

Freiheitsentziehungs- und Haftrecht

**Beschluss OLG Köln
vom 01.07.2008
(Az.: 16 Wx 76/08)**

**Zu den Voraussetzungen einer Sicherungshaft zur Zurückweisung
AufenthG § 15 Abs. 5 AufenthG:**

- 1. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 15 Abs. 5 AufenthG erfordert mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Erforderlichkeit einer Haftordnung zur Sicherstellung der Zurückweisung. Dabei ist das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit abzuwägen gegenüber dem Freiheitsanspruch des Betroffenen.**
- 2. Wenngleich eine ausdrückliche Verweisung auf § 62 Abs. 2 AufenthG in § 15 Abs. 5 AufenthG fehlt, ist für die Zulässigkeit der Haft dennoch in der Regel eine dem § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG vergleichbare Sachlage erforderlich.**

Kommentiert von Holger Winkelmann

Diese Arbeitsmaterialien sind ein Service von:

I Zum Sachverhalt:

Ein Drittstaatsangehöriger, am 10.10.2007 mit Flug aus Moskau kommend, führte bei der Einreisekontrolle im Flughafen Köln/Bonn zwei Gemälde nebst Expertisen mit. Gegen ihn wurde gegen ein - inzwischen eingestelltes - Steuerstrafverfahren eingeleitet. Die beiden Bilder wurden deswegen beschlagnahmt und es wurde von dem Betroffenen eine Sicherheit von 200,00 € gefordert und geleistet. Ferner wurde eine für sofort vollziehbar erklärte Einreiseverweigerung gem. § 15 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 AufenthG i. V. m. Art. 5 (1) d u. e SGK verfügt. Um den um 17:40 Uhr festgenommenen Betroffenen am nächsten Morgen um 6:30 Uhr außer Landes zu bringen, beantragte die Antragstellerin sodann Zurückweisungshaft für einen Tag, die das Amtsgericht nach Anhörung des Betroffenen nicht in vollem Umfang, sondern lediglich bis zum nächsten Tag, 8:00 Uhr anordnete.

II Kommentar:

Grundsätzlich erscheint eine Zurückweisung in dieser Situation möglich, da mit dem Verdacht einer strafbaren Handlung - hier nach der Abgabenordnung - eine Zurückweisung nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 (... der begründete Verdacht besteht, dass der Aufenthalt nicht dem angegebenen Zweck dient) und auch nach Abs. 2 Nr. 3 (... er die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex nicht erfüllt) erfolgen durfte. Inwieweit diese Maßnahme auch auf Art. 5 (1) d SGK gestützt werden konnte, ist diesseits nicht ersichtlich, zumal laut Sachverhalt nicht erwähnt wurde, dass die Person im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben war. Zugleich sollte aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des SGK mit dem dortigen Art. 13 (Einreiseverweigerung) eine Zurückweisung auf Art. 13 SGK i.V.m. § 15 AufenthG gestützt werden. Damit wird die an sich in diesem Fall ermessensabhängige Zurückweisung nach § 15 Abs. 2 AufenthG durch die ermessenslenke Funktion des Art. 13 SGK zu einer zwingenden Maßnahme. Nach Art. 13 SGK **wird** einer Person die Einreise verweigert.

Zu den Haftvoraussetzungen¹ ist zu bemerken, dass hier der klassische Fehler gemacht wurde, die neue Zurückweisungsnorm lediglich an der Tatbestandsseite zu messen.

Mit der Einführung des Absatz 5 ist eine **eigenständige Norm** für die Beantragung und Anordnung der Zurückweisungshaft geschaffen worden. Damit wurde das bisherige Prinzip, die Zurückweisungshaft als Annexregelung zu § 62 (Abschiebungshaft) in analoger Anwendung zu verstehen, durchbrochen. Lediglich für den Bereich der Zurückschiebungshaft wird diese Konstruktion über § 57 Abs. 3 i.V.m. § 62 AufenthG noch aufrechterhalten. Auch bisher war die Beantragung von Haft zur *Vorbereitung* der Zurückweisung nach § 62 Abs. 1 als nachrangig zu betrachten gewesen, da wie § 15 Abs. 5 ebenfalls vorsieht, grundsätzlich von einer bereits ergangenen Zurückweisungsentscheidung ausgegangen werden musste. Die Form der Vorbereitungshaft zur Zurückweisung ist nicht mehr vorgesehen, da § 15 Abs. 5 S. 2 lediglich auf § 62 Abs. 3 (Dauer der Haft) verweist. Die Zurückweisungshaft soll nach Absatz 5 bereits dann angeordnet werden, wenn eine Zurückweisungsentscheidung ergangen ist und diese nicht unmittelbar vollzogen werden kann. Das suggeriert den Grenzbehörden, dass lediglich, weil etwa ein Ausländer auf Grund fehlender Heimreisepapie-

¹ Vgl. *Winkelmann*, ZAR 2007, 268 = ebook, <http://www.migrationsrecht.net>.

re, nicht unmittelbar zurückgewiesen werden kann, die Inhaftnahme beantragt werden kann. Das würde bedeuten, dass, abweichend von der Sicherungshaft nach § 62 Abs. 2 AufenthG, allein deshalb freiheitsentziehende Maßnahmen durchgeführt werden sollen, weil eine zuvor ergangene Zurückweisungsentscheidung nicht unmittelbar vollzogen werden kann. So wie in dem Fall hier.

Der Verweis auf weitere spezifische Haftgründe durch den Gesetzgeber erfolgt nicht. Danach soll nicht mehr persönlich vorwerfbares Verhalten, sondern allein das öffentliche Interesse an einem reibungslosen und jederzeit möglichen Vollzug administrativer Maßnahmen eine freiheitsentziehende Maßnahme stützen. Mit dem Verweis auf die Anwendung des § 62 Abs. 3 ist die Anordnungsmöglichkeit von sechs Monaten Haft somit allein zur Erleichterung des Verwaltungsvollzugs, ohne dass diese aufgrund des Verhaltens des Betroffenen erforderlich sein muss, eröffnet. Diese Annahme würde zu einer nicht verfassungsgemäßen Anwendung der Norm führen. Die Zurückweisungshaft ist vielmehr **ultima ratio**, daher wird man fordern müssen, dass eine **konkrete Gefahr (Entziehungsabsicht)** besteht, dass der Ausländer also entgegen der Zurückweisung den Versuch unternommen wird, (unerlaubt) einzureisen. Insoweit ist der Rechtsgedanke des § 62 Abs. 2 S. 3, wonach von der Anordnung der Sicherungshaft ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn der Ausländer glaubhaft macht, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will, entsprechend anzuwenden. Bei **tatsächlichen Hinderungsgründen** (z.B. Passlosigkeit, ungeklärte Identität) ist der Rechtsgedanke des § 62 Abs. 2 S. 4 ebenso beachtlich, wonach die Sicherungshaft unzulässig wäre, wenn feststeht, dass aus Gründen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, die Zurückweisung nicht innerhalb der nächsten drei Monate durchgeführt werden kann. Umfangreiche Passbeschaffungsmaßnahmen dürfen nicht in Ermangelung der Anwendung des § 62 Abs. 2 S. 4 zu der Vorstellung führen, die Sicherungshaft könne jederzeit beantragt werden, auch wenn die Beschaffung von Heimreisedokumenten unübersehbar lange dauern könnte. In diesen Fällen wäre auch bereits die **Beantragung unzulässig**.

Zwar ist die Anordnung der Haft hier als Regelfall vorgesehen, dennoch hat das Gericht auch nach der gesetzlichen Neuregelung in jedem Einzelfall bei dem Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen immer den rechtsstaatlichen Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu berücksichtigen, und zwar unter Abwägung mit dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift, im Allgemeininteresse eine Einreise zu verhindern und die Durchführung der Zurückweisung zu sichern. Es ist in jedem Einzelfall die Erforderlichkeit der Haft zu prüfen. Hierbei ist abzuwägen zwischen dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und dem Freiheitsanspruch des Betroffenen. Dabei kann das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit nur bei zu erwartenden **erheblichen Rechtsverletzungen** im Falle einer Einreise Vorrang haben, da die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) ein besonders hohes Rechtsgut ist, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf.

III Volltext:

Oberlandesgericht Köln

16 Wx 76/08

In der Freiheitsentziehungssache ... hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln **am 01.07.2008** b e s c h l o s s e n:

Auf die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen wird der Beschluss der 34. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 13.03.2008 – 34 T 20/07 - aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 10.10.2007 - 507 XIV 245/07 - angeordnete Zurückweisungshaft rechtswidrig war. Der Betroffene hat die im Verfahren der Erstbeschwerde entstandenen Gerichtskosten zur Hälfte zu tragen; im Übrigen sind Gerichtskosten nicht zu erheben. Die Antragstellerin hat dem Betroffenen die in erster Instanz sowie im Verfahren der weiteren Beschwerde entstandenen notwendigen Auslagen insgesamt sowie die ihm im Verfahren der Erstbeschwerde erwachsenen Auslagen zur Hälfte zu ersetzen.

G r ü n d e

I.

Der Betroffene kam am 10.10.2007 mit einem aus Moskau kommenden Flug im Flughafen Köln/Bonn an und legte bei der Einreisekontrolle ein von der niederländischen Botschaft in Moskau ausgestelltes gültiges Schengen-Visum vor. Da er zwei Gemälde nebst Expertisen mit sich führte, wurde gegen ihn ein – inzwischen eingestelltes - Steuerstrafverfahren eingeleitet. Die beiden Bilder wurden deswegen beschlagnahmt und es wurde von dem Betroffenen eine Sicherheit von 200,00 € gefordert und geleistet. Ferner wurde eine für sofort vollziehbar erklärte Einreiseverweigerung gem. § 15 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 AufenthG i. V. m. Art. 5 (1) d u. e SGK verfügt. Um den um 17:40 Uhr festgenommenen Betroffenen am nächsten Morgen um 6:30 Uhr außer Landes zu bringen, beantragte die Antragstellerin sodann Zurückweisungshaft für einen Tag, die das Amtsgericht nach Anhörung des Betroffenen nicht in vollem Umfang, sondern lediglich bis zum 11.10.2007, 8:00 Uhr anordnete. Mit der hiergegen eingelegten sofortigen Beschwerde hat der Betroffene die Feststellung der

Rechtswidrigkeit der Haftanordnung begehrt und weiter beantragt, das Hauptzollamt Köln anzuweisen, die Sicherheitsleistung und die beiden Bilder im Holzrahmen nebst Expertisen freizugeben. Nach Rücknahme dieses Antrags hat das Landgericht die sofortige Beschwerde im Übrigen zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Betroffene mit seiner weiteren Beschwerde, mit der er das Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haftanordnung weiterverfolgt.

II.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Die Haftanordnung des Amtsgerichts, um dessen Rechtmäßigkeit es alleine geht, nachdem sich die Hauptsache vor Entscheidung über die Erstbeschwerde des Betroffenen erledigt hat, war rechtswidrig. Gemäß § 15 Abs. 5 S. 1 AufenthG soll ein Ausländer zur Sicherung der Zurückweisung auf richterliche Anordnung in Haft genommen werden, wenn eine Zurückweisungsentscheidung ergangen ist und diese nicht unmittelbar vollzogen werden kann. Eines weiteren Haftgrundes nach § 62 Abs. 2 AufenthG bedarf es nunmehr – entgegen der vorherigen Regelung in § 15 Abs. 4 AufenthG a.F.– nicht mehr, wie aus der Verweisung in § 15 Abs. 5 S. 2 AufenthG allein auf § 62 Abs. 3 AufenthG deutlich wird.

Diese Neuregelung, die eine regelmäßige Inhaftierung bei Nichtvollziehbarkeit der Zurückweisungsentscheidung ohne besondere Haftvoraussetzungen vorsieht und zudem eine Lockerung der bisherigen zeitlichen Beschränkungen der Haft enthält, entbindet die antragstellenden Behörden und die Haftrichter nicht davon, die Regelung verfassungskonform zu handhaben. Auch nach der Verschärfung der Zurückweisungshaft in § 15 Abs. 5 AufenthG, deren sachliche Notwendigkeit von dem Gesetzgeber nicht begründet worden ist, steht die Haftanordnung im pflichtgebundenen Ermessen des Gerichts. Zwar ist die Anordnung der Haft als Regelfall vorgesehen, dennoch hat das Gericht auch nach der gesetzlichen Neuregelung in jedem Einzelfall bei dem Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen immer den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, und zwar unter Abwägung mit dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift, im Allgemeininteresse eine Einreise zu verhindern und die Durchführung der Zurückweisung zu sichern. Es ist in jedem

Einzelfall die Erforderlichkeit der Haft zu prüfen. Hierbei ist abzuwägen zwischen dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und dem Freiheitsanspruch des Betroffenen. Dabei kann das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit nur bei zu erwartenden erheblichen Rechtsverletzungen im Falle einer Einreise Vorrang haben, da die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) ein besonders hohes Rechtsgut ist, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl BVerfG FamRZ 2007, 1874 ff).

Im Übrigen ist die Haft stets unzulässig, wenn sie nicht erforderlich ist, um sicherzustellen, dass die Ausreise auch tatsächlich erfolgt. Diese Annahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine dem in § 62 Abs.2 S.1 Nr. 5 AufenthG genannten Grund vergleichbare Sachlage gegeben ist. Dabei muss eine zu erwartende Entziehung des Ausländers aber auch geeignet sein, die Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen. Dies kann nur dann angenommen werden, wenn infolge der Entziehung mit einer illegalen und unkontrollierten Einreise zu rechnen ist (vgl. Funke-Kaiser GK AufenthG, 2008, § 15 RZ. 97). Ob der Tatrichter – gemessen an den vorstehenden Maßstäben - sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat, unterliegt zwar nur einer eingeschränkten Überprüfung durch den Senat als Rechtsbeschwerdegericht. Ein zu berücksichtigender Rechtsfehler ist u.a. aber dann anzunehmen, wenn sich die Vorinstanzen mit dem so verstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seinen Auswirkungen auf den zu entscheidenden Sachverhalt nicht auseinandergesetzt haben und wesentliche Umstände unerörtert geblieben sind. Dies ist vorliegend der Fall. Die Vorinstanzen haben allein auf den Haftgrund des § 62 Abs.2 S. 1 Nr. 5 AufenthG abgestellt und unberücksichtigt gelassen, dass der von der antragstellenden Behörde vorgetragene und von ihnen festgestellte Sachverhalt nicht erkennen lässt, dass im Falle einer Einreise des Betroffenen eine Rechtsverletzung von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu erwarten war. Eine solche Rechtsverletzung kann insbesondere auch der Einreiseverweigerung gemäß Bescheid der Antragstellerin vom 10.10.2007, an die die Haftgerichte grundsätzlich gebunden waren, nicht entnommen werden. Die Annahme eines Zollvergehens bzw. die bloße Einleitung eines steuerstrafrechtlichen Verfahrens wegen Verdachts der versuchten Steuerhinterziehung ist in Anbetracht der von dem Betroffenen mitgeführten zwei Bilder hierfür nicht ausreichend. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene mit gefälschten

Kunstgegenständen handelte und diese in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Umlauf bringen wollte, lagen nicht vor.

Des Weiteren bestanden auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene sich das in seinem Besitz befindliche gültige Schengenvisum der niederländischen Botschaft in Moskau erschlichen hatte. Für einen diesbezüglich begründeten Verdacht ist allein die Tatsache, dass Visaanträge des Betroffenen bei der deutschen Botschaft in Moskau zweimal abgelehnt wurden, ohne weitere Darlegung der Gründe für die Ablehnung nicht ausreichend. Im Übrigen lagen im Zeitpunkt der Haftanordnung auch keine Feststellungen vor, die die Annahme rechtfertigten, dass der Betroffene im Falle einer Einreise in die Bundesrepublik vorhatte, sich hier illegal und unkontrolliert aufzuhalten. Nur in diesem Fall wäre – wie ausgeführt - eine Entziehung des Betroffenen überhaupt geeignet, die Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen. Der Betroffene hat anlässlich seiner Vernehmung durch die Bundespolizei am 10.10.2007 angegeben, dass er am nächsten Tag schon wieder zurückreisen wolle. Dass diese Angaben überprüft worden sind, ist nicht ersichtlich. Auch anlässlich seiner Anhörung vor dem Amtsgericht ist er hierzu ausweislich des Anhörungsprotokolls nicht befragt worden. Die zum Zeitpunkt der Haftanordnung getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen ließen deshalb eine Ermessensausübung dahingehend, dass die Anordnung der Haft zur Sicherheit der Allgemeinheit vor einer Einreise des Betroffenen erforderlich war, nicht zu, so dass die Rechtswidrigkeit der Haft festzustellen war.

Wegen der Gerichtskosten folgt die Kostenentscheidung aus den §§ 14, 15 FEVG. Wegen der außergerichtlichen Kosten des Betroffenen war infolge der rechtswidrigen Haft eine Erstattungsanordnung zu treffen, wobei es offen bleiben kann, ob diese aus einer entsprechenden Anwendung des § 16 FEVG (so OLG Hamm FGPrax 2005, 49; OLG München a. a. O.) oder aus § 13 a Abs. 1 S. 1 FGG (so OLG Düsseldorf FGPrax 2004, 141) folgt. Im Rahmen der Prüfung des § 16 FEVG kommt es darauf an, wie die Behörde den Sachverhalt beurteilen durfte, wenn sie alle ihr zumutbaren Ermittlungen angestellt hätte, wobei auch sie zur Ermessensausübung gehalten ist und der Antrag erkennen lassen muss, dass sie hiervon Gebrauch gemacht hat (vgl. OLG München a. a. O.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Auch die Antragstellerin stützt ihren Haftantrag auf die Vorschrift des § 62 Abs. 2 AufenthG und es fehlen jeg-

liche konkreten Feststellungen dazu, dass die Haft zwingend erforderlich war, um die Allgemeinheit vor erheblichen Rechtsverletzungen des Betroffenen im Falle einer Einreise zu schützen. Der Betroffene hat deshalb für den konkret zu beurteilenden Antrag keinen Anlass gegeben. Es entspricht deshalb auch der Billigkeit im Sinne des § 13 a Abs. 1 S. 1 FGG, dass ihm die durch Vertretung vor Gericht entstandenen Kosten erstattet werden. Wegen des Erstbeschwerdeverfahrens hat sich indes wegen des im Verfahren nach dem FEVG unzulässigen und auf Hinweis des Landgerichts hin zurückgenommenen Freigabeantrags die Erstattungsanordnung auf die Hälfte der entstandenen Kosten zu beschränken.