



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 320/10

vom

16. Februar 2012

in der Abschiebungshaftsache

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub beschlossen:

Auf die Rechtsmittel des Betroffenen wird der Beschluss der 11. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück vom 9. Dezember 2010 aufgehoben und festgestellt, dass die Anordnung der Abschiebungshaft in dem Beschluss des Amtsgerichts Osnabrück vom 18. Oktober 2010 den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat.

Gerichtskosten werden nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen in den Rechtsmittelverfahren werden dem Landkreis Osnabrück auferlegt.

Der Gegenstandswert beträgt für die Rechtsmittelverfahren 3.000 €.

Gründe:

I.

- 1 Der Betroffene, ein kosovarischer Staatsangehöriger, reiste erstmalig 1998 nach Deutschland ein. Da sein Asylantrag keinen Erfolg hatte, wurde er mit Fristsetzung zur Ausreise aufgefordert und ihm die Abschiebung angedroht. Diese Entscheidung ist seit Februar 1999 bestandskräftig.

2 Im September 2005 wurde er nach Pristina/Kosovo abgeschoben. Im Juni 2006 wurde er erneut in Deutschland aufgegriffen und im Juli 2006 nach Pristina abgeschoben. Nachdem er wiederum in Deutschland aufgegriffen worden war, wurde ihm eine Grenzübertrittsbescheinigung mit der Auflage ausgehändigt, Deutschland bis zum 5. Dezember 2008 zu verlassen. Dem kam er nicht nach. Am 18. Oktober 2010 wurde er in Osnabrück festgenommen.

3 Auf Antrag der Beteiligten zu 2 (Ausländerbehörde) hat das Amtsgericht am gleichen Tag die Haft zur Sicherung der Abschiebung für die Dauer von höchstens drei Monaten und die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet. Der Betroffene ist am 7. Dezember 2010 in den Kosovo abgeschoben worden. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde mit dem Antrag, die Verletzung des Betroffenen in seinen Rechten festzustellen, zurückgewiesen. Gegen den Beschluss wendet sich der Betroffene mit der Rechtsbeschwerde, mit der er seinen Feststellungsantrag weiter verfolgt.

II.

4 Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, dass die Inhaftierung des Betroffenen nicht wegen eines Verstoßes gegen § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG rechtswidrig gewesen sei. Eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Abschiebung des Betroffenen sei nicht erforderlich gewesen, weil das bei der Festnahme eingeleitete polizeiliche Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft noch nicht bekannt gewesen sei. Vorher sei dieser die Erklärung ihres Einvernehmens nicht möglich und diese daher für den Erlass der Anordnung von Sicherungshaft auch nicht erforderlich.

5 Es liege auch kein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot vor. Die Beteiligte zu 2 habe für die Rückführung des Betroffenen eine Sicherheitsbegleitung für erforderlich halten dürfen. Im Hinblick auf den „Castor-Einsatz“ hätten jedoch Anfang November 2010 keine personellen Kapazitäten für eine Sicherheitsbegleitung zur Verfügung gestanden. Verzögerungen aus solchen Extremsituationen habe der Betroffene als Konsequenz aus seinen strafbaren Verstößen gegen ausländerrechtliche Vorschriften zu tragen.

III.

6 Die Rechtsbeschwerde, die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 FamFG statthaft (Senat, Beschluss vom 22. Juli 2010 - V ZB 29/10, InfAuslR 2011, 27 Rn. 4) und auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG) ist, hat Erfolg, weil der Betroffene durch die Anordnung und den Vollzug der Abschiebungshaft in seinem Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verletzt worden ist.

7 1. Für den Zeitraum vom 18. Oktober 2010 bis zum 4. November 2010 ergibt sich die Rechtsverletzung des Betroffenen durch die Haftanordnung bereits aus dem Fehlen des Einvernehmens der zuständigen Staatsanwaltschaft mit einer Abschiebung des Betroffenen.

8 a) Diese ist nach § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG erforderlich, wenn gegen den Ausländer öffentliche Klage erhoben oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist. Liegt die Zustimmung nicht vor, sind die Anordnung und der Vollzug einer nur zur Sicherung der Abschiebung zulässigen Haft nach § 62 Abs. 2 AufenthG aF (jetzt § 62 Abs. 3) rechtswidrig und verletzen den Ausländer in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (Senatsbeschlüsse vom 16. Juni 2010 - V ZB 93/10, NVwZ 2010, 1574 Rn. 8, vom

20. Januar 2011 - V ZB 226/10, FGPrax 2011, 144, 145 Rn. 22 und vom 3. Februar 2011 - V ZB 224/10, FGPrax 2011, 148, 149 Rn. 14 f. - std. Rspr.).

9 aa) Die Abschiebungshaft hätte danach am 18. Oktober 2010 nicht angeordnet werden dürfen. In diesem Zeitpunkt war ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden, wofür die polizeiliche Vernehmung des Betroffenen als Beschuldigten wegen des Verdachts einer Straftat nach § 95 Abs. 1 AufenthG ausreicht (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 224/10, FGPrax 2011, 148, 149 Rn. 10). Das nach § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG erforderliche Einvernehmen der zuständigen Staatsanwaltschaft mit der Abschiebung des Betroffenen lag jedoch (noch) nicht vor.

10 bb) Ob dies - wie die Rechtsbeschwerde meint - bereits zu einer von Amts wegen zu beachtenden Unzulässigkeit des Haftantrags führte, was voraussetzt, dass sich aus dem Haftantrag oder den beigefügten Unterlagen ohne weiteres ergibt, dass gegen den Ausländer ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 224/10, FGPrax 2011, 148, 149 Rn. 7), kann hier dahinstehen. Die Verletzung des § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist nämlich, wenn sie im Rechtsbeschwerdeverfahren gerügt wird, unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Richter bei der Anordnung der Abschiebungshaft Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Prüfung hatte oder ob die den Haftantrag stellende Behörde es pflichtwidrig unterlassen hat, in dem Haftantrag auf das schwebende Ermittlungsverfahren hinzuweisen (Senatsbeschluss vom 29. September 2011 - V ZB 173/11, NVwZ 2012, 62 Rn. 4).

11 cc) Die Rüge der Verletzung des § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist begründet, weil - entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts - Abschiebungshaft auch dann nicht ohne das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft mit der

Abschiebung des Ausländers angeordnet werden darf, wenn diese (noch) keine Kenntnis von dem durch die Polizei eingeleiteten Ermittlungsverfahren hat. Maßstab für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht des Ausländers ist die Gesetzeslage. Nach § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft mit der Abschiebung des Ausländers von der Einleitung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens an und nicht erst nach der Vorlage der Akten durch die Polizei an die Staatsanwaltschaft (§ 163 Abs. 2 StPO) erforderlich. Die Zulässigkeit der Anordnung von Abschiebungshaft hängt nicht von solchen Zufälligkeiten im Ablauf eines Ermittlungsverfahrens ab (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 224/10, FGPrax 2011, 148, 150 Rn.17). Unwägbarkeiten im Hinblick auf die Umstände, die zur Durchführung der aufenthaltsbeendenden Maßnahme ausgeräumt werden müssen, können nicht hingenommen werden, wenn sie - wie es bei der Einholung des Einvernehmens der Staatsanwaltschaft der Fall ist - von deutschen Behörden zu beherrschen sind (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2011 - V ZB 49/10, Rn. 8, juris). Ist die Einholung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft - auch unter Einschaltung des Bereitschaftsdienstes - ausnahmsweise nicht möglich, kommt allein die Anordnung einer kurzzeitigen vorläufigen Inge-wahrsamnahme nach § 427 FamFG in Betracht (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2011 - V ZB 49/10, aaO).

- 12 b) Eine - wegen Fehlens des erforderlichen Einvernehmens der zuständigen Staatsanwaltschaft - zunächst rechtswidrige Haft kann jedoch (mit Wirkung für den weiteren Vollzug) rechtmäßig werden, wenn die Strafverfolgungsbehörde ihre Zustimmung nach der Haftanordnung erteilt und dem Betroffenen auch zu dieser Haftvoraussetzung gemäß Art. 103 Abs. 1 GG das rechtliche Gehör gewährt wird (Senatsbeschluss vom 29. September 2011 - V ZB 173/11, NVwZ 2012, 62 Rn. 4). Das ist hier am 4. November 2010 erfolgt. Die Staatsanwaltschaft hat an diesem Tag ihr Einvernehmen mit der Abschiebung erteilt;

das rechtliche Gehör ist dem Betroffenen durch die Mitteilung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft seitens des Vorsitzenden der Beschwerdekammer mit der Anheimgabe einer Stellungnahme gewährt worden, die auch am folgenden Tag bei dem Beschwerdegericht eingegangen ist.

13 2. Der Feststellungsantrag ist jedoch auch für den nachfolgenden Zeitraum vom 5. November 2010 bis zur Abschiebung des Betroffenen am 7. Dezember 2010 begründet. Die Rechtsbeschwerde beanstandet mit Erfolg einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot, weil die Abschiebung erst über einen Monat später als ursprünglich vorgesehen durchgeführt worden ist.

14 a) Die Ausländerbehörde hat die Abschiebung gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit der größtmöglichen Beschleunigung zu betreiben, damit die Haft auf eine möglichst kurze Zeit beschränkt bleibt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 10. Juni 2010 - V ZB 204/09, NVwZ 2010, 1172, 1173 Rn. 21 und vom 18. August 2010 - V ZB 119/10, Rn. 18, juris). Bei der Umsetzung der Abschiebung steht ihr allerdings ein organisatorischer Spielraum zu (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2010 - V ZB 56/10, Rn. 13, juris).

15 b) Vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden - und von der Rechtsbeschwerde auch nicht angegriffen - ist der Ausgangspunkt der Entscheidung, dass der Betroffene angesichts seiner unerlaubten Einreisen in das Bundesgebiet unter Verstoß gegen ein Einreiseverbot nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG die Verzögerungen hinzunehmen hatte, die mit der Rückführung in Begleitung eines Polizeibeamten und mit einem Ersuchen an die nach § 71 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG dafür (auch) zuständige Bundespolizei (HK-AusIR/Hofmann, Ausländerrecht, § 71 AufenthG Rn. 14) zwangsläufig verbunden waren.

16 c) Die Verzögerung der Abschiebung soll jedoch nicht allein darauf, sondern auf einer zeitweisen Überlastung der Polizei des Bundes und der Länder

durch den Schutz eines Atommülltransports beruht haben. Das musste der Betroffene nicht hinnehmen.

- 17 Der Ausländerbehörde ist es nicht erlaubt, wegen einer Überlastung der für die Durchführung der Abschiebung zuständigen staatlichen Stelle den Ausländer länger als für eine Abschiebung unbedingt erforderlich in Haft zu halten. Angesichts der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsgrundrechts (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) vermag eine nicht nur ganz kurzfristige Überlastung der zuständigen Stelle einen weiteren Vollzug der Haft selbst dann nicht zu legitimieren, wenn sie auf einem außerordentlichen Geschäftsanfall beruht (vgl. BVerfG, NJW 2003, 2895, 2896 - zur Untersuchungshaft). Vor diesem Hintergrund stellt es einen ungerechtfertigten Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen dar, wenn dieser wegen einer besonderen Belastung der Polizei durch einen Großeinsatz noch mehr als einen Monat nach dem für die Abschiebung ursprünglich vorgesehenen Termin in Haft verbringen musste.

IV.

18 Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1, § 83 Abs. 2, § 430 FamFG, § 128c Abs. 3 Satz 2 KostO. Unter Berücksichtigung der Regelung in Art. 5 EMRK entspricht es billigem Ermessen, den Landkreis Osnabrück zur Erstattung der notwendigen Auslagen des Betroffenen zu verpflichten.

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

Stresemann

Czub

Vorinstanzen:

AG Osnabrück, Entscheidung vom 18.10.2010 - 246 XIV 20/10 -

LG Osnabrück, Entscheidung vom 09.12.2010 - 11 T 711/10 -