



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 92/12

vom

12. Juli 2013

Nachschlagewerk: in der Abschiebungshaftsache
ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AufenthG § 62 Abs. 2

§ 62 Abs. 2 AufenthG lässt die Anordnung von Vorbereitungshaft nicht zu, wenn es allein an der für die Vollstreckung der Abschiebung des vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers erforderlichen Androhung nach § 59 AufenthG fehlt und daher (noch) keine Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG angeordnet werden kann.

BGH, Beschluss vom 12. Juli 2013 - V ZB 92/12 - LG Hamburg
AG Hamburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Juli 2013 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann und die Richter Dr. Lemke, Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, Dr. Czub und Dr. Kazele

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird festgestellt, dass der Beschluss des Landgerichts Hamburg - Zivilkammer 29 - vom 8. Mai 2012 und der Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 27. April 2012 ihn in seinen Rechten verletzt haben.

Gerichtskosten werden in allen Instanzen nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen in allen Instanzen werden der Freien und Hansestadt Hamburg auferlegt.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 3.000 €.

Gründe:

I.

- 1 Der Betroffene, ein montenegrinischer Staatsangehöriger, reiste im Mai 2010 erneut unerlaubt in das Bundesgebiet ein. Er befand sich seit dem 16. Juni 2010 in Abschiebungshaft, deren weiterer Vollzug durch einen Beschluss des Senats einstweilen ausgesetzt wurde. Der auf freien Fuß gesetzte Betroffene war an dem ihm von der Behörde mitgeteilten Abschiebungstermin nicht mehr in seiner Wohnung, sondern mit unbekanntem Ziel verzogen. Als

sich der Betroffene am 26. April 2012 in die Räume der beteiligten Behörde begab, um einen Duldungsantrag zu stellen, wurde er festgenommen.

2 Auf Antrag der beteiligten Behörde hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 27. April 2012 Haft zur Vorbereitung der Abschiebung des Betroffenen bis zum 25. Mai 2012 angeordnet. Die beteiligte Behörde hat am 3. Mai 2012 eine Verfügung erlassen, mit der sie dem Betroffenen nach § 59 AufenthG die Abschiebung in sein Heimatland angedroht hat. Die Beschwerde gegen die Haftanordnung hat das Landgericht zurückgewiesen. Einen mit der Rechtsbeschwerde gestellten Antrag auf einstweilige Aussetzung des weiteren Vollzugs der Haft hat der Senat mit Beschluss vom 11. Mai 2012 zurückgewiesen.

3 Der Betroffene ist nach Ablauf der bis zum 25. Mai 2012 angeordneten Haft auf freien Fuß gesetzt worden und im Juni 2012 aus der Bundesrepublik Deutschland ausgereist. Er beantragt nunmehr die Feststellung, durch die Beschlüsse des Amts- und des Landgerichts in seinen Rechten verletzt worden zu sein.

II.

4 Das Beschwerdegericht meint, der Beschluss über die Anordnung von Vorbereitungshaft nach § 62 Abs. 2 AufenthG sei rechtmäßig. Im Zeitpunkt der Haftanordnung sei eine Ausweisungsverfügung der Behörde zu erwarten gewesen. Diese habe am 3. Mai 2012 die Rückkehrentscheidung auch erlassen. Über die Ausweisung des Betroffenen habe nicht sofort entschieden werden können. Ohne die Inhaftnahme des Betroffenen wäre dessen Abschiebung wesentlich erschwert gewesen. Der Haftantrag der beteiligten Behörde sei im Zeitpunkt der Anhörung des Betroffenen durch den Haftrichter zulässig gewesen und ein Verstoß gegen den Beschleunigungsgrundsatz nicht festzustellen.

III.

5 Die Rechtsbeschwerde mit dem Feststellungsantrag analog § 62 FamFG
ist gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 statthaft (Senat, Beschluss vom
25. Februar 2010 - V ZB 172/09, FGPrax 2010, 150, 151), auch im Übrigen zu-
lässig und begründet.

6 1. Die angefochtenen Entscheidungen sind rechtsfehlerhaft, da die Ab-
schiebungshaft gegen den Betroffenen nicht als Vorbereitungshaft (§ 62 Abs. 2
AufenthG) angeordnet werden durfte.

7 a) Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist ein Ausländer zur Vorbereitung
der Ausweisung in Haft zu nehmen, wenn über die Ausweisung nicht sofort ent-
schieden werden kann und die Abschiebung ohne die Inhaftnahme wesentlich
erschwert oder vereitelt würde. Eine Inhaftierung nach dieser Vorschrift setzt
voraus, dass eine Ausweisungsverfügung vorbereitet wird, die - aus irgendwel-
chen Gründen - nicht sofort ergehen kann. Die Ausweisung nach §§ 53, 54 oder
55 AufenthG ist ein Verwaltungsakt, der den weiteren Aufenthalt des Auslän-
ders im Inland verhindern soll. Er enthält das Gebot, das Inland zu verlassen,
und das Verbot, es erneut zu betreten (BVerwGE 49, 202, 207 f.; 106, 302,
304). Die Rechtsfolgen der Ausweisung sind regelmäßig das Erlöschen eines
Aufenthaltstitels (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) und damit verbunden die Begrün-
dung der Ausreisepflicht des Ausländers nach § 50 Abs. 1 AufenthG (vgl. HK-
AuslR/Alexy, § 53 AufenthG Rn. 1; Huber/Beichel-Benedetti, AufenthG, vor
§§ 53 bis 56 Rn. 2; Renner/Dienelt, Ausländerrecht, 9. Aufl., vor §§ 53 bis 56
AufenthG Rn. 2).

8 Vorbereitungshaft darf demgemäß nur dann angeordnet werden, wenn
mit einer solchen Entscheidung innerhalb des in § 62 Abs. 2 Satz 2 AufenthG
bestimmten Zeitraums von sechs Wochen zu rechnen ist (vgl. Senat, Beschluss

vom 9. Februar 2012 - V ZB 305/10, Rn. 14, juris; BayObLGZ 1998, 124, 125). Die von der Ausländerbehörde beabsichtigte Ausweisung muss hinreichend sicher sein; es müssen konkrete Umstände vorliegen, die den Erlass einer Ausweisungsverfügung mit Wahrscheinlichkeit erwarten lassen (BayObLG, aaO).

9 b) Diese Voraussetzungen lagen hier nicht vor. Mit einer Ausweisungsverfügung ist nämlich grundsätzlich nicht zu rechnen, wenn der Ausländer bereits wegen unerlaubter Einreise nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG kraft Gesetzes vollziehbar ausreisepflichtig ist (vgl. Senat, Beschluss vom 9. Februar 2012 - V ZB 305/10, aaO). Dies gilt vor allem dann, wenn sich die Ausländerbehörde - wie hier - in ihrem Haftantrag und danach auf die gesetzliche Ausreisepflicht des Betroffenen nach unerlaubter Einreise (§ 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 AufenthG) beruft und auch keine (neue) Ausweisungsverfügung ankündigt.

10 Allerdings kann eine Ausweisungsverfügung auch gegen einen Ausländer ergehen, der bereits nach § 58 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig und damit nach § 58 Abs. 1 Satz 1 AufenthG abzuschieben ist. Dies ist auch dann zulässig, wenn - wie hier - gegen den Ausländer bereits einmal eine Ausweisungsverfügung ergangen ist, weil ein öffentliches Interesse an einer (Zweit-)Ausweisung bestehen kann, wenn die Sperrwirkung einer früheren Ausweisung für eine erneute Einreise bereits entfallen ist oder entfallen wird (vgl. BVerwGE 106, 302, 305). Auch in diesen Fällen darf jedoch gegen einen Ausländer, der bereits vollziehbar ausreisepflichtig ist und abgeschoben werden kann, keine Vorbereitungshaft nach § 62 Abs. 2 AufenthG angeordnet werden, weil auch diese nur zur Sicherung der Abschiebung, aber nicht zur Herbeiführung der Sperrwirkung angeordnet werden darf (Huber/Beichel-Benedetti, AufenthG, § 62 Rn. 5). Ob ausnahmsweise etwas anderes dann gilt, wenn der

Ausländer nicht nach § 58 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kraft Gesetzes ausreisepflichtig ist und die Behörde - wegen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit oder an der Fortgeltung der früheren Ausreiseverfügung - eine Zweitausweisungsverfügung erlassen will, bedarf keiner Entscheidung, da ein solcher Fall hier nicht vorliegt.

11 c) Ist eine Ausweisungsverfügung nicht zu erwarten, kann Vorbereitungshaft nach § 62 Abs. 2 AufenthG nicht angeordnet werden. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts, dass die Vorbereitungshaft gegen den Betroffenen deshalb hätte angeordnet werden dürfen, weil die Verfügung der beteiligten Behörde vom 3. Mai 2012 eine Ausweisung im Sinne des § 62 Abs. 2 AufenthG gewesen sei, sind in mehreren Punkten rechtsfehlerhaft.

12 aa) Das Beschwerdegericht unterscheidet nicht zwischen der regelmäßig erst die Ausreisepflicht des Ausländers begründenden Ausweisung nach §§ 53 bis 55 AufenthG und der die zwangsweise Durchsetzung dieser Pflicht ermöglichenden Abschiebungsandrohung nach § 59 AufenthG. Die Androhung der Abschiebung ist nicht - wie die Ausweisung (zu dieser oben 1.a) - die Untersagung des Aufenthalts des Ausländers im Bundesgebiet, sondern eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung nach § 13 VwVG (vgl. GK-AufenthG/Funke-Kaiser, Stand: März 2013, § 59 Rn. 33; Hailbronner, AuslR, 76. Aktualisierung [März 2012], § 59 AufenthG Rn. 2; Renner/Dienelt, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 59 AufenthG Rn. 2). Sie ist Voraussetzung für die Durchsetzung der Ausreisepflicht gegen den Willen des Betroffenen durch Abschiebung, die im Wege der Verwaltungsvollstreckung durch Ausübung unmittelbaren Zwangs erfolgt (vgl. nur GK-AufenthG/Funke-Kaiser, Stand: Februar 2012, § 58 Rn. 4; Hailbronner, AuslR, 76. Aktualisierung [März 2012], § 58 AufenthG Rn. 4).

- 13 bb) Das Beschwerdegericht sieht zu Unrecht in der Entscheidung der beteiligten Behörde vom 3. Mai 2012 eine Ausweisung im Sinne des § 62 Abs. 2 AufenthG. Die beteiligte Behörde hat eine Abschiebungsandrohung und keine Ausweisungsverfügung gegen den Betroffenen erlassen. Das ergibt sich bereits aus dem Tenor ihrer Entscheidung. Der Betroffene ist danach nicht aus dem Bundesgebiet ausgewiesen worden, sondern ihm ist unter Hinweis auf die bereits bestehende vollziehbare Ausreisepflicht die Abschiebung in sein Heimatland nach § 59 Abs. 1, 2 AufenthG angedroht worden.
- 14 cc) § 62 Abs. 2 AufenthG lässt die Anordnung von Vorbereitungshaft nicht zu, wenn es allein an der für die Vollstreckung der Abschiebung des vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers erforderlichen Androhung nach § 59 AufenthG fehlt und daher (noch) keine Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG angeordnet werden kann. Ein anderes Verständnis der Vorschrift findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Demgemäß ist die Vorschrift über die Vorbereitungshaft (§ 62 Abs. 2 AufenthG) stets nur in den Fällen einer von der Behörde beabsichtigten Ausweisungsverfügung für einschlägig erachtet worden (vgl. nur Senat, Beschluss vom 9. Februar 2012 - V ZB 305/10, Rn. 14, juris; BayObLGZ 1998, 124, 125; OLG München, OLGR 2006, 205; GK-AufenthG/Paintner, Stand: Februar 2011, § 62 Rn. 18; Hailbronner, AuslR, 76. Aktualisierung [Januar 2012], § 62 AufenthG Rn. 29; Renner/Dienelt, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 62 AufenthG Rn. 8).
- 15 dd) Etwas anderes folgt nicht daraus, dass es sich bei der Abschiebungsandrohung, wie das Beschwerdegericht zutreffend erkennt, um die erforderliche Rückkehrentscheidung handelt.
- 16 (1) Einer solchen Entscheidung bedarf es deshalb, weil sich die Voraussetzungen für die Durchsetzung der Ausreisepflicht des Ausländers mit dem

Inkrafttreten der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (im Folgenden: Rückführungslinie) am 26. November 2011 geändert haben. Nach früherer Rechtslage konnte die Haft zur Sicherung der Zurückschiebung eines illegal eingereisten und damit vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers (§ 58 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 1 AufenthG) ohne eine Rückkehrentscheidung angeordnet werden. Einer förmlichen Androhung der Abschiebung oder eines Verwaltungsakts, durch den der Ausländer zum Verlassen des Bundesgebiets aufgefordert wurde, bedurfte es für die Anordnung von Abschiebungshaft nicht (vgl. nur Senat, Beschluss vom 25. März 2010 - V ZA 9/10, NVwZ 2010, 1175 Rn. 9).

- 17 Das hat sich dadurch geändert, dass Art. 6 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie von den Mitgliedstaaten für die Beendigung des illegalen Aufenthalts der sich in ihrem Hoheitsgebiet aufhaltigen Drittstaatsangehörigen den Erlass einer Rückkehrentscheidung verlangt. Diese Anforderung des Gemeinschaftsrechts hat der Gesetzgeber durch eine Änderung der Vorschrift über die Androhung der Abschiebung umgesetzt (§ 59 AufenthG); diese soll - falls die Ausreisepflicht nicht bereits durch einen Verwaltungsakt nach § 51 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 AufenthG begründet worden ist - die Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Rückkehrrichtlinie darstellen (BT-Drucks. 17/5470, S. 24). Das hat Folgen für die Anordnung von Abschiebungshaft. Der Senat hat bereits ausgeführt, dass auch eine kraft Gesetzes vollziehbare Ausreisepflicht auf Grund illegaler Einreise nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht mehr ohne weiteres mit einer Abschiebung durchgesetzt werden darf, sondern eine dem Haftrichter nachzuweisende Rückkehrentscheidung vorliegen muss (Senat, Beschluss vom 14. März 2013 - V ZB 135/12, Rn. 7 juris). Ist eine Abschiebungsandrohung

noch nicht ergangen, darf Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG nicht angeordnet werden.

18 (2) Verfehlt ist es jedoch, daraus den Schluss zu ziehen, dass nunmehr - wenn die für die Anordnung von Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG erforderlichen Abschiebungsandrohung nach § 59 AufenthG (noch) aussteht - Vorbereitungshaft gegen den Ausländer angeordnet werden kann, sofern die in § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG genannte weitere Voraussetzung vorliegt, dass ohne die Inhaftnahme des Ausländers die Abschiebung wesentlich erschwert oder vereitelt würde. Die Abschiebungsandrohung bleibt eine für die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht durch Haft erforderliche Vollstreckungsmaßnahme. Sie wird nicht deswegen, weil sie im nationalen Recht die Rückkehrentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie darstellt (vgl. GK-AufenthG/Funke-Kaiser, Stand: März 2013, § 59 Rn. 270; Hailbronner, AuslR, 76. Aktualisierung [März 2012], § 59 AufenthG Rn. 2a), zu einer Ausweisungsverfügung nach §§ 53, 54 oder 55 AufenthG.

19 d) Die richterliche Anordnung der Vorbereitungshaft verletzt danach den Ausländer selbst dann in seinem Freiheitsgrundrecht, wenn die Abschiebungsandrohung nicht bis zur Beantragung der Haft hätte erlassen können. In Betracht käme unter dieser Voraussetzung allenfalls - unter strikter Beachtung des Beschleunigungsgebots - bei Vorliegen der Haftgründe nach § 62 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und dem dringenden Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden die Anordnung eine ganz kurzzeitige, vorläufige Ingewahrsamnahme nach § 427 Abs. 1 Satz 1 FamFG (vgl. Senat, Beschluss vom 16. Mai 2013 - V ZB 44/12, Rn. 11, juris).

20 2. Der mit dem Rechtsmittel verfolgte Feststellungsantrag analog § 62 FamFG ist schließlich unabhängig davon begründet, ob gegen den Betroffenen

die Abschiebungshaft möglicherweise als Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG hätte angeordnet werden können. Eine solche hypothetische, allein an den materiellen Haftvoraussetzungen orientierte Betrachtungsweise widerspricht den sich aus Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ergebenden Anforderungen (vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2009, 304, 305). Vor diesem Hintergrund kommt es nur darauf an, dass Vorbereitungshaft beantragt und angeordnet worden ist, obwohl diese Haft nicht hätte angeordnet werden dürfen. Das allein begründet die Rechtsverletzung des Betroffenen, so dass dessen analog § 62 FamFG gestellten Feststellungsantrag insgesamt stattzugeben ist.

IV.

21 Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1, § 83 Abs. 2, § 430 FamFG, Art. 5 EMRK analog, die Festsetzung des Gegenstandswerts aus § 128c Abs. 3 Satz 2, § 30 Abs. 2 KostO.

Stresemann

Lemke

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Vorinstanzen:

AG Hamburg, Entscheidung vom 27.04.2012 - 219j XIV 113/12 -

LG Hamburg, Entscheidung vom 08.05.2012 - 329 T 23/12 -