



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

V ZB 38/18

vom

17. Oktober 2018

in der Ausreisegewahrsamsache

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. Oktober 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Dr. Kazele, die Richterin Haberkamp und den Richter Dr. Hamdorf

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird der Beschluss des Landgerichts Augsburg - 5. Zivilkammer - vom 2. Februar 2018 aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der Beschluss des Amtsgerichts Augsburg vom 30. Mai 2017 den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat.

Gerichtskosten werden in allen Instanzen nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen in allen Instanzen werden dem Freistaat Bayern auferlegt.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

Gründe:

I.

- 1 Der Betroffene ist afghanischer Staatsangehöriger. Seinen Asylantrag lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge am 4. August 2016 ab und forderte ihn zur freiwilligen Ausreise aus der Bundesrepublik binnen 30 Tagen

auf. Die gegen den Bescheid gerichtete Klage des Betroffenen blieb erfolglos. Am 3. Mai 2017 wurde seine Identität im Rahmen einer Vorführung bei dem afghanischen Generalkonsulat festgestellt. Am 22. Mai 2017 ordnete das Amtsgericht auf Antrag der beteiligten Behörde im Wege der einstweiligen Anordnung gegen ihn vorläufigen Gewahrsam „bis zur unverzüglichen Vorführung des Betroffenen zur Anhörung“ an.

- 2 Nach erfolgter Vorführung hat das Amtsgericht gegen den Betroffenen am 30. Mai 2017 Ausreisegewahrsam „bis höchstens 31. Mai 2017, 24.00 Uhr“ angeordnet. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Betroffenen, die nach dessen Entlassung aus der Haft auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haftanordnung gerichtet worden ist, hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Betroffene seinen Feststellungsantrag weiter.

## II.

- 3 Das Beschwerdegericht meint, die Voraussetzungen für die Anordnung von Ausreisegewahrsam gemäß § 62b AufenthG hätten vorgelegen. Die Ausreisefrist sei abgelaufen gewesen. Zudem habe der Betroffene ein Verhalten gezeigt, das erwarten lasse, dass er die Abschiebung erschweren oder vereiteln werde, indem er fortgesetzt seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten verletzt habe. Der Aufforderung zur freiwilligen Ausreise sei er nicht nachgekommen, er habe vielmehr erklärt, die Bundesrepublik nicht freiwillig verlassen zu wollen. An der Klärung seiner Identität habe er trotz entsprechender Aufforderung nicht mitgewirkt.

III.

4 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

5 1. Sie ist zulässig.

6 a) Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 FamFG mit dem Feststellungsantrag nach § 62 Abs. 1 FamFG ohne Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft. Für den Ausreisegewahrsam nach § 62b AufenthG gelten die Grundsätze zur Statthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde im Zusammenhang mit der richterlichen Anordnung des Aufenthalts eines Ausländers im Transitbereich eines Flughafens über einen Zeitraum von 30 Tagen hinaus (§ 15 Abs. 6 Satz 2 AufenthG) entsprechend (vgl. Senat, Beschluss vom 20. April 2018 - V ZB 226/17, juris Rn. 5).

7 b) Der Statthaftigkeit des Rechtsmittels steht § 70 Abs. 4 FamFG nicht entgegen.

8 aa) Hiernach findet die Rechtsbeschwerde nicht statt gegen im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 427 FamFG ergangene Beschlüsse über vorläufige Freiheitsentziehungen. Das gilt auch für auf § 62 FamFG gestützte Feststellungsanträge, da der Gesetzgeber mit der Regelung in § 70 Abs. 4 FamFG klar zum Ausdruck gebracht hat, dass einstweilige Anordnungen keiner rechtlichen Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren unterworfen sein sollen (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13, FGPrax 2015, 91 Rn. 6; Beschluss vom 20. Januar 2011 - V ZB 116/10, FGPrax 2011, 143 Rn. 7).

9           bb) Vorliegend hat das Amtsgericht mit dem angefochtenen Beschluss aber eine Entscheidung in der Hauptsache erlassen.

10           (1) Im Einzelfall kann allerdings zweifelhaft sein, ob eine Haftanordnung im Wege der einstweiligen Anordnung oder im Hauptsacheverfahren ergangen ist. Zweifel am Vorliegen einer Entscheidung in der Hauptsache können sich insbesondere dann ergeben, wenn - wie hier von der beteiligten Behörde - eine vorläufige Freiheitsentziehung im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 427 FamFG beantragt worden ist. Maßgebend für die rechtliche Qualifikation des freiheitsentziehenden Beschlusses ist jedoch nicht der Antrag der Behörde, sondern der Inhalt der gerichtlichen Entscheidung. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Haftanordnung im Hauptsacheverfahren sind das Fehlen von Feststellungen zur Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung, eine abschließende, nicht nur vorläufige Feststellung der Haftgründe, die Überschreitung der für einstweilige Haftanordnungen geltenden Höchstdauer von sechs Wochen (§ 427 Abs. 1 Satz 2 FamFG) und die Rechtsmittelbelehrung (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13, FGPrax 2015, 91 Rn. 7; Beschluss vom 21. November 2013 - V ZB 96/13, FGPrax 2014, 87 Rn. 5).

11           (2) Danach ist vorliegend von einer Entscheidung in der Hauptsache auszugehen. Der angefochtene Beschluss enthält weder im Tenor noch in den Gründen Hinweise darauf, dass eine einstweilige Anordnung ergehen sollte. Die Regelung des § 427 Abs. 1 FamFG und die dort genannten Voraussetzungen finden keine Erwähnung. Es fehlt auch an Feststellungen zu diesen Voraussetzungen, namentlich zur Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung, während der Beschluss andererseits abschließende, nicht nur vorläufige Feststellungen zu den Voraussetzungen des Ausreisegewahrsams enthält. Schließlich spricht

auch die dem Betroffenen erteilte Rechtsmittelbelehrung für eine Entscheidung in der Hauptsache.

12            2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet, weil die Anordnung des Ausreisegewahrsams durch das Amtsgericht im Hauptsacheverfahren ohne den nach § 417 Abs. 1 FamFG erforderlichen Antrag der Behörde auf den Erlass einer solchen Entscheidung ergangen ist.

13            a) Das Vorliegen eines zulässigen Haftantrags ist eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Verfahrensvoraussetzung (st. Rspr., vgl. Senat, Beschluss vom 27. Oktober 2011 - V ZB 311/10, FGPrax 2012, 82 Rn. 12 ff.; Beschluss vom 30. März 2017 - V ZB 128/16, NVwZ 2017, 1231 Rn. 6; Beschluss vom 17. Mai 2018 - V ZB 92/16, juris Rn. 5 jeweils mwN). Die ordnungsgemäße Antragstellung der Behörde nach § 417 FamFG stellt eine Verfahrensgarantie dar, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 GG fordert (BVerfG, NVwZ-RR 2009, 304, 305; Senat, Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, NVwZ 2010, 1508 Rn. 19; Beschluss vom 9. Februar 2012 - V ZB 305/10, juris Rn. 10 - st. Rspr.). Das gilt nicht nur, wenn der Haftantrag nicht den in § 417 Abs. 2 FamFG aufgestellten Begründungserfordernissen entspricht (Senat, Beschluss vom 18. Juli 2014 - V ZB 80/13, InfAuslR 2014, 384 Rn. 19 mwN), sondern erst recht dann, wenn es an dem für die angeordnete Freiheitsentziehung erforderlichen Haftantrag der Behörde überhaupt fehlt (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13, FGPrax 2015, 91 Rn. 9; Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, NVwZ 2010, 1508 Rn. 12). Dies ist auch der Fall, wenn statt der beantragten einstweiligen Anordnung eine Haftentscheidung in der Hauptsache ergeht, denn der Antrag der Behörde auf eine vorläufige Freiheitsentziehung im Wege einstweiliger Anordnung ist keine geeignete Grundlage für den Erlass einer Haftanordnung im Hauptsacheverfahren. Ein

Antrag nach § 51 Abs. 1 Satz 1 FamFG steht einem Antrag nach § 417 Abs. 1 FamFG auf Erlass einer Haftanordnung im Hauptsacheverfahren - schon wegen der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Anforderungen - nicht gleich (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13, aaO Rn. 11 ff.).

14            b) Nach diesen Maßstäben lag der für die Haftanordnung des Amtsgerichts erforderliche Antrag nicht vor. Die beteiligte Behörde hat ausdrücklich um eine vorläufige Freiheitsentziehung im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 427 FamFG) nachgesucht.

15            aa) Dies folgt bereits aus der Formulierung des Antrages selbst. Zwar heißt es hierin unter Ziffer 1, dass gegen den Betroffenen „Ausreisegewahrsam von Sonntag, den 28.05.2017 bis zum Ablauf des Mittwoch, den 31.05.2017, zum Zwecke der Durchführung der Sammelabschiebung am Mittwoch, 31.05.2017 mit dem Flug PVG 6991 um 21:50 von Frankfurt am Main nach Kabul/Afghanistan angeordnet“ werden solle, was zunächst die Beschränkung auf eine einstweilige Anordnung nicht erkennen lässt. Diese folgt jedoch aus dem nach dem Antrag auf Anordnung der sofortigen Wirksamkeit der Entscheidung folgenden, in Fettdruck gesetzten Satz „[e]s wird beantragt, den Ausreisegewahrsam gegen den o.g. Betroffenen im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 106 Abs. 2 AufenthG i.V.m. § 427 FamFG anzuordnen“.

16            bb) Dass (nur) eine einstweilige Anordnung beantragt wurde, folgt auch aus der Begründung des Haftantrages, in der dargelegt wird, dass aus Sicht der beteiligten Behörde die Voraussetzungen für die Anordnung des Ausreisegewahrsams „durch eine einstweilige Anordnung“ erfüllt seien und weshalb aus ihrer Sicht ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden „im Wege der einstweiligen Anordnung“ bestehe.

- 17 cc) Der für die ergangene Haftanordnung erforderliche Antrag ist von der beteiligten Behörde auch nicht nachträglich gestellt worden, was sich daraus ergibt, dass der angefochtene Beschluss sich ausdrücklich auf den Antrag vom 22. Mai 2017 stützt.
- 18 3. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG). Zwar kann ein zunächst unterbliebener Haftantrag von der Behörde auch nachträglich - auch in der Beschwerdeinstanz - gestellt werden. Hiermit wird die mit einer richterlichen Haftanordnung ohne behördlichen Antrag einhergehende Verletzung des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG aber nicht rückwirkend geheilt, sondern lediglich beendet (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13, FGPrax 2015, 91 Rn. 15). Ein nunmehr nachgeholt Haftantrag hätte somit hier auf die Rechtswidrigkeit der Haftanordnung keine Auswirkungen, da die angeordnete Haftzeit bereits abgelaufen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2018 - V ZB 201/17, juris Rn. 10).



19                    4. Von einer weiteren Begründung wird nach § 74 Abs. 7 FamFG abgesehen.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Kazele

Haberkamp

Hamdorf

Vorinstanzen:

AG Augsburg, Entscheidung vom 30.05.2017 - XIV 33/17 (B) -

LG Augsburg, Entscheidung vom 02.02.2018 - 54 T 2108/17 -