



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

V ZB 179/15

vom

19. Juli 2018

in der Rücküberstellungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AufenthG § 62 Abs. 4a, § 72 Abs. 4 Sätze 3 bis 5

- a) Die Erhebung der öffentlichen Klage oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren betreffen eine im Sinne von § 72 Abs. 4 Sätze 4 und 5 AufenthG „begleitende“ Straftat nach dem Strafgesetzbuch mit geringem Unrechtsgehalt, wenn zwischen der Straftat mit geringem Unrechtsgehalt nach § 72 Abs. 4 Satz 5 AufenthG und einer Straftat nach § 95 dieses Gesetzes oder § 9 FreizügigG/EU ein inhaltlicher Zusammenhang besteht.
- b) Von einer Aufhebung des noch nicht abgelaufenen Teils der angeordneten Sicherungshaft ist gemäß § 62 Abs. 4a AufenthG nach dem Scheitern des Versuchs der Rücküberstellung abzusehen, wenn zu erwarten ist, dass die Haft aufgrund eines entsprechenden bereits gestellten oder vorbereiteten Haftantrags verlängert wird.

BGH, Beschluss vom 19. Juli 2018 - V ZB 179/15 - LG Köln  
AG Köln

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Juli 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Weinland, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluss der 34. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 2. Dezember 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Betroffene, ein somalischer Staatsangehöriger, reiste im März 2014 mit dem Schiff nach Malta und stellte dort einen Asylantrag. Am 15. Januar 2015 reiste er von Malta über die Schweiz nach Deutschland und wurde am selben Tag in einem Linienbus auf dem Weg von München nach Frankfurt am Main von der Polizei festgenommen. Am 11. Februar 2015 stellte er bei der Zentralen Ausländerbehörde der Stadt B. einen Asylantrag. Er wurde daraufhin der Gemeinde L. im Kreis D. zugewiesen. Am 2. März 2015

richtete das zuständige Bundesamt ein Übernahmearbeiten nach der Dublin-III-Verordnung an Malta, worauf die dortigen Behörden nicht reagierten. Mit Bescheid vom 7. April 2015 lehnte das Bundesamt den Antrag des Betroffenen als unzulässig ab und ordnete seine Rücküberstellung nach Malta an. Dieser Bescheid wurde am 28. Mai 2015 bestandskräftig. Die für den 15. September 2015 vorgesehene Rücküberstellung des Betroffenen nach Malta scheiterte daran, dass der Betroffene zum vereinbarten Termin nicht in seiner Unterkunft anzutreffen war.

2                   Gegen den Betroffenen wurde am 31. Mai 2015 im Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft H.                   im Wege polizeilicher Vorermittlungen ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet. Dem Betroffenen wird vorgeworfen, mit zwei weiteren Personen die Außenspiegel von zwei Pkw abgetreten zu haben.

3                   Am 6. November 2015 meldete sich der Betroffene bei der Bundespolizei im K.                   Hauptbahnhof, die ihn in Gewahrsam nahm. Am selben Tag hat die beteiligte Behörde die Anordnung von Rücküberstellungshaft gegen den Betroffenen beantragt, die das Amtsgericht am selben Tag bis zum 4. Dezember 2015 angeordnet hat. Ein für den 26. November 2015 vorgesehener Rücküberstellungsversuch scheiterte an der lautstarken Weigerung des Betroffenen und der dadurch ausgelösten Weigerung des Piloten, ihn mitzunehmen. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Landgericht die Beschwerde des Betroffenen nach dessen erneuter persönlicher Anhörung zurückgewiesen. Während des Beschwerdeverfahrens hat die beteiligte Behörde einen Antrag auf Verlängerung der Haft gestellt. Der Betroffene beantragt, die Rechtswidrigkeit der angeordneten Haft festzustellen.

II.

4 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts lagen die Voraussetzungen für die Anordnung von Haft zur Sicherung der Rücküberstellung des Betroffenen nach Malta vor. Der Haftantrag der beteiligten Behörde genüge den gesetzlichen Anforderungen. Der Haftgrund gemäß § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG sei gegeben. Die Abschiebung des Betroffenen werde auch innerhalb der Höchstfrist von drei Monaten nach § 62 Abs. 3 Satz 4 AufenthG durchführbar sein.

5 Das erforderliche Einvernehmen der zuständigen Staatsanwaltschaften A. und P. läge vor. Eines Einvernehmens auch der Staatsanwaltschaft H. bedürfe es nicht. Dieses Verfahren betreffe eine Tat mit geringem Unrechtsgehalt im Sinne von § 72 Abs. 4 Satz 5 AufenthG und löse die Notwendigkeit eines Einvernehmens dieser Staatsanwaltschaft nicht aus.

III.

6 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Haft zur Sicherung seiner Rücküberstellung nach Malta durfte gegen den Betroffenen nur angeordnet werden, wenn das gegen ihn bei der Staatsanwaltschaft H. anhängige Ermittlungsverfahren wegen Sachbeschädigung entweder bereits eingestellt war oder ein allgemeines Einvernehmen der Staatsanwalt oder der zuständigen Generalstaatsanwaltschaft für derartige Straftaten vorlag.

7 1. Ein Ausländer, gegen den öffentliche Klage erhoben oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, darf nach § 72 Abs. 4 Satz 1

AufenthG - von den Ausnahmen gemäß § 72 Abs. 4 Sätze 3 bis 5 AufenthG abgesehen - nur im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft abgeschoben werden. Fehlt dieses Einvernehmen, scheidet die Anordnung der Haft zur Sicherung der Abschiebung eines Ausländers aus. Dabei ist es für die - im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf entsprechende Rüge zu berücksichtigende - Verletzung der genannten Rechtsnorm unerheblich, aus welchen Gründen das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft fehlt. Da es eine Haftvoraussetzung darstellt, kommt es insoweit allein auf die objektive Rechtslage an (vgl. Senat, Beschlüsse vom 17. Juni 2010 - V ZB 93/10, NVwZ 2010, 1574 Rn. 8, vom 10. Februar 2011 - V ZB 49/10, juris Rn. 7, vom 12. Mai 2011 - V ZB 189/10, FGPrax 2011, 202 Rn. 5 und vom 27. September 2017 - V ZB 26/17, juris Rn. 4). Wenn mehrere Ermittlungsverfahren anhängig sind, müssen alle beteiligten Staatsanwaltschaften zustimmen (Senat, Beschlüsse vom 20. Januar 2011 - V ZB 226/10, FGPrax 2011, 144 Rn. 25, vom 29. September 2011 - V ZB 173/11, NVwZ 2012, 62 Rn. 5 und vom 6. Oktober 2011 - V ZB 188/11, juris Rn. 12 a.E.). Diese Grundsätze gelten auch für die Anordnung von Haft zur Sicherung der Zurückschiebung (Senat, Beschlüsse vom 24. Februar 2011 - V ZB 202/10, FGPrax 2011, 146 Rn. 13 ff. und vom 11. Oktober 2017 - V ZB 41/17, FGPrax 2018, 41 Rn. 9), an deren Stelle in ihrem Anwendungsbereich die Haft zur Sicherung der Rücküberstellung nach Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung getreten ist.

- 8                    2. Das danach grundsätzlich erforderliche Einvernehmen der Staatsanwaltschaft H.                    wegen des dort anhängigen Ermittlungsverfahrens wegen Sachbeschädigung ist, anders als das Beschwerdegericht meint, nicht nach § 72 Abs. 4 Sätze 3 bis 5 AufenthG entbehrlich.

- 9 a) Nach § 72 Abs. 4 Satz 3 AufenthG bedarf es des Einvernehmens der Staatsanwaltschaft nicht, wenn nur ein geringes Strafverfolgungsinteresse besteht. Dies ist nach Satz 4 der Vorschrift der Fall, wenn die Erhebung der öffentlichen Klage oder die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen einer Straftat nach § 95 AufenthG oder nach § 9 FreizügG/EU und begleitender Straftaten nach dem Strafgesetzbuch mit geringem Unrechtsgehalt erfolgt ist. Nach § 72 Abs. 4 Satz 5 AufenthG sind das u.a. Straftaten mit geringem Unrechtsgehalt nach § 303 StGB, es sei denn, dieses Strafgesetz wird durch verschiedene Handlungen mehrmals verletzt oder es wird ein Strafantrag gestellt.
- 10 b) Die Erhebung der öffentlichen Klage oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren betreffen eine im Sinne von § 72 Abs. 4 Sätze 4 und 5 AufenthG „begleitende“ Straftat nach dem Strafgesetzbuch mit geringem Unrechtsgehalt, wenn zwischen der Straftat mit geringem Unrechtsgehalt nach § 72 Abs. 4 Satz 5 AufenthG und einer Straftat nach § 95 dieses Gesetzes oder § 9 FreizügigG/EU ein inhaltlicher Zusammenhang besteht.
- 11 aa) Was unter einer in diesem Sinne „begleitenden“ Straftat zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber in der maßgeblichen Beschlussempfehlung zur Ausländerrechtsnovelle von 2015 (BT-Drucks. 18/5420 S. 28) zwar nicht näher erläutert. Der Sinn dieser Formulierung erschließt sich aber aus dem von dem Gesetzgeber dort mitgeteilten Regelungsmotiv. Mit der Änderung sollte, wie dort ausgeführt wird, dem auch europarechtlich nach der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) gebotenen Vorrang der Aufenthaltsbeendigung vor der Strafverfolgung aufgrund eines Verstoßes gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften Rechnung getragen werden. Aus diesem knappen Hinweis ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Rechtssachen El Dridi (EuGH, Urteil vom 28. April 2011, Rs. C-61/11 PPU - El Dridi, ECLI:EU:C:2011:268) und Achughbabian (EuGH,

Urteil vom 6. Dezember 2011, Rs. C-329/11 - Achughbabian, ECLI:EU:C:2011:807) Rechnung tragen wollte.

12           bb) In den genannten Urteilen hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Anschluss an die Stellungnahme des Generalanwalts in der Rechtssache El Dridi (ECLI:EU:C:2011:205 Rn. 42) entschieden, dass nationale Vorschriften, die die Nichtbefolgung einer Ausweisungsverfügung (dazu: EuGH, Urteil vom 28. April 2011 - Rs. 61/11 PPU - El Dridi, ECLI:EU:C:2011:268 Rn. 59) oder die illegale Einreise bzw. den illegalen Verbleib im Inland nach Auslaufen einer Aufenthaltserlaubnis (dazu: EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2011 - Rs. 329/11 - Achughbabian, ECLI:EU:C:2011:806 Rn. 45) unter (Haft-)Strafe stellen, den Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG, ABl. EG Nr. L 348 S. 98) nicht entsprechen. Die nach solchen Strafvorschriften verhängte Strafhaft diene nämlich nicht der nach Art. 8 der Rückführungsrichtlinie gebotenen unverzüglichen Durchsetzung der vollziehbaren Rückkehrentscheidung, sondern könne deren Vollzug im Gegenteil erschweren oder gar zum Scheitern bringen. Im Urteil Achughbabian hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Rückführungsrichtlinie andererseits auch nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten ausschließt, Vorschriften - gegebenenfalls strafrechtlicher Art - zu erlassen oder beizubehalten, die unter Beachtung der Grundsätze und des Ziels der Rückkehrrichtlinie den Fall regeln, dass Zwangsmaßnahmen es nicht ermöglicht haben, einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen abzuschieben (aaO Rn. 46).

13           cc) Der Umsetzung dieser Rechtsprechung dient in erster Linie die Herausnahme der Straftaten nach § 95 AufenthG und § 9 FreizügigG/EU aus dem Einvernehmenserfordernis nach § 72 Abs. 4 AufenthG. Die zusätzliche Herausnahme anderer Straftaten ist durch die dargestellte Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht veranlasst. Die zusätzliche Herausnahme „begleitender“ Strafta-

ten mit geringem Unwertgehalt dient deshalb ersichtlich nur dazu zu verhindern, dass der durch die Herausnahme der Straftaten nach § 95 AufenthG und § 9 FreizügigG/EU angestrebte Effekt eines Vorrangs der Vollziehung der Rückkehrenscheidungen durch die Verfolgung anderer Straftaten verfehlt wird, die mit Straftaten nach § 95 AufenthG und nach § 9 FreizügigG/EU in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen. Dagegen war keine generelle Herausnahme von Straftaten mit geringem Unwertgehalt angestrebt, die einen der in § 72 Abs. 4 Satz 5 AufenthG bezeichneten Straftatbestände nach dem Strafgesetzbuch erfüllen.

- 14 c) Das Einvernehmen der Staatsanwaltschaft H. war - da die dem Betroffenen vorgeworfene Straftat nicht im Zusammenhang mit einem möglichen Verstoß gegen § 95 AufenthG steht - deshalb nur entbehrlich, wenn das Ermittlungsverfahren wegen der Sachbeschädigung bei Anordnung der Haft durch das Amtsgericht am 6. November 2015 oder, mit Wirkung dann allerdings nur noch für die Zukunft, bei Aufrechterhaltung der Haft durch das Beschwerdegericht mit dem angefochtenen Beschluss vom 2. Dezember 2015 eingestellt worden war oder zu diesen Zeitpunkten ein generelles Einvernehmen der Staatsanwaltschaft H. oder der zuständigen Generalstaatsanwaltschaft für derartige Delikte vorlag. Das ist nicht festgestellt.

#### IV.

- 15 1. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da weitere Sachverhaltsermittlungen erforderlich sind. Die Sache ist daher an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

- 16            2. Die gebotene Gewährung des rechtlichen Gehörs zu den von dem Beschwerdegericht zu treffenden Feststellungen kann dadurch erfolgen, dass dem Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Einer persönlichen Anhörung des Betroffenen (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 17. März 2016 - V ZB 39/15, juris Rn. 10; Beschluss vom 6. Dezember 2012 - V ZB 218/11, InfAuslR 2013, 154 Rn. 16) zu der Frage, ob das strafrechtliche Ermittlungsverfahren am 6. November 2015 oder am 2. Dezember 2015 eingestellt worden war oder ob zu diesen Zeitpunkten ein generelles Einvernehmen für Verfahren dieser Art bestand, bedarf es nicht (Senat, Beschluss vom 27. September 2017 - V ZB 26/17, juris Rn. 9; vgl. auch Senat, Beschluss vom 8. Februar 2018 - V ZB 92/17, juris Rn. 15 für die Frage nach der Unterrichtung des Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen über einen Anhörungstermin). Sollte sich ergeben, dass das Verfahren zu den genannten Zeitpunkten noch anhängig war und ein generelles Einvernehmen der Staatsanwaltschaft nicht vorlag, wäre die Haft von Anfang an rechtswidrig, was auf den zulässigen Antrag des Betroffenen gemäß § 62 FamFG festzustellen wäre.
- 17            3. Sollte sich herausstellen, dass das Ermittlungsverfahren eingestellt war oder ein generelles Einvernehmen vorlag, wäre die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Denn die Anordnung der Haft und ihre Aufrechterhaltung durch das Beschwerdegericht beruhen auf einem zulässigen Haftantrag und sind im Übrigen nicht zu beanstanden.
- 18            a) Sie hätten zwar richtigerweise auf Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung und § 2 Abs. 15 Satz 1 und Abs. 14 Nr. 1 AufenthG gestützt werden müssen. Die Voraussetzungen für die Anordnung von Haft zur Rücküberstellung bestimmen sich allein nach Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung und § 2 Abs. 15 AufenthG. Die in § 62 Abs. 3 AufenthG bestimmten Haftgründe gelten nur für die Anordnung von Ab- oder Zurückschiebungshaft. Der Fehler wirkt sich aber

nicht aus, weil der in § 2 Abs. 15 Satz 1 und Abs. 14 Nr. 1 AufenthG bestimmte Anhaltspunkt für das Vorliegen einer erheblichen Fluchtgefahr inhaltlich im Wesentlichen dem von dem Berufungsgericht zugrunde gelegten Haftgrund nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG entspricht.

19           b) Das Beschwerdegericht war nicht verpflichtet, die angeordnete Haft entsprechend § 426 FamFG aufzuheben.

20           aa) Die Verfahrensbevollmächtigte des Betroffenen weist allerdings zutreffend darauf hin, dass die erneute persönliche Anhörung des Betroffenen durch das Beschwerdegericht ergeben hat, dass dieser bis zum 4. Dezember 2015, dem Auslaufen der zunächst angeordneten Haft, nicht mehr nach Malta rücküberstellt werden konnte, sondern erst Mitte Januar 2016. Nach der Rechtsprechung des Senats müsste in einer solchen Situation nach dem Rechtsgedanken des § 426 FamFG die restliche Haft - hier für den 2. bis 4. Dezember 2015 - aufgehoben und bei Unterbleiben einer solchen Aufhebung die Rechtswidrigkeit der Haft in diesem Zeitraum festgestellt werden. Bei einem vorzeitigen Scheitern des zu sichernden Abschiebungsversuchs dient nämlich der Rest der angeordneten Sicherungshaft nicht mehr unmittelbar der Sicherung der - vorerst gescheiterten - Abschiebung, sondern nur noch mittelbar, nämlich durch Sicherung der Haftverlängerung (vgl. Senat, Beschlüsse vom 10. April 2014 - V ZB 110/13, juris Rn. 7, vom 15. September 2016 - V ZB 43/16, NVwZ 2016, 1824 Rn. 4 und vom 20. September 2017 - V ZB 180/16, InfAuslR 2018, 63 Rn. 8).

21           bb) Diese Rechtsprechung bedarf im Hinblick auf § 62 Abs. 4a AufenthG einer Einschränkung. Von einer Aufhebung des noch nicht abgelaufenen Teils der angeordneten Sicherungshaft ist gemäß dieser Vorschrift nach dem Scheitern des Versuchs - hier - der Rücküberstellung abzusehen, wenn zu erwarten

ist, dass die Haft aufgrund eines entsprechenden bereits gestellten oder vorbereiteten Haftantrags verlängert wird.

22 (1) Nach § 62 Abs. 4a AufenthG bleibt die Anordnung der Sicherungshaft nach dem Scheitern der Abschiebung bis zum Ablauf der Anordnungsfrist unberührt, sofern die Voraussetzungen für die Haftanordnung unverändert fortbestehen. Die Regelung ersetzt den bisherigen § 62 Abs. 3 Satz 5 AufenthG, wonach die Haftanordnung bis zum Ablauf der Anordnungsfrist unberührt blieb, wenn die Abschiebung aus Gründen scheiterte, die der Ausländer zu vertreten hat. Ziel jener Regelung war es, die Wirksamkeit der Anordnung der Sicherungshaft trotz Zweckverfehlung in den Fällen fortgelten zu lassen, in denen der Ausländer das Scheitern der Abschiebung und damit die Zweckverfehlung der Maßnahme selbst herbeigeführt hat (BT-Drucks. 16/5065 S. 188). Sie war durch den Beschluss des OLG München vom 19. Juli 2006 (34 Wx 74/06, OLGR 2006, 674) veranlasst, in dem das Gericht entschieden hatte, die zur Sicherung einer Abschiebung angeordnete Haft erledige sich mit dem Scheitern der Abschiebung und entfalte keine Wirkungen mehr.

23 (2) Mit der Ersetzung von § 62 Abs. 3 Satz 5 AufenthG a.F. durch § 62 Abs. 4a AufenthG soll erreicht werden, dass die Anordnung von Haft in allen Fällen des Scheiterns der Abschiebung bis zum Ablauf der Anordnungsfrist wirksam bleibt. Als Beispiel nennt die Entwurfsbegründung den Fall, dass die Abschiebung während der nach Erlass der Ausweisung gemäß § 62 Abs. 2 Satz 3 AufenthG ohne erneute Haftanordnung fortdauernden Vorbereitungshaft nach § 62 Abs. 2 Satz 1 AufenthG scheitert. Voraussetzung soll, anders als in § 62 Abs. 3 Satz 5 AufenthG a.F., der eine vergleichbare Bedingung nicht enthielt, sein, dass die Voraussetzungen für die Haftanordnung unverändert vorliegen (BT-Drucks. 18/4097 S. 55). So liegt es aber nicht nur, wenn die Abschiebung innerhalb des angeordneten Haftzeitraums noch einmal versucht werden

kann, sondern auch in dem - angesichts der Verpflichtung nach § 62 Abs. 1 AufenthG, die Haft auf den kürzest möglichen Zeitraum zu begrenzen - nicht seltenen Fall, dass die Haft aufgrund eines entsprechenden bereits gestellten oder vorbereiteten Haftantrags voraussichtlich verlängert wird. Auch dann soll die angeordnete Haft bis zum Ende der angeordneten Haftzeit fortbestehen. Unter dieser Voraussetzung ist sie nicht entsprechend § 426 FamFG aufzuheben.

24 cc) Diese Voraussetzung lag hier vor. Der Verlängerungsantrag war gestellt. Die Verlängerung der angeordneten Haft war zu erwarten.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Weinland

Göbel

Haberkamp

Vorinstanzen:

AG Köln, Entscheidung vom 06.11.2015 - 507b XIV (B) 9/15 -  
LG Köln, Entscheidung vom 02.12.2015 - 34 T 236/15 -