



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XIII ZB 24/19

vom

6. Oktober 2020

in der Abschiebungshaftsache

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Prof. Dr. Kirchhoff sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird festgestellt, dass der Beschluss des Amtsgerichts Marl vom 26. Februar 2018 und der Beschluss der 7. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 19. März 2018 den Betroffenen bis zum 21. März 2018 in seinen Rechten verletzt haben.

Gerichtskosten werden in allen Instanzen nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen in allen Instanzen werden der Stadt Marl auferlegt.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

#### Gründe:

- 1 I. Der Betroffene, ein libanesischer Staatsangehöriger, wurde am 21. März 1990 als Kind libanesischer Eltern in Deutschland geboren. Ein Asylantrag, den seine Mutter für ihn und weitere Geschwister gestellt hatte, wurde mit einem seit dem 9. Dezember 1993 bestandskräftigen und mit einer Abschiebungsandrohung verbundenen Bescheid vom 11. November 1993 abgelehnt. Ein Versuch, den Betroffenen wegen seiner zahlreichen Straftaten im ersten Quartal des Jahres 2015 in den Libanon abzuschicken, scheiterte, weil der Betroffene untertauchte. Am 19. Januar 2016 wurde er festgenommen und verbüßte bis zum

28. März 2017 noch offene Strafhaft. Am 9. Juni 2017 erteilte die Republik Libanon eine ein Jahr lang gültige Genehmigung, dem Betroffenen ein Laissez-Passer auszustellen, von der die libanesische Botschaft am 15. März 2018 Gebrauch machte. Zuvor war der Betroffene anlässlich einer Vorsprache bei der beteiligten Behörde am 26. Februar 2018 vorläufig festgenommen worden.

2 Auf Antrag der beteiligten Behörde vom gleichen Tag hat das Amtsgericht gegen den Betroffenen Haft zur Sicherung seiner Abschiebung in den Libanon bis zum 22. März 2018 angeordnet. Zu der vorausgegangenen persönlichen Anhörung des Betroffenen hat es dessen damalige Rechtsanwältin trotz eines entsprechenden Hinweises der beteiligten Behörde nicht geladen, sich vielmehr damit begnügt, dieser nach der Anhörung den Haftantrag der beteiligten Behörde und seinen Beschluss zu übersenden. Die Beschwerde des Betroffenen ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde möchte der Betroffene - nach seiner Entlassung aus der Sicherungshaft am 21. März 2018 - festgestellt wissen, dass die gegen ihn angeordnete Haft rechtswidrig war.

3 II. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

4 1. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts beruht die angeordnete Haft zwar auf einem zulässigen Haftantrag. Sie sei aber wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens rechtswidrig. Das Amtsgericht habe versäumt, die Rechtsanwältin des Betroffenen zu seiner persönlichen Anhörung zu laden. Es hat den Betroffenen deshalb erneut persönlich angehört und die Haft aufrechterhalten. Es ist der Meinung, der Verstoß des Amtsgerichts gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens sei durch die erneute persönliche Anhörung des Betroffenen geheilt worden. Die Voraussetzungen für eine Aufrechterhaltung der Haft lägen vor. Der Betroffene sei aufgrund des ablehnenden Asylbescheids vom 11. November 1993 vollziehbar ausreisepflichtig. Ob die Behörde aufgrund dieses Bescheids die Abschiebung zurecht betreibe, sei im Verfahren zur Anordnung von Sicherungshaft nicht zu prüfen. Im Fall des Betroffenen sei auch der

Haftgrund der Fluchtgefahr unter dem Gesichtspunkt einer ausdrücklichen Erklärung, sich der Abschiebung entziehen zu wollen (§ 2 Abs. 14 Nr. 5 AufenthG in der bis zum 20. August 2019 geltenden Fassung, fortan: aF), gegeben. Der Betroffene habe bis heute die Mitwirkung an der Beschaffung von Passersatzpapieren verweigert und mit seinem ganzen Verhalten deutlich gemacht, dass er nicht nur nicht freiwillig in den Libanon reisen wolle, sondern auch nicht bereit sei, sich für eine behördliche Durchsetzung seiner Abschiebung zur Verfügung zu halten.

5           2.     Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung in zwei entscheidenden Punkten nicht stand.

6           a)     Bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts am 19. März 2018 ist die angeordnete Haft rechtswidrig, weil das Amtsgericht den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt hat und dieser Fehler durch die vom Beschwerdegericht durchgeführte erneute persönliche Anhörung nur für die Zukunft geheilt werden konnte.

7           aa)    Der Grundsatz des fairen Verfahrens garantiert einem Betroffenen, sich zur Wahrung seiner Rechte in einem Freiheitsentziehungsverfahren von einem Bevollmächtigten seiner Wahl vertreten zu lassen und diesen zur Anhörung hinzuzuziehen. Das Gericht muss dafür Sorge tragen, dass der Rechtsanwalt des Betroffenen von dem Termin in Kenntnis gesetzt wird und an der Anhörung teilnehmen kann. Vereitelt das Gericht durch seine Verfahrensgestaltung eine Teilnahme des Bevollmächtigten an der Anhörung, führt dies ohne weiteres zur Rechtswidrigkeit der Haft; es kommt in diesem Fall nicht darauf an, ob die Anordnung der Haft auf diesem Fehler beruht (BGH, Beschlüsse vom 12. November 2019 - XIII ZB 34/19, juris Rn. 7, und vom 7. April 2020 - XIII ZB 84/19, juris Rn. 9).

8           bb)    Dem ist das Amtsgericht, wie das Beschwerdegericht zutreffend festgestellt hat, nicht gerecht geworden. Es wusste aufgrund des Hinweises am Ende des Haftantrags der beteiligten Behörde, dass der Betroffene bislang durch

eine Rechtsanwältin vertreten war. Es durfte sich deshalb nicht, wie aber geschehen, darauf beschränken, dieser Rechtsanwältin nach Anordnung der Haft den Haftantrag und die Ausfertigung der Haftanordnung zu übersenden. Es hatte die Rechtsanwältin vielmehr zur persönlichen Anhörung des Betroffenen zu laden und ihr Gelegenheit zu geben, dem Betroffenen bei seiner persönlichen Anhörung durch das Amtsgericht rechtlichen Beistand zu leisten.

9           cc)     Dieser Fehler ist zwar durch die erneute Anhörung des Betroffenen durch das Beschwerdegericht geheilt worden. Die Heilung wirkt aber nur für die Zukunft (BGH, Beschlüsse vom 12. November 2019 - XIII ZB 34/19, juris Rn. 9, und vom 7. April 2020 - XIII ZB 84/19, juris Rn. 13) und erst von der Entscheidung des Beschwerdegerichts an (BGH, Beschlüsse vom 7. März 2019 - V ZB 16/18, juris Rn. 4, und vom 14. Juli 2020 - XIII ZB 74/19, juris Rn. 15). Dies war im Beschwerdeverfahren noch nicht zu prüfen, weil der Betroffene den neben der Beschwerde an sich möglichen (BGH, Beschlüsse vom 30. August 2012 - V ZB 12/12, InfAuslR 2013, 37 Rn. 5, und vom 22. August 2019 - V ZB 179/17, juris Rn. 13) Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der bisherigen Haft nicht gestellt hatte. Nachdem der Antrag im Rechtsbeschwerdeverfahren gestellt worden ist, ist nunmehr festzustellen, dass die vom Amtsgericht angeordnete Haft den Betroffenen bis zum Tag der Entscheidung des Beschwerdegerichts am 19. März 2018 in seinen Rechten verletzt hat.

10           b)     Die Haft ist aber auch in dem Zeitraum von der Entscheidung des Beschwerdegerichts bis zur Entlassung des Betroffenen aus der Haft am 21. März 2018 rechtswidrig, weil das Beschwerdegericht die Haft nicht hätte aufrechterhalten dürfen.

11           aa)     Das ergibt sich allerdings entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht schon daraus, dass der Bescheid über die Zurückweisung des Asylantrags des Betroffenen vom 11. November 1993 keine ausreichende

Grundlage für die Abschiebung darstellte. Zweifel daran, ob die in der Entscheidung enthaltene Abschiebungsandrohung angesichts des zwischen dem Erlass der Entscheidung und ihrer Vollstreckung liegenden Zeitraums von mehr als 20 Jahren noch aktuell ist und den ihr als Rückkehrentscheidung mit der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 (ABl. EU Nr. L 348 S. 98) zugedachten Zweck noch erfüllen kann, sind zwar nachvollziehbar. Zu entscheiden ist darüber aber, wie das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat, nach der Arbeitsverteilung zwischen den Verwaltungs- und den Haftgerichten allein durch die Verwaltungsgerichte, nicht im Verfahren über die Anordnung von Sicherungshaft (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Dezember 2009 - V ZB 148/09, FGPrax 2010, 50 f. [Rn. 12], vom 30. Juni 2011 - V ZB 274/10, FGPrax 2011, 315 Rn. 21, vom 20. September 2017 - V ZB 118/17, NVwZ 2018, 349 Rn. 18, vom 12. Februar 2020 - XIII ZB 65/19, InfAuslR 2020, 385 Rn. 11, und vom 14. Juli 2020 - XIII ZB 81/19, juris Rn. 12).

12           bb) Das Beschwerdegericht durfte die Haft vielmehr deshalb nicht aufrechterhalten, weil seine Feststellungen keine tragfähige tatsächliche Grundlage für die Erwartung ergeben haben, das durch den erneuten Asylantrag des Betroffenen vom 5. März 2018 entstandene Abschiebungshindernis werde bis zum vorgesehenen Abschiebungstermin - dem 22. März 2018 - entfallen.

13           (1) Das Beschwerdegericht hat zutreffend erkannt, dass der Asylantrag des Betroffenen im Hinblick auf die Regelungen in § 33 Abs. 5 Satz 6, § 71 AsylG als Folgeantrag zu behandeln war. Es hat weiter richtig gesehen, dass ein Folgeantrag zwar nach § 71 Abs. 5 Satz 1 AsylG keine neue Abschiebungsandrohung erfordert, aber nach § 71 Abs. 5 Satz 2 AsylG dazu führt, dass die Abschiebung erst nach einer Mitteilung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (fortan: Bundesamt) vollzogen werden darf, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG nicht vorliegen. Es ist deshalb richtigerweise bei der persönlichen Anhörung des Betroffenen durch entsprechende Befragung der Mitarbeiter der

beteiligten Behörde von Amts wegen der Frage nachgegangen, ob der Eingang dieser Mitteilung rechtzeitig vor der am 22. März 2018 vorgesehenen Abschiebung vorliegen würde.

- 14           (2)     Das Beschwerdegericht hat aber nicht beachtet, dass das Ergebnis der Befragung der Mitarbeiter der beteiligten Behörde keine tragfähige tatsächliche Grundlage für die Erwartung bot, die Mitteilung des Bundesamtes werde rechtzeitig vor der Abschiebung vorliegen, und weitere Ermittlungen von Amts wegen nach § 26 FamFG erforderte. Die Mitarbeiter der beteiligten Behörde hatten zwar bei der Anhörung durch das Beschwerdegericht die Erwartung geäußert, die Mitteilung werde in ein bis zwei Tagen vorliegen, also spätestens am Tag vor der Abschiebung. Diese Erwartung hatte aber keine nachvollziehbare tatsächliche Grundlage. Nach den Angaben der beteiligten Behörde ließ sich bei einer telefonischen Nachfrage beim Bundesamt am Tag der Anhörung der Erlass eines Bescheides oder einer Mitteilung nicht feststellen. Zu diesem Zeitpunkt war seit dem Eingang des Asylantrags des Betroffenen ein Zeitraum etwa der doppelten Länge des Zeitraums verstrichen, den das Bundesamt für die Erstellung von Mitteilungen nach den Angaben der beteiligten Behörde sonst benötigt. Der Fall des Betroffenen war auch außergewöhnlich, weil es um die Vollstreckung einer über 20 Jahre alten, bislang nicht vollzogenen Ablehnung eines Asylantrags ging. Ohne weitere Ermittlungen durfte das Beschwerdegericht nicht davon ausgehen, dass die Mitteilung des Bundesamts rechtzeitig vor der drei Tage später vorgesehenen Abschiebung des Betroffenen in den Libanon vorlag. Es hätte vielmehr durch Nachfrage beim Bundesamt oder in anderer Weise den Stand der Dinge in Erfahrung bringen müssen, jedenfalls nicht endgültig über die Beschwerde entscheiden dürfen.

- 15           cc)     Der Senat entscheidet nach § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG in der Sache selbst, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Der Betroffene ist am 21. März 2018, also am Tag vor der beabsichtigten Abschiebung, auf Veranlassung der

beteiligten Behörde aus der Haft entlassen worden, weil die Mitteilung des Bundesamts nicht erfolgt war (VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 23. März 2018 - 11 L 574/18, Umdruck S. 2).

- 16            3.        Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 83 Abs. 2 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts folgt aus § 36 Abs. 2 und 3 GNotKG. Der Antrag auf Verfahrenskostenhilfe erledigt sich hiermit.

Meier-Beck

Schmidt-Räntsch

Kirchhoff

Picker

Linder

Vorinstanzen:

AG Marl, Entscheidung vom 26.02.2018 - 4 XIV (B) 2/18 -

LG Essen, Entscheidung vom 19.03.2018 - 7 T 120/18 -