





# Kammergericht

## Beschluss

S	Rechtsanwalt Rolf Stahmann	Wv
ZA	14. OKT. 2008	Md. z. K.
Md. abt.	Rosenthaler Str. 46/47 10178 Berlin	Md. Tel.

Geschäftsnummer: 1 W 349/07  
84 T 468/05 B Landgericht Berlin  
70 XIV 1663/05 B AG Schöneberg

In der Freiheitsentziehungssache betreffend

  
  
Anschrift unbekannt

- Verfahrensbevollmächtigter  
Rechtsanwalt Rolf Stahmann,  
Rosenthaler Straße 46-47, 10178 Berlin,-

Antragsteller und Beschwerdeführer:

Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten,  
Nöldnerstraße 34-36, 10317 Berlin,  
GeschZ. IV R 3 - 097012201043

hat der 1. Zivilsenat des Kammergerichts auf die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers vom 27. Juli 2007 gegen den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 2. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Sieveking, den Richter am Kammergericht Hinze und die Richterin am Kammergericht Dr. Rasch am 30. September 2008 beschlossen:

Die sofortige weitere Beschwerde wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Land Berlin die dem Betroffenen in den drei Instanzen entstandenen notwendigen Auslagen nicht zu erstatten hat.

## Gründe:

### I.

Die Ausländerbehörde ordnete mit Bescheid vom 6. September 2004 das persönliche Erscheinen des Betroffenen im türkischen Generalkonsulat zum Zwecke der Passbeantragung an. Zugleich drohte sie die Anwendung unmittelbaren Zwangs an.

Auf den am 16. August 2005 bei Gericht eingegangenen Antrag der Ausländerbehörde hat das Amtsgericht Schöneberg mit Beschluss vom 22. August 2005 ohne Anhörung des Betroffenen den einstweiligen Entzug der Freiheit des Betroffenen für die Zeit vom 17. September 2005 bis zum Ablauf des 19. September 2005 angeordnet. Zugleich bestimmte das Amtsgericht die Vorführung des Betroffenen sofort nach Festnahme zur Anhörung und Entscheidung in der Hauptsache, "vorbehaltlich der Botschaftsvorführung". Außerdem bestimmte es Termin zur Anhörung des Betroffenen von Amts wegen nach der Festnahme. Die Festnahme des Betroffenen am 19. September 2005 scheiterte.

Auf die gegen den Beschluss vom 22. August 2005 gerichtete sofortige Beschwerde des Betroffenen hat das Landgericht mit Beschluss vom 2. Juli 2007 festgestellt, dass die Anordnung der Freiheitsentziehung rechtswidrig gewesen sei. Zugleich hat es dem Land Berlin aufgegeben, die dem Betroffenen entstandenen notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Ausländerbehörde mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde vom 27. Juli 2007.

### II.

1. Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht erhoben worden, §§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 S. 1 und 3, Abs. 4 FGG, 3 S. 2, 7 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 2 FEVG, 106 Abs. 2 S. 1 AufenthG. Die sofortige weitere Beschwerde ist dahin zu verstehen, dass der Antragsteller die Zurückweisung der Erstbeschwerde erstrebt. Insoweit besteht für den Antragsteller auch ein Rechtsschutzbedürfnis, weil mit der angefochtenen Entscheidung letztlich sein Haftantrag abgelehnt worden ist, vgl. § 7 Abs. 2 Halbsatz 2 FEVG. Zwar bezog sich dieser Haftantrag nur auf einen – inzwischen - vergangenen Zeitraum, nämlich die Zeit vom 17. bis 19. September 2005. Gleichwohl ist der Antragsteller durch die vom Landgericht getroffene Feststellung der Rechtswidrigkeit beschwert, wie sich aus § 16 FEVG ergibt. Das Landgericht hat ihm die Erstattung der notwendigen aussergerichtlichen Kosten des Betroffenen als Kostenfolge der Sachentscheidung auferlegt. Diese

Kostenentscheidung kann vom Antragsteller nur mit der gegen ihn ergangenen Entscheidung in der Hauptsache angegriffen werden, § 20a Abs. 1 Satz 1 FGG (BGH NJW 1996, 466).

2. Die sofortige weitere Beschwerde hat jedoch nur im Hinblick auf die Kostenentscheidung in dem angefochtenen Beschluss Erfolg. In der Hauptsache beruht die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis nicht auf einer Verletzung des Rechts, §§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO (zum folgenden s. bereits Senat, Beschluss vom 23.4.2008 - 1 W 48/08 - KGR 2008, 264).
- a) Allerdings teilt der Senat die Auffassung des Landgerichts nicht, es habe bereits an einer Rechtsgrundlage für die von dem Amtsgericht angeordnete Freiheitsentziehung gefehlt. Gemäß § 82 Abs. 4 S. 1 AufenthG kann die Ausländerbehörde unter den dortigen weiteren Voraussetzungen anordnen, dass ein Ausländer bei den Vertretungen des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er vermutlich besitzt, persönlich erscheint. Kommt der Ausländer dem nicht nach, kann die Anordnung zwangsweise durchgesetzt werden, § 82 Abs. 4 S. 2 AufenthG. Hierfür gelten die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsrechts (OVG Münster, Beschluss vom 28. November 2006 – 10 B 1789/06 -, Juris, Rdn. 9; BayObLG, Beschluss vom 11. April 2001 – 3Z BR 1/01 -, Juris, Rdn. 23). Darüber hinaus finden §§ 40 Abs. 1 und 2, 41, 42 Abs. 1 S. 1 und 3 BPolG entsprechende Anwendung, § 82 Abs. 4 S. 3 AufenthG. Nach § 40 Abs. 1 BPolG hat die Bundespolizei, wenn eine Person festgehalten wird, unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen, wobei im Zusammenhang mit einer Anordnung nach § 82 Abs. 4 S. 1 AufenthG die Ausländerbehörde an Stelle der Bundespolizei zuständig bleibt (BT-Drs. 15/420, S. 97). Dabei beschränkt sich die Verweisung in § 82 Abs. 4 S. 3 AufenthG auf § 40 Abs. 1 BPolG nicht auf solche Fälle, in denen der Ausländer bereits festgehalten wird. Der von dem Landgericht hierfür herangezogene Wortlaut des § 40 Abs. 1 BPolG verlangt dies nicht. Vielmehr muss die Vorschrift im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG ausgelegt werden. Danach hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden. Die Freiheitsentziehung setzt somit grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus (BVerfG, NJW 2002, 3161, 3162; Beschluss vom 7. September 2006 – 2 BvR 129/04 - Juris, Rdn. 25, mit Anmerkung von Lorbacher, FGPrax 2007, 39; Beschluss vom 1. April 2008 – 2 BvR 1925/04, bei Melchior, Abschiebehaft, Internetkommentar). Einfachgesetzlich ist dies bundesrechtlich in § 40 BPolG geregelt, der etwa im Landesrecht von Berlin seine Entsprechung in § 31 ASOG findet. Für diese Vorschrift wird nicht in Zweifel gezogen, dass ihr Regelungsinhalt sowohl die vorgängige richterliche Anordnung als auch die nur in Eilfällen zulässige, unverzüglich einzuholende nachträgliche Entscheidung des Richters umfasst (Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG Berlin, § 31, Rdn. 1; Knappe/Kiworr, Allgemeines Polizei- und

Ordnungsrecht für Berlin, 9. Aufl., ASOG Bln, § 31, Anm. II. A.). Das Gleiche gilt für § 40 BPolG.

Nichts anderes folgt aus der Verweisung in § 82 Abs. 4 S. 3 AufenthG auf §§ 40 Abs. 1 und 2, 41, 42 Abs. 1 S. 1 und 3 BPolG. Der Gesetzgeber wollte dadurch eine Rechtsgrundlage für die zwangsweise Vorführung eines geladenen, aber nicht freiwillig erschienenen Ausländers schaffen (BT-Drs. 15/420, S. 97). Auch § 25 Abs. 3 BPolG, auf den § 40 Abs. 1 BPolG verweist, regelt den Fall, dass eine polizeiliche Vorladung zwangsweise durchgesetzt werden soll. Der polizeilichen Vorladung entspricht in § 82 Abs. 4 S. 1 AufenthG die Anordnung des persönlichen Erscheinens bei der Behörde oder Auslandsvertretung, zu deren zwangsweiser Durchsetzung die richterliche Entscheidung nach § 40 Abs. 1 BPolG herbeizuführen ist. Eine Beschränkung auf Fälle der ungeplanten Festnahme hat der Gesetzgeber demnach nicht vorgesehen. Eine solche Beschränkung widerspräche auch den offensichtlichen Bedürfnissen der Praxis. Da das persönliche Erscheinen des Ausländers bei seiner Auslandsvertretung regelmäßig die vorherige Vereinbarung eines Termins voraussetzt, entfielen die Möglichkeit einer zwangsweisen Vorführung in der überwiegenden Zahl der Fälle, weil es sich hier regelmäßig gerade nicht um Spontanmaßnahmen der Ausländerbehörde handelt, wie auch mit der weiteren Beschwerde geltend gemacht worden ist.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist eine vorherige richterliche Entscheidung in solchem Fall in der Regel auch erforderlich. Denn dem Betroffenen sollte die Freiheit – vorübergehend – entzogen werden. Dem Senat ist aus mehreren bereits entschiedenen Verfahren bekannt, dass die Betroffenen regelmäßig nicht unmittelbar nach ihrer Festnahme dem türkischen Generalkonsulat vorgeführt, sondern zunächst zur polizeilichen Dienststelle am Tempelhofer Damm verbracht und dort festgehalten werden. So lag es auch hier: Die Festnahme des Betroffenen wurde am 19. September 2005 frühmorgens gegen 6.00 Uhr unter der Meldeanschrift des Betroffenen versucht. Durch den Aufenthalt im polizeilichen Gewahrsam wird aber jegliche körperliche Bewegungsfreiheit des Ausländers aufgehoben, so dass Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG vorliegt (vgl. BVerfG, a.a.O.). Ob diese Verfahrensweise notwendig ist, ist von der Frage nach der Rechtsgrundlage zu trennen und erst im Rahmen der richterlichen Entscheidung über den Haftantrag zu prüfen.

- b) Die von dem Betroffenen angefochtene Entscheidung des Amtsgerichts Schöneberg war jedoch rechtswidrig, weil der Beschluss unter Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschriften ergangen ist. Gemäß §§ 82 Abs. 4 S. 3 AufenthG, 40 Abs. 2 S. 2 BPolG richtet sich das Verfahren über die von dem Richter zu treffende Entscheidung nach den Vorschriften des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen. Danach

hat das Gericht die Person, der die Freiheit entzogen werden soll, mündlich zu hören und hierzu vorzuladen, § 5 Abs. 1 FEVG. Das Amtsgericht hat seine abweichende Verfahrensweise offenbar auf § 11 FEVG gestützt, auch wenn es diese Vorschrift nicht erwähnt hat. Ist Antrag auf Freiheitsentziehung gestellt, kann das Gericht danach eine einstweilige Freiheitsentziehung anordnen, sofern dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass die Voraussetzungen für die Unterbringung, § 2 Abs. 1 FEVG, vorliegen, und über die endgültige Unterbringung nicht rechtzeitig entschieden werden kann, § 11 Abs. 1 FEVG. Die auch für die einstweilige Anordnung nach §§ 11 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 1 S. 1 FEVG gebotene vorherige Anhörung kann bei Gefahr im Verzug unterbleiben, muss dann aber unverzüglich nachgeholt werden, § 11 Abs. 2 S. 2 FEVG. Das Amtsgericht hat daher auch den Anhörungstermin "nach Festnahme" bestimmt.

Das Amtsgericht hat jedoch verfahrensfehlerhaft von der vorherigen Anhörung des Betroffenen abgesehen. Die von ihm angenommene Gefahr im Verzug war nicht gegeben. Sie konnte nicht allein mit dem feststehenden Vorführungstermin und der Gefahr seiner Vereitelung durch Untertauchen des Betroffenen begründet werden. Eine solche Gefahr besteht allgemein, wenn ein Ausländer zur persönlichen Anhörung gemäß 5 Abs. 1 S. 2 FEVG geladen wird. Gleichwohl ist die Vorladung zur Anhörung über den Haftantrag Voraussetzung dafür, dass die Vorführung des Betroffenen angeordnet werden kann. Deshalb bedarf es auch für die Annahme, der Ausländer werde in Kenntnis des Haftantrags die Durchführung der Vorführung bei der Auslandsvertretung vereiteln, konkreter Anhaltspunkte. Solche sind hier nicht ersichtlich und ergeben sich insbesondere auch nicht daraus, dass der Betroffene gegen den Bescheid der antragstellenden Behörde vom 6. September 2004 Rechtsmittel eingelegt hatte. Der Ausländerakte ist vielmehr zu entnehmen, dass der Betroffene nach Mitteilung seines Verfahrensbevollmächtigten vom 3. September 2004 zwar Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht suchen wollte, aber im Übrigen Zwangsmaßnahmen dulden werde.

Gefahr im Verzug konnte das Amtsgericht auch nicht mit dem bei Beschlussfassung nahe bevorstehenden Termin zur Vorführung bei der Auslandsvertretung begründen. Der Antrag der Ausländerbehörde war bei dem Amtsgericht am 16. August 2005 eingegangen, so dass ohne weiteres eine Ladung zur persönlichen Anhörung des Betroffenen hätte erfolgen können. Dem Gericht war die Anschrift des Betroffenen sowie anhand der Ausländerakte auch die seines Verfahrensbevollmächtigten bekannt. Dass den Betroffenen eine Ladung nicht rechtzeitig erreicht hätte, kann nicht angenommen werden. Der Termin bei der Auslandsvertretung war erst für den 19. September 2005 vorgesehen. Im Übrigen wäre eine Gefahr im Verzuge allerdings auch nicht damit zu begründen, dass die Behörde den Antrag

erst unmittelbar vor dem Termin stellt, wenn dieser längere Zeit vorher feststeht (BVerfG, Beschluss vom 7. September 2006 – 2 BvR 129/04, Juris, Rdn. 26).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 16 Abs. 1 S. 1 FEVG. Danach hat das Gericht die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen der Gebietskörperschaft, der die Verwaltungsbehörde angehört, aufzuerlegen, wenn der Antrag der Behörde auf Freiheitsentziehung abgelehnt wird und das Verfahren ergeben hat, dass ein begründeter Anlass zur Stellung des Antrags nicht vorlag. Hier hatte die Ausländerbehörde aber hinreichend begründeten Anlass zur Stellung des Haftantrags vor dem Amtsgericht, weil die Vorführung des Betroffenen mit einer Freiheitsentziehung verbunden war und nach den obigen Ausführungen hierfür eine gesetzliche Grundlage gegeben war. Der Betroffene ist den wiederholten Aufforderungen der Behörde zur Vorsprache bei seiner Heimatvertretung nicht nachgekommen. Der vom Betroffenen beantragte einstweilige Rechtsschutz gegen die Anordnung der Vorführung (vgl. den Antrag an das Verwaltungsgericht Berlin vom 17.9.2004, Bl. 64 d.A.) stand dem Haftantrag nicht entgegen. Der Betroffene trägt nicht vor, dass eine entsprechende, seinem Antrag stattgebende Entscheidung des Verwaltungsgerichts ergangen ist. Die Unbegründetheit des Haftantrages ergibt sich auch nicht daraus, dass der Antragsteller - wie der Betroffene meint - von vornherein angestrebt habe, den Haftbeschluss des Gerichts ohne die erforderliche vorherige Anhörung und unter Umgehung seines Verfahrensbevollmächtigten zu erlangen. Die Beurteilung, ob Gefahr im Verzuge vorlag und die vorherige richterliche Anhörung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 FEVG unterbleiben konnte, oblag ausschließlich dem Gericht, das bei vom Antragsteller zu vertretender allzu kurzfristiger Antragstellung den Haftantrag hätte zurückweisen müssen. Die Berücksichtigung der anwaltlichen Vertretung durch Rechtsanwalt Stahmann, die laut Schriftsatz an den Antragsteller vom 3.9.2004 für alle Entscheidungen betreffend die beabsichtigte zwangsweise Vorführung des Betroffenen gelten sollte, oblag ebenfalls dem Amtsgericht, dem die Ausländerakten bei der Haftentscheidung vorzuliegen hatten. Nach alledem war die Kostenentscheidung des Landgerichts abzuändern.

Sieveking

Hinze

Dr. Rasch

Ausgefertigt

Laabs  
Justizangestellte

