98 Rn. 23). Das ist indessen hier unerheblich, da entsprechend § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG das Gericht des zulässigen "Rechtsweges" den "Rechtsstreit" unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten entscheidet (Zöller/Gummer, § 13 Rn. 4; § 17 Rn. 5 und 6; vgl. auch KG NVwZ-Beilage I 10/2002 109; OLG Frankfurt NVwZ 1998, 213).

2. Das Rechtsmittel ist nach Maßgabe des Ausspruchs begründet. Die angefochtenen Entscheidungen beruhen auf Verletzungen des Rechts (§§ 27 FGG; 546 ZPO).

a) Das Feststellungsinteresse ist in Fällen tiefgreifender, jedoch nicht mehr fortwirkender Grundrechtseingriffe – wie hier – nach Art. 19 Abs. 4 GG gegeben (BVerfG NJW 1999, 3773; Senat a.a.O.). Allerdings beanstandet der Betroffene zu Unrecht, die Beteiligte zu 2. sei nicht zur Erstbeschwerde befugt gewesen. Die Beteiligte zu 2. trat in zulässiger Amtshilfe für die Beteiligte zu 1. auf, der eine Beschwerdeberechtigung nach § 20 Abs. 1 FGG zustand. Dabei verkennt der Senat nicht, daß die beanstandete Freiheitsentziehung vollen Umfangs und ausschließlich der Polizei zuzurechnen ist, denn die Beteiligten hatten darauf keinerlei Einfluß. Insbesondere handelte die Polizei nicht in Amtshilfe für die Beteiligten. Dafür fehlte es schon an dem erforderlichen Ersuchen (vgl. Foerster/ Friedersen/Rohde, LVwG S-H, § 32 Anm. 1 m.w.Nw.). Dies entspricht auch dem geltenden Recht. Denn dieses ermächtigt die Ausländerbehörden nicht, den Ausländer zur vorläufigen Sicherung der Abschiebung in Gewahrsam zu nehmen und dem Haftrichter vorzuführen (BGH NJW 1993, 3069, 3070; BVerwG NJW 1982, 536, PzOLG Zweibrücken NStZ 2002, 256, 257; KG FGPrax 2001, 40; OLG Frankfurt NVwZ 1998, 213; LG Berlin NStZ 2002, 497, 498). Gleichwohl wurde die Beteiligte zu 1. – wie es § 20 Abs. 1 FGG

voraussetzt (Keidel/Kahl, § 20 Rn. 12 und 13) – durch die Entscheidung des Amtsgerichts nicht nur formal infolge ihrer Beteiligung am Verfahren, sondern unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigt. Bei dem Feststellungsantrag handelt es sich nämlich um ein echtes Streitverfahren öffentlich-rechtlicher Natur der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem sich mehrere Beteiligte mit widerstreitenden Interessen gegenüberstehen. Die Entscheidung darüber ist mit materieller Rechtskraftwirkung *unter den Beteiligten* (Keidel/ Zimmermann, § 31 Rn. 18, 20 und 22 b, vgl. auch § 121 VwGO) ausgestattet und muß in späteren Verfahren bindend als richtig hingenommen werden (BayObLG MDR 1988, 873). Demnach muß der Beteiligten zu 1. auch ein Beschwerderecht gegen eine ihr ungünstige Entscheidung zustehen.

b) Die angefochtene Entscheidung ist jedoch insoweit fehlerhaft, als das Landgericht einzelne Voraussetzungen der zulässigen behördlichen Freiheitsentziehung verkannt hat.

aa) Es besteht allerdings kein Zweifel, daß die Polizei zunächst berechtigt war, den Betroffenen am 26.08.2002 gegen 13.30 Uhr wegen des Verdachts einer Straftat nach § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 6 AuslG (§§ 127, 163 b Abs. 1 StPO) bzw. zur Abwendung einer im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr (§ 181 Abs. 1 LVwG S-H; vgl. zum Gefahrbegriff: Foerster/Friedersen/Rohde, § 162 Anm. 1 a; § 174 Anm. 9) zum Zwecke der Identitätsfeststellung durch erkennungsdienstliche Maßnahmen festzuhalten und zur Dienststelle zu verbringen. Diese Maßnahme ist als Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG zu werten (BVerfG NJW 2002, 3161; Kleinknecht/ Meyer-Großner, § 163 b Rn. 7). Die betroffene Person darf jedoch nach den genannten Vorschriften nicht länger festgehalten werden, als es zur Feststellung ihrer Identität *erforderlich* ist, höchstens auf die Dauer von zwölf Stunden. Der vom Landgericht festgestellte Sachverhalt und auch der Inhalt der Akten lassen nicht erkennen, weshalb die Gewißheit über die Identität des Betroffenen durch das Telex des Bundeskriminalamtes erst um 23.31 Uhr erlangt werden konnte, mithin für diese Maßnahme ca. zehn Stunden *erforderlich* waren. Es ist schon nicht ersichtlich, weshalb zwischen 14.00 und 16.00 Uhr diese Überprüfung nicht eingeleitet wurde. Die Auskunft der Kriminalpolizeistelle ... vom 23.10.2002 für die Zeit ab 16.00 Uhr (Band II Blatt 130 d. A.), wegen der "Einsatzbelastung" sei die Maßnahme erst ab 20.00 Uhr durchführbar gewesen, vermag die Erforderlichkeit der Dauer entgegen der in anderem Zusammenhang dargelegte Auffassung des Landgerichts (Beschluß Seite 7, 2. Absatz) nicht zu begründen, denn sie läßt nicht erkennen, weshalb diese "Einsätze" vorrangig waren und der Vorgang nicht beschleunigt werden konnte. Dabei ist davon auszugehen, daß die Rechtsordnung dem Rechtsgut der Freiheit einen hohen Rang beimißt, dem gegenüber andere weniger wichtige Rechtsgüter zurücktreten müssen. Die vom Gesetz angegebene Höchstdauer von zwölf Stunden bedeuten nicht, daß diese Frist in jedem Fall ausgeschöpft werden darf. Vielmehr kann es sich wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in aller Regel nur um einen kurzfristigen Gewahrsam von wenigen Stunden handeln (Marschner/Volckart, E Rn. 55, 56; OVG Münster NJW 1980, 138, 139).

Soweit es vorbehaltlich des nachfolgenden Absatzes noch darauf ankommt, wird – wie vom Landgericht gemäß Verfügung vom 18.10.2002 (Band II Blatt 128 d. A.) ursprünglich auch beabsichtigt – aufzuklären sein, welche Dauer für die Feststellung der Identität des Betroffenen unter dem dargelegten Beschleunigungsgebot erforderlich war.

bb) Ferner sind die Ausführungen des Landgerichts über die nachträgliche Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung über die Freiheitsentziehung gemäß §§ 181 Abs 4 LVwG; 163 c Abs. 1 Satz 2 StPO (vgl. auch Art. 104 Abs 2 GG und § 13 Abs. 1 FEVG) rechtsfehlerhaft. Die gesetzlich erlaubte Ausnahme (BVerfG NJW 2002, 3161, 3162) der Nachholung dieser Entscheidung ist mehrfach eingeschränkt. Zum einen ist die richterliche Entscheidung unverzüglich – das heißt ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen läßt (BVerfG a.a.O.) – nachzuholen. Solche Gründe sind weder dem vom Landgericht festgestellten Sachverhalt noch den Akten sonst zu entnehmen. Wie zur Frage der erforderlichen Dauer der Identitätsfeststellung (siehe oben) fehlen Angaben, wie die Verzögerung zwischen 14.00 Uhr und 16.00 Uhr zu erklären ist, und ist die "Einsatzbelastung" als Rechtfertigungsgrund einer Verzögerung nicht überzeugend erläutert. Die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, beurteilt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht danach, ob und inwieweit ein Bereitschaftsdienst eingerichtet ist oder nicht, sondern allein nach den Ausführungen des in anderem Zusammenhang von ihm zitierten BVerfG in seinem Beschluß vom 15.05.2002 a.a.O.. Danach trifft den Staat die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters jedenfalls zur Tageszeit (§§ 188 Abs. 1 ZPO, 104 Abs. 3 StPO), also in der Zeit vom 1.04. bis zum 30.09. von 4.00 Uhr bis 21.00 Uhr, zu gewährleisten. Scheitert die gebotene Vorführung daran, daß in dieser Zeit ein zuständiger Richter nicht erreichbar ist, so wird die Freiheitsentziehung rechtswidrig, und ist der Betroffene zu entlassen. Die nach dieser Maßgabe gebotene Vorführungspflicht entfällt (nur), wenn anzunehmen ist, daß die richterliche Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahmen ergehen würde (§ 181 Abs. 4 Satz 2 LVwG) bzw. – was gleichbedeutend ist – wenn die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen würde, als zur Feststellung der Identität erforderlich wäre (§ 163 c Abs. 1 Satz 2 StPO). Im Ergebnis wird danach immer dann eine Vorführung geboten sein, wenn diese einschließlich der richterlichen Entscheidung – diese hat die Voraussetzungen der Identitätsfeststellung und er notwendigen Dauer zum Gegenstand – mutmaßlich weniger Zeit in Anspruch nehmen würde, als mutmaßlich die Identifizierung. Dies erfordert eine zweifache Prognoseentscheidung der behandelnden Beamten (BVerfG a.a.O.). Auch hierzu hat das Landgericht keine Tatsachenfeststellungen getroffen.

cc) Rechtsfehlerfrei sind die Ausführungen des Landgerichts, soweit sie die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung nach erfolgter Identitätsfeststellung zwischen 23.31 Uhr am 26.08.2002 und 4.00 Uhr am 27.08.2002 betreffen. Diese Maßnahme ist aus § 204 Abs. 1 Nr. 2 LVwG zur

Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Fortsetzung einer Straftat durch den Betroffenen nach § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 6 AuslG gerechtfertigt (vgl. LG Koblenz NVwZ – RR 1998, 429). Der Zusatz im Gesetz "von erheblicher Bedeutung" bezieht sich entgegen der Meinung des Betroffenen nach Wortlaut und Sinn nicht auf "Straftat", sondern nur auf "Ordnungswidrigkeit" (BayObLG NVwZ 1999, 106). Unabhängig hiervon ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen behördlicher Freiheitsentziehung und Bedeutung der u.a. mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bewehrten Straftat (vgl. hierzu BVerwG NJW 1974, 808, 809) hier gewahrt. Im Recht der Untersuchungshaft (zum Vergleichsmaßstab siehe Marschner/Volckart E Rn. 48) sind Einschränkungen erst vorgesehen für Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bedroht sind (§ 113 StPO). Vor allem hat der Gesetzgeber mit der Höchstfrist von achtzehn Monaten Abschiebungshaft in § 57 Abs. 3 AuslG zu erkennen gegeben, daß er der Verhinderung des unerlaubten Aufenthalts von Ausländern ein beträchtliches Gewicht beimißt. Zutreffend hat das Landgericht auch ausgeführt, daß die Ingewahrsamnahme unerlässlich war, um die Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts zu verhindern. Insbesondere ist der Erwägung zuzustimmen, daß diese Maßnahme die Abschiebungshaft und damit die Abschiebung und Beendigung des illegalen Aufenthalts ermöglichte.

dd) Für die Zeit nach 4.00 Uhr am 27.08.2002 hat das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht hinreichend begründet, daß die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung, die insoweit nach §§ 204 Abs. 6, 181 Abs. 4 LVwG geboten war, erst gegen Mittag am 27.08.2002 die Voraussetzung der Unverzüglichkeit erfüllt. Auch insoweit war zu prüfen, ob die mutmaßliche Dauer der behördlichen Verwahrung bis zur Vorführung des Betroffenen im Zusammenhang mit dem Antrag auf Abschiebungshaft nach § 57 AuslG einschließlich der richterlichen Anordnung die mutmaßliche Dauer, eine richterliche Entscheidung zunächst über den Gewahrsam nach § 204 Abs. 1 Nr. 2 LVwG S-H zu erlangen, überschreitet. Sollte dies nach der anzustellenden Prognose der Fall sein, hätte früher eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der behördlichen Freiheitsentziehung im Sinne der §§ 204 Abs. 6, 181 Abs. 4 LVwG herbeigeführt werden müssen.

c) Das mangels anderweitiger gesetzlicher Grundlagen an den landesgesetzlichen Vorschriften orientierte Vorgehen ist – wie der Senat nicht verkennt – wegen der „Mehrstufigkeit,“ umständlich. Dieses läßt sich vermeiden, wenn sowohl die Identitätsfeststellung des Betroffenen als auch seine Vorführung aus der behördlichen Haft zur richterlichen Entscheidung nach § 57 AuslG durch die Polizei zügig erfolgen. Diese ist spätestens nach der Neufassung des § 63 Abs. 6 AuslG ab 1.11.1997 selbst zur Beantragung der Haft nach § 57 AuslG befugt (GK zum AuslR, § 63 AuslG Rn. 122; Hailbronner, § 63 AuslG Rn. 38; Renner, AuslR, 1998, § 44 Rn. 56; anders noch OLG Karlsruhe FGPrax 1996, 239 und 1997, 78). Sollten die Unterlagen für eine solche Entscheidung noch nicht vollständig sein, ist der Antrag auf eine einstweilige Freiheitsentziehung entsprechend §

11 FEVG zu erwägen (PzOLG Zweibrücken NStZ 2002, 256, 257 m.w.Nw.). Es müssen dringende Gründe für die Voraussetzungen einer Abschiebungshaft nach § 57 AuslG sprechen und es muß feststehen, daß über die endgültige Freiheitsentziehung nicht rechtzeitig entschieden werden kann. Erforderlich ist nicht der volle Beweis für die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung, sondern es genügt eine erhebliche Wahrscheinlichkeit (Marschner/Volckart, § 11 FEVG Rn. 2 m.w.Nw.). Ob sich zulässigerweise eine gesetzliche Ermächtigung der Ausländerbehörde aus den landesrechtlichen Vorschriften herleiten läßt, einen Ausländer aus eigener Machtvollkommenheit zur Sicherung der Abschiebung in Polizeigewahrsam nehmen zu lassen (darauf könnten die Ausführungen des BGH NJW 1993, 3069, 3070 Nr. 2 am Ende unter Hinweis auf Welte DÖV 1989, 114, 115 hindeuten) hält der Senat angesichts der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung im AuslG für zweifelhaft. Kein Zweifel kann indessen daran bestehen, daß die Polizei – wie vorliegend ausgeführt – zur Gefahrenabwehr nach den landesgesetzlichen Vorschriften vorgehen darf. Eine Vorlagepflicht an den Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FGG besteht nicht, weil der Senat nach allem nicht von der Entscheidung des PzOLG Zweibrücken vom 14.12.2001 NStZ 2002, 256 abweicht.

3. Nach allem konnten die Entscheidungen des Amtsgerichts und des Landgerichts keinen Bestand haben. Die Sache war an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Im weiteren Verfahren wird das Land Schleswig-Holstein, vertreten durch den Innenminister, dieser vertreten durch ..., zu beteiligen und die Sache nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen weiter aufzuklären sein.