



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

V ZB 314/10

vom

6. Oktober 2011

in der Abschiebungshaftsache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG §§ 62, 429

Ein Feststellungsantrag nach § 62 FamFG kann nach dem Tod des von einer vollzogenen Abschiebungs- oder Zurückschiebungshaft Betroffenen innerhalb der Rechtsmittelfristen von einem Angehörigen oder einer Vertrauensperson i.S.d. § 429 Abs. 2 FamFG gestellt oder fortgeführt werden. Auf deren Beteiligung am Verfahren erster Instanz kommt es nicht an.

BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2011 - V ZB 314/10 - LG Lüneburg  
AG Winsen (Luhe)

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Oktober 2011 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:

Der Beteiligten zu 2 wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren Verfahrenskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt R. beigeordnet.

Auf die Rechtsmittel der Beteiligten zu 2 wird der Beschluss der 6. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg vom 23. November 2010 aufgehoben und festgestellt, dass die Anordnung der Haft in dem Beschluss des Amtsgerichts Winsen/Luhe vom 28. Juni 2010 den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat.

Gerichtskosten werden nicht erhoben. Der Landkreis H. hat der Beteiligten zu 2 die ihr im Beschwerde- und im Rechtsbeschwerdeverfahren entstandenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu erstatten.

Der Gegenstandswert beträgt für das Beschwerde- wie für das Rechtsbeschwerdeverfahren 3.000 €.

Gründe:

1 Der Betroffene reiste mit der Beteiligten zu 2 im August 1999 ohne die erforderlichen Dokumente nach Deutschland ein und betrieb dort ohne Erfolg ein Asylverfahren. Die Abschiebung nach Armenien verzögerte sich bis April 2009, weil sich die Identität des Betroffenen zunächst nicht feststellen ließ. Seitdem betrieb die beteiligte Behörde die Abschiebung des Betroffenen. Auf ihren Antrag hat das Amtsgericht am 28. Juni 2010 gegen den Betroffenen Haft zur Sicherung der Abschiebung nach Armenien bis zum 8. Juli 2010 angeordnet. Am 2. Juli 2010 nahm sich der Betroffene in der Haft das Leben. Die von seinen damaligen Verfahrensbevollmächtigten für den Betroffenen und für die Beteiligte zu 2 als dessen Ehefrau und Erbin mit dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haftanordnung erhobenen Beschwerden hat das Beschwerdegericht als unzulässig zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit der Rechtsbeschwerde. Die beteiligte Behörde beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

II.

2 Das Beschwerdegericht meint, die Beschwerde des Betroffenen selbst sei infolge seines Ablebens unzulässig. Daran ändere sein postmortales Rehabilitierungsinteresse nichts. Unzulässig sei aber auch die Beschwerde der Beteiligten zu 2. Die Erledigung in der Hauptsache sei vor Einlegung der Beschwerde eingetreten. Die Beteiligte zu 2 könne das Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen nicht wahrnehmen, da es als höchstpersönliche Rechtsposition nicht auf sie als Erbin übergegangen sei. Ihr Beschwerderecht folge auch nicht aus § 429 FamFG. Danach stehe einem Angehörigen ein Beschwerderecht nur

zu, wenn er in erster Instanz nach § 418 FamFG beteiligt worden sei. Daran fehle es hier. Das Beschwerderecht folge auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG.

### III.

3 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

4 1. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat nur die Beteiligte zu 2 Rechtsbeschwerde eingelegt. In der Rechtsbeschwerdeschrift heißt es zwar, worauf die beteiligte Behörde zutreffend hinweist, dass die Rechtsbeschwerde "namens der Rechtsbeschwerdeführer zu 1) und 2)" erhoben werde. Das ist aber ersichtlich ein Redaktionsversehen. Aus dem Rubrum der Rechtsbeschwerdeschrift ergibt sich eindeutig, dass das Rechtsmittel nur durch die Beteiligte zu 2, nicht auch durch den verstorbenen Betroffenen selbst eingelegt werden sollte. Diese ist dort als "Beschwerdeführerin, Rechtsbeschwerdeführerin" bezeichnet, der Beteiligte zu 1 demgegenüber als "Betroffener" ohne einen Zusatz, der erkennen ließe, dass er post mortem Rechtsmittelführer sein soll. Aus der späteren Begründung der Rechtsbeschwerde ergibt sich, dass das postmortale Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen von der Beteiligten zu 2 als Ehefrau und Erbin wahrgenommen werden soll.

5 2. Die auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist mit dem gestellten Feststellungsantrag nach § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 FamFG ohne Zulassung statthaft (Senat, Beschlüsse vom 25. Februar 2010 - V ZB 172/09, FGPrax 2010, 150, 151 Rn. 9, 10 und vom 4. März 2010 - V ZB 184/09, FGPrax 2010, 152, 153 Rn. 4). Daran ändert es nichts, dass schon das Beschwerdegericht über einen Feststellungsantrag nach § 62 Abs. 1 FamFG entschieden hat und in dem Rechtsbeschwerdeverfahren die Überprüfung dieser Entscheidung

verlangt wird (vgl. Senat, Beschlüsse vom 22. Juli 2010 - V ZB 29/10, InfAuslR 2011, 27 Rn. 4 und vom 28. April 2011 - V ZB 292/10, insoweit nicht in FGPrax 2011, 200, juris Rn. 9).

6                    3. Der Feststellungsantrag ist nach § 62 Abs. 1 FamFG zulässig.

7                    a) Der Zulässigkeit steht entgegen der Annahme des Beschwerdegerichts nicht entgegen, dass sich die Hauptsache - hier - schon vor der Einlegung der Beschwerde erledigt hat. § 62 Abs. 1 FamFG verlangt nur, dass sich die "angefochtene Entscheidung", nicht aber das gegen sie eingelegte Rechtsmittel erledigt hat (OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 137, 138; OLG Naumburg, FamRZ 2008, 186; Keidel/Budde, FamFG, 17. Aufl., § 62 Rn. 9). Außerdem dient die Möglichkeit, die Feststellung der Rechtsverletzung zu beantragen, dem Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen nach einem Eingriff in sein Freiheitsgrundrecht; sie hängt nicht von dem konkreten Ablauf des Verfahrens ab (vgl. BVerfGE 104, 220, 235 f.). Entscheidend ist nur, dass die angefochtene Entscheidung noch nicht formell rechtskräftig geworden ist. Denn die formelle Rechtskraft darf mit einem Feststellungsantrag nach § 62 FamFG nicht durchbrochen werden (Senat, Beschluss vom 28. April 2011 - V ZB 292/10, FGPrax 2011, 200, 201 Rn. 17). Diese zeitliche Beschränkung ist hier eingehalten, weil die Beschwerde mit dem Feststellungsantrag innerhalb der Beschwerdefrist, die entgegen der Rechtsmittelbelehrung in der Entscheidung des Amtsgerichts einen Monat betrug, eingereicht worden ist.

8                    b) Die Beteiligte zu 2 ist auch berechtigt, den Feststellungsantrag zu stellen.

9                    aa) Das ergibt sich entgegen ihrer Ansicht allerdings nicht schon aus § 429 FamFG. Danach steht neben anderen Personen auch dem Ehegatten des Betroffenen in dessen Interesse das Recht der Beschwerde gegen die

Haftanordnung zu, wenn er im ersten Rechtszug (nach § 418 FamFG) beteiligt worden ist. An dieser zuletzt genannten Voraussetzung fehlt es hier. Die Beteiligte zu 2 ist durch das Amtsgericht nicht beteiligt worden. Ob das, wie sie meint, rechtswidrig war, bedarf keiner Klärung. Aus dem Recht der in § 429 Abs. 2 FamFG bezeichneten Beteiligten zur Einlegung der Beschwerde folgt nicht ohne weiteres auch das Recht, nach dem Tod des Betroffenen dessen postmortales Rehabilitierungsinteresse wahrzunehmen.

10           bb) Das Recht der Beteiligten zu 2 zur Wahrnehmung dieses Interesses folgt auch nicht daraus, dass sie ihn beerbt hat, wie sie vorgetragen hat und was mangels entsprechender Feststellungen für das Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellen ist. Das Rehabilitierungsinteresse ist eine höchstpersönliche (Verfahrens-) Rechtsposition, in die der Erbe nicht kraft Erbrechts eintritt (KG, FGPrax 2009, 264, 265; OLG München, FGPrax 2010, 269).

11           cc) Das Recht der Angehörigen, das Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen nach dessen Tod geltend zu machen, folgt aber aus einer teleologisch erweiternden Auslegung von § 62 Abs. 2 FamFG.

12           (1) Ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit endet allerdings regelmäßig, wenn der Betroffene stirbt. Dann nämlich muss über die gegen ihn oder zu seinem Schutz beantragten Maßnahmen nicht mehr entschieden werden (KG und OLG München wie vor). Das war auch in verwaltungsrechtlichen Anwaltssachen früherer Rechts anerkannt, auf welche die Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar waren. Sie endeten kraft Gesetzes mit dem Tod des betroffenen Rechtsanwalts und konnten durch die Erben nicht fortgesetzt werden (BGH, Beschlüsse vom 17. Mai 1976 - AnwZ (B) 39/75, BGHZ 66, 297, 299 und vom 21. März 2011 - AnwZ (B) 19/09, juris). Ein Bedürfnis, die Rechtmäßigkeit der getroffenen

Maßnahmen nach dem Ableben des Betroffenen zu überprüfen, besteht in solchen Verfahren regelmäßig nicht, weil die Maßnahme das Ansehen des Betroffenen nach dem Tod normalerweise nicht in Frage stellt. Ähnlich liegt es bei der Unterbringung. Auch sie wird etwa nicht deshalb angeordnet, weil den Betroffenen, wie bei einem Strafurteil, ein Schuldvorwurf träfe, sondern deshalb, weil sein schlechter Gesundheitszustand das erfordert (Beispiel nach BayObLG, FamRZ 2001, 1645, 1646).

- 13 (2) Das ist aber nicht bei allen Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall. Gerade bei der Abschiebungs- oder der Zurückschiebungshaft, um die es hier geht, ist es anders. Sie ist nicht nur ein tief greifender Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen. Mit der Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung ist, wie sich aus den in § 62 Abs. 2 AufenthG angeführten Haftgründen ergibt, notwendig die an das zurechenbare Verhalten des Ausländers anknüpfende Feststellung verbunden, der Betroffene werde ohne die Inhaftierung seine Abschiebung wesentlich erschweren oder vereiteln oder er werde versuchen unterzutauchen. Implizit enthält eine richterliche Haftanordnung damit den Vorhalt, der betroffene Ausländer habe sich in einer Weise gesetzwidrig verhalten - oder drohe sich so zu verhalten -, die seine Inhaftierung rechtfertige. Die Haftanordnung ist damit auch geeignet, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen (BVerfGE 104, 220, 235). Das machte es vor dem Inkrafttreten des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit notwendig, dem Betroffenen praeter legem eine Möglichkeit der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der erledigten Haft zu verschaffen. Mit § 62 FamFG hat der Gesetzgeber dieses verfassungsrechtliche Gebot aufgegriffen und die Möglichkeit, eine solche Feststellung zu beantragen, einfachrechtlich vorgesehen. Zweck war es, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks 16/6308 S. 205). Dieses Ziel macht es nicht nur erfor-

derlich, die Vorschrift im Rechtsbeschwerdeverfahren anzuwenden, für das sie nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht gilt (Senat, Beschluss vom 25. Februar 2010 - V ZB 172/09, FGPrax 2010, 150, 151 Rn. 9). Das Ziel eines effektiven Rechtsschutzes für den Betroffenen macht es vielmehr auch erforderlich, seinen Angehörigen die Möglichkeit zu gewähren, dessen Rehabilitierungsinteresse nach seinem Tod in seinem Interesse geltend zu machen.

14 (3) Bestünde diese Möglichkeit nicht, könnte dem - auch nach seinem Tod bestehenden - Interesse des Betroffenen an seiner Rehabilitierung gegenüber dem mit der Haftanordnung verbundenen Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens nicht angemessen Rechnung getragen werden. Ob die Haftanordnung rechtmäßig war, könnte dann nur indirekt, nämlich als ein Tatbestandsmerkmal bei der Geltendmachung der Haftentschädigung, geprüft werden, die der Betroffene entsprechend Art. 5 Abs. 5 EMRK verlangen kann (BGH, Urteile vom 31. Januar 1966 - III ZR 70/64, BGHZ 45, 46, 49 ff., vom 29. April 1993 - III ZR 3/92, BGHZ 122, 268, 269 f. und vom 18. Mai 2006 - III ZR 183/05, NVwZ 2006, 960, 961). Ob die Haftanordnung rechtmäßig war oder den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat, käme in dem Tenor der in einem solchen Verfahren ergehenden Entscheidung nicht zum Ausdruck. Es muss, etwa bei einem Anerkenntnis ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, nicht einmal dazu kommen, dass sich das Gericht mit der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung überhaupt befasst. Das wird dem Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen schon zu seinen Lebzeiten nicht gerecht. Das gilt umso mehr nach seinem Tod. Die Zahlung der Entschädigung an die Erben kann dem Betroffenen eine Genugtuung nicht mehr verschaffen. Eine angemessene Rehabilitierung ist in dieser Situation nur zu erreichen, wenn die Rechtmäßigkeit der Maßnahme selbst zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden kann. Mit der Vorschrift des § 62 FamFG will der Gesetzgeber einen in diesem Sinne effektiven Rechtsschutz sicherstellen. Die Vorschrift ist deshalb teleologisch erweiternd auszulegen und auch anzuwen-



den, wenn die Angehörigen des Betroffenen nach dessen Tod ein Rehabilitierungsinteresse geltend machen.

15 (4) Dem lässt sich nicht entgegengehalten, dass ein Ausschluss eines Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit angeordneter Abschiebungs- oder Zurückschiebungshaft nach dem Tod des Betroffenen einem einheitlichen Regelungskonzept des Gesetzgebers entspräche.

16 (a) Regelungen dieser Art hat der Gesetzgeber nur in Einzelfällen getroffen. So kann etwa eine rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung gemäß § 371 StPO auch nach dem Tod des Verurteilten aufgehoben werden. Zur Einleitung oder Fortsetzung des Wiederaufnahmeverfahrens ist dabei nicht nur die Staatsanwaltschaft berechtigt. Antragsberechtigt sind vielmehr gemäß § 371 Abs. 2 StPO auch die Angehörigen des Verurteilten. Für die nicht rechtskräftige Verurteilung ist eine vergleichbare Regelung dagegen nicht vorgesehen. Stirbt der Angeklagte nach Erlass des Strafurteils, jedoch vor Eintritt der Rechtskraft, wird das Verfahren zwar durch förmlichen Beschluss nach § 206a StPO eingestellt, das - mit dem Tod des Angeklagten gegenstandslose - Urteil aber nicht mehr inhaltlich überprüft (BGH, Beschluss vom 8. Juni 1999 - 4 StR 595/97, BGHSt 45, 108, 113). Für die Untersuchungshaft und die Vollstreckungshaft fehlen entsprechende Regelungen.

17 (b) Daraus folgt, dass der Gesetzgeber in der Frage der Feststellung der Rechtswidrigkeit von Abschiebungs- und Zurückschiebungshaft kein verfahrensübergreifendes einheitliches Regelungskonzept verfolgt, sondern die Rechtsbehelfe nach den Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie reichsspezifisch ausgestaltet hat. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob die Möglichkeit, post mortem die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Abschiebungs- und Zurückschiebungshaft zu beantragen, dem mit § 62 FamFG

für den Bereich der Freiheitsentziehung verfolgten bereichsspezifischen Lösungsansatz und den hierbei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben, an denen sich der Gesetzgeber auch ausrichten wollte, entspricht. Das ist aus den dargelegten Gründen der Fall.

18            dd) Die Beteiligte zu 2 ist als Ehefrau des Betroffenen nach dessen Tod berechtigt, die Feststellung nach § 62 FamFG zu beantragen. Der Kreis der in dieser Lage zur Stellung eines solchen Antrags berechtigten Personen lässt sich mangels tragfähiger sachlicher Unterschiede nicht anders bestimmen als der Kreis der im Fall ihrer Beteiligung am erstinstanzlichen Verfahren zur selbständigen Beschwerde befugten Personen in § 429 Abs. 2 FamFG. Allerdings kann es auf die Beteiligung schon am erstinstanzlichen Verfahren im Rahmen von § 62 FamFG nicht ankommen. Denn diesen Antrag sollen die in § 429 Abs. 2 FamFG bestimmten Personen nicht wegen ihrer bisherigen Beteiligung am Verfahren, sondern gerade deshalb stellen können, weil der Betroffene sein Rehabilitierungsinteresse nicht mehr selbst wahrnehmen kann und dieses andernfalls unerfüllt bliebe. Die Verwirklichung kann nicht davon abhängen, wie das Gericht erster Instanz sein Beteiligungsermessen nach § 418 FamFG ausgeübt hat.

19            4. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Gegen den Betroffenen hätte die Haft nicht angeordnet werden dürfen, weil ihr kein zulässiger Haftantrag zugrunde lag. Ein Haftantrag ist nach § 417 Abs. 2 FamFG nur zulässig, wenn er eine den Anforderungen des § 417 Abs. 2 Satz 2 FamFG genügende Begründung enthält. Dazu gehören Ausführungen zu dem nach § 72 Abs. 4 AufenthG erforderlichen, auch allgemein erteilbaren (Senat, Beschluss vom 20. Januar 2011 - V ZB 226/10, FGPrax 2011, 144, 146 Rn. 25) Einvernehmen der zuständigen Staatsanwaltschaft, wenn sich aus dem Haftantrag ergibt, dass gegen den Betroffenen strafrechtliche Ermittlungen geführt werden (Senat, Be-

schluss vom 20. Januar 2011 - V ZB 226/10, FGPrax 2011, 144 Rn. 9). Fehlen sie, ist der Haftantrag unzulässig. Dieser Mangel kann nicht rückwirkend geheilt werden (Senat, Beschluss vom 3. Mai 2011 - V ZA 10/11, juris Rn. 11). So liegt es hier. In dem Haftantrag legt die beteiligte Behörde dar, dass sie gegen den Betroffenen mehrfach Strafanzeige erstattet habe. Sie hatte deshalb auch darzulegen, dass die zuständige Staatsanwaltschaft allgemein oder im Einzelfall ihr Einvernehmen mit der Abschiebung erklärt hatte. Das ist nicht geschehen.

IV.

20 Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1 Sätze 1 und 2, § 83 Abs. 2 und § 430 FamFG, Art. 5 Abs. 5 EMRK analog, § 128c Abs. 3 Satz 2 KostO. Der Gegenstandswert bestimmt sich nach § 128c Abs. 2, § 30 Abs. 2 KostO.

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

Stresemann

Czub

Vorinstanzen:

AG Winsen (Luhe), Entscheidung vom 02.11.2010 - 14 XIV B 2065 -

LG Lüneburg, Entscheidung vom 23.11.2010 - 6 T 85/10 -