



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 118/10

vom

28. April 2011

in der Abschiebungshaftsache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG § 68 Abs. 4, § 420 Abs. 1

- a) Abschiebungshaft kann auch durch einen Richter auf Probe angeordnet werden. § 68 Abs. 4 FamFG ist auf die Haftanordnung nicht entsprechend anwendbar.
- b) Wird dem Betroffenen der Haftantrag erst zu Beginn der Anhörung ausgehändigt und kann der Betroffene ohne seinen Verfahrensbevollmächtigten nicht ohne weiteres dazu Stellung nehmen, muss ihm Gelegenheit zur Prüfung und Besprechung mit diesem gegeben werden. Der Erlass einer mehr als nur kurzfristigen einstweiligen Haftanordnung kommt dann nicht in Betracht.

BGH, Beschluss vom 28. April 2011 - V ZB 118/10 - LG Hamburg
AG Hamburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. April 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:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird unter Aufhebung des Beschlusses der Zivilkammer 29 des Landgerichts Hamburg vom 1. April 2010 festgestellt, dass die Beschlüsse des Amtsgerichts Hamburg vom 23. November 2009 und vom 4. Januar 2010 den Betroffenen in seinen Rechten verletzt haben.

Gerichtskosten werden nicht erhoben. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen werden der Freien und Hansestadt Hamburg auferlegt.

Der Gegenstandswert wird auf 6.000 € festgesetzt.

Der Antrag des Betroffenen auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

- 1 Der Betroffene war auf Grund einer nachträglich bis zum 11. März 2005 befristeten Aufenthaltserlaubnis ausreisepflichtig. Diese Entscheidung wurde nach Einstellung eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens am 3. April 2007

bestandskräftig. Nachdem die beteiligte Behörde von dem Aufenthaltsort des Betroffenen im Jahr 2008 erfahren hatte, betrieb sie die Abschiebung. Dazu ordnete das Amtsgericht auf ihren Antrag am 16. November 2009 im Wege der einstweiligen Anordnung die Inhaftierung des Betroffenen zur Sicherung der Abschiebung bis zum 27. November 2009 an.

- 2 Auf einen in der Anhörung mündlich geänderten Antrag der beteiligten Behörde hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 23. November 2009 gegen den Betroffenen die Haft zur Sicherung der Abschiebung bis zum 4. Januar 2010 und auf Grund eines weiteren Antrags mit Beschluss vom 4. Januar 2010 die weitere Haft bis zum 27. Januar 2010 angeordnet. Gegen diese Beschlüsse hat der Betroffene mit am 30. Dezember 2009 und am 6. Januar 2010 eingegangenen Schriftsätzen Beschwerde erhoben, nach seiner Abschiebung am 21. Januar 2010 mit dem Antrag, die Verletzung seiner Rechte festzustellen. Die Beschwerden hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Betroffene mit der Rechtsbeschwerde.

II.

- 3 Das Beschwerdegericht hält die Beschwerde gegen den Beschluss vom 23. November 2009 für verfristet. Der Beschluss sei dem Betroffenen in der Anhörung am 23. November 2009 ausgehändigt worden. Die Beschwerde habe deshalb bis zum 23. Dezember 2009 erhoben werden müssen. Daran ändere es entgegen der Ansicht des Betroffenen nichts, dass das Datum des Haftendes in dem Original des Beschlusses geändert und mit dem Datumstempel „30. 12. 09“ versehen worden sei. In der der beteiligten Behörde erteilten Ausfertigung seien entsprechende handschriftliche Änderungen vorgenommen worden. Der Datumstempel diene der Fristenkontrolle. Die Beschwerde gegen

den Beschluss vom 4. Januar 2010 sei zwar zulässig, aber unbegründet. Mit diesem Beschluss habe das Amtsgericht die am 4. Januar 2010 endende Sicherungshaft bis zum 27. Januar 2010 verlängert. Dass der Beschluss von einem Richter auf Probe und nicht von einem auf Lebenszeit ernannten Richter erlassen worden sei, sei unerheblich. Das Gesetz behalte den Erlass der Sicherungshaft nicht Richtern auf Lebenszeit vor.

III.

4 Die ohne Zulassung statthafte (vgl. Senat, Beschlüsse vom 25. Februar 2010 - V ZB 172/09, FGPrax 2010, 150, 151 und vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, FGPrax 2010, 210, 211) und auch sonst zulässige Rechtsbeschwerde des Betroffenen ist begründet.

5 1. Die Beschwerden des Betroffenen gegen die angegriffenen Haftanordnungen des Amtsgerichts waren fristgerecht erhoben und auch sonst zulässig.

6 a) Das trifft nicht nur für die am 6. Januar 2010 bei dem Amtsgericht eingegangene Beschwerde gegen die Haftanordnung vom 4. Januar 2010 zu. Rechtzeitig war entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts auch die Beschwerde gegen die Haftanordnung vom 23. November 2009. Diese Beschwerde ist zwar erst am 30. Dezember 2009 bei dem Amtsgericht eingegangen. Sie ist aber nicht verspätet, weil es an dem erforderlichen aktenkundigen Nachweis fehlt, dass die Haftanordnung des Amtsgerichts vom 23. November 2009 dem Betroffenen vor dem 30. November 2009 zugestellt oder sonst schriftlich bekannt gemacht worden ist.

7

b) Das Anhörungsprotokoll erbringt den Nachweis einer Bekanntgabe des in den Akten enthaltenen Beschlusses vom 23. November 2009 nicht. Danach ist zwar in der Anhörung der dem Protokoll nachgeheftete Beschluss verkündet und dem Betroffenen und der beteiligten Behörde durch Aushändigung von Ausfertigungen bekannt gemacht worden. Welchen Inhalt der verkündete Beschluss und die ausgehändigten Ausfertigungen hatten, lässt sich den Akten, auf deren Inhalt es dafür nach § 15 Abs. 2 Satz 1 FamFG i.V.m. § 173 Satz 2 ZPO und nach § 41 Abs. 2 Satz 2 FamFG ankommt, jedoch nicht entnehmen. In dem Beschlussoriginal ist das ursprünglich mit „27. 11. 2009“ bestimmte Ende der Haft handschriftlich in „4. 1. 2010“ geändert worden. Ob diese Änderung auch schon bei der Verkündung des Beschlusses vorhanden war, ergibt sich aus den Akten nicht. Auf die Änderung ist der Abdruck eines Datumsstempels gesetzt, der das Datum „30. 12. 09“ ausweist. Das Datum entspricht dem des Eingangs der Beschwerde des Betroffenen bei dem Amtsgericht. Für die Anbringung dieses Stempelaufdrucks gab es bei normalem Verfahrensablauf keine Veranlassung. Das Verfahren war für das Amtsgericht mit dem Erlass der Haftanordnung abgeschlossen. Das Amtsgericht hatte, anders als das Beschwerdegericht meint, auch keinen Anlass für eine Fristenkontrolle. Die Kontrolle der Haftfrist war Aufgabe der beteiligten Behörde und der Justizvollzugsbehörde, die die Haft vollzog. Die Einhaltung der Rechtsmittelfrist hatte das Amtsgericht erst zu prüfen, wenn ein Rechtsmittel einging. Als Eingangsgericht musste es die Rechtsmittelfrist nicht im Blick auf eine etwa notwendige Rücksendung der Akten überwachen. Eine Feststellung des Inhalts des verkündeten Beschlusses ist auch nicht anhand der Ausfertigungen möglich, die dem Betroffenen und der beteiligten Behörde erteilt worden sind. Denn bei diesen Ausfertigungen handelt es sich nicht um korrigierte Reinschriften des Originals. Vielmehr sind die Änderungen von Hand in Abdrucke des Beschlusssentwurfs eingetragen worden.

8 2. Die Haftanordnungen des Amtsgerichts vom 23. November 2009 und vom 4. Januar 2010 sind fehlerhaft und haben den Betroffenen in seinen Rechten verletzt.

9 a) Die Haftanordnung vom 23. November 2009 ist schon deshalb fehlerhaft, weil der nach § 417 FamFG erforderliche zulässige Haftantrag der beteiligten Behörde fehlte.

10 aa) Die beteiligte Behörde hat zwar unter dem 23. November 2009 einen schriftlichen Haftantrag bei dem Amtsgericht eingereicht. Darin hatte sie aber nur die Anordnung von Sicherungshaft bis zum 27. November 2009 beantragt. Das bedeutete für den Betroffenen keine Änderung seiner Lage, weil das Amtsgericht auf den Antrag der beteiligten Behörde schon mit Beschluss vom 16. November 2009 im Wege der einstweiligen Anordnung die Inhaftierung des Betroffenen bis zu diesem Tag angeordnet hatte und diese Haft noch andauerte. Die von der beteiligten Behörde in der Sache angestrebte weitere Inhaftierung des Betroffenen über den 27. November 2009 hinaus bis zum 4. Januar 2010 hat sie dagegen nur mündlich und erst zu Beginn der Anhörung des Betroffenen durch den Haftrichter beantragt. Ob dieses Vorgehen zulässig war, ist zweifelhaft. Zwar kann ein Antrag nach § 25 Abs. 1 FamFG auch zur Niederschrift der Geschäftsstelle gestellt werden. Der Antrag ist hier in das Protokoll über die Anhörung aufgenommen worden, das auch von der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle unterzeichnet worden ist. Zweifelhaft ist aber, ob dem Betroffenen der Haftantrag der beteiligten Behörde erst zu Beginn der Anhörung erstmals eröffnet werden durfte. Das ist nur in einfach gelagerten Sachverhalten zulässig, zu denen der Betroffene auch unter dem Gesichtspunkt der Überraschung ohne weiteres Stellung nehmen kann (Senat, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 222/09, BGHZ 184, 323, 330 Rn. 16). Ob das angenommen wer-

den kann, wenn die beteiligte Behörde selbst erst in der Anhörung zu einer sinnvollen Antragstellung gelangt, ist zweifelhaft, kann aber offen bleiben.

11 bb) Ein Haftantrag muss nach § 417 Abs. 2 FamFG nicht nur vorliegen, sondern auch den Darlegungsanforderungen des § 417 Abs. 2 Satz 2 FamFG genügen. Fehlt es daran, ist er unzulässig. Eine Haftanordnung darf dann nicht ergehen (Senat, Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, FGPrax 2010, 210, 211 Rn. 14). So liegt es hier.

12 (1) Nach § 417 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 5 FamFG muss der Haftantrag insbesondere Darlegungen zu der zweifelsfreien Ausreisepflicht, zu den Abschiebungsvoraussetzungen, zu der Erforderlichkeit der Haft, zu der Durchführbarkeit der Abschiebung und zu der notwendigen Haftdauer enthalten. Inhalt und Umfang der erforderlichen Darlegung bestimmen sich nach dem Zweck des Begründungserfordernisses. Es soll gewährleisten, dass das Gericht die Grundlagen erkennt, auf welche die Behörde ihren Antrag stützt, und dass das rechtliche Gehör des Betroffenen durch die Übermittlung des Haftantrags nach § 23 Abs. 2 FamFG gewahrt wird (Senat, Beschluss vom 22. Juli 2010 - V ZB 28/10, NVwZ 2010, 1511, 1512 Rn. 12).

13 (2) Gemessen daran genügten die Angaben der beteiligten Behörde den Anforderungen an die Begründung nicht. Nach dem schriftlichen Haftantrag, der dem Betroffenen nach dem Inhalt des Protokolls zunächst ausgehändigt worden ist, war die Anordnung der Haft nur bis zum 27. November 2009 notwendig. Von dieser Einschätzung ist der Vertreter der beteiligten Behörde in der Anhörung abgerückt. Er hat die geänderte Einschätzung aber nach dem maßgeblichen Inhalt des Protokolls lediglich damit erläutert, eine Abschiebung werde im Januar oder Februar 2010 möglich sein. Diese Angabe war gerade auch ange-

sichts der bisher anderen Einschätzung der beteiligten Behörde unzureichend. Sie war nicht ansatzweise durch tatsächliche Anhaltspunkte unterlegt und bot weder dem Haftrichter eine taugliche Grundlage für die nach § 26 FamFG von Amts wegen anzustellenden Ermittlungen noch dem Betroffenen einen Ansatzpunkt, mit dem er sich hätte auseinandersetzen können.

14 cc) Dieser Fehler ist im weiteren Verfahren nicht geheilt worden. Die beteiligte Behörde hat zwar in ihrem Folgehaftantrag vom 29. Dezember 2009 näher erläutert, dass und aus welchen Gründen eine weitere Haft erforderlich sei. Dieser Haftantrag ist dem Betroffenen aber erst an dem Tag ausgehändigt worden, an dem die angeordnete Haft endete. Außerdem bot er keine nachvollziehbare Erklärung für die bereits angeordnete Haft. Er ließ vielmehr Zweifel daran aufkommen, dass die beteiligte Behörde das Verfahren mit der gebotenen Beschleunigung betrieb. Der fehlende zulässige Haftantrag konnte auch nicht nachträglich durch den Sachvortrag der beteiligten Behörde im Beschwerdeverfahren ersetzt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, FGPrax 2010, 210, 211 Rn. 19).

15 b) Fehlerhaft ist auch die Haftanordnung vom 4. Januar 2010.

16 aa) Das ergibt sich entgegen der Ansicht des Betroffenen aber nicht schon daraus, dass die Haftanordnung von einem Richter auf Probe erlassen worden ist. Nach § 22 Abs. 5 Satz 2 GVG dürfen bei den Amtsgerichten Richter auf Probe eingesetzt werden, soweit nicht besondere Vorschriften den Einsatz solcher Richter generell oder unter bestimmten Voraussetzungen einschränken. Eine solche Einschränkung sieht § 23c Abs. 2 Satz 2 GVG nur für Betreuungssachen vor. Solche Sachen dürfen Richtern auf Probe erst nach Ablauf des ersten Jahres nach der Ernennung übertragen werden. Entsprechendes gilt nach

§ 29 Abs. 1 Satz 2 GVG für den Einsatz von Richtern auf Probe in Strafsachen. Ihnen darf die Leitung eines Schöffengerichts erst nach Ablauf eines Jahres seit ihrer Ernennung übertragen werden. Eine vergleichbare Einschränkung sieht das Gesetz für Abschiebungshaftsachen nicht vor. Sie ergibt sich auch nicht aus § 68 Abs. 4 FamFG. Diese Vorschrift betrifft nur den Einsatz von Richtern auf Probe als Einzelrichter einer Beschwerdekammer, um den es hier nicht geht. Sie ist auf den Einsatz von Richtern auf Probe bei dem Amtsgericht auch nicht entsprechend anwendbar. Der Gesetzgeber hat ihren Einsatz als Einzelrichter einer Beschwerdekammer ausgeschlossen, um der Bedeutung der Entscheidungen des Beschwerdegerichts Rechnung zu tragen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 16/6308 S. 208). Diese Überlegung lässt sich auf die Entscheidung des Amtsgerichts nicht übertragen.

17 bb) Der Betroffene rügt aber im Ergebnis zu Recht, dass er entgegen § 420 Abs. 1 FamFG nicht ordnungsgemäß angehört worden ist.

18 (1) Das ergibt sich zwar, anders als der Betroffene meint, nicht schon daraus, dass seine Verfahrensbevollmächtigten ohne die von diesen erbetene vorherige Terminabsprache zu dem Termin geladen worden sind und an der Teilnahme an dem Anhörungstermin verhindert waren. Der Haftrichter ist im Grundsatz nur verpflichtet, dem Verfahrensbevollmächtigten, der sich bei Gericht für den Betroffenen gemeldet hat, von dem Anhörungstermin zu unterrichten und ihm Gelegenheit zur Teilnahme zu geben (Senat, Beschluss vom 25. Februar 2010 - V ZA 2/10, juris Rn. 10; OLG Celle, InfAuslR 2008, 136, 137; OLG Rostock, FGPrax 2006, 187, 188; Keidel/Budde, FamFG, 16. Aufl., § 420 Rn. 2; Lesting in Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Aufl., § 420 FamFG Rn. 3). Ob er generell verpflichtet ist, bei vorübergehender Verhinderung des Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen

jedenfalls von einer endgültigen Haftanordnung abzusehen (so Keidel/Budde, aaO, § 420 Rn. 2; Prütting/Helms/Jennissen, FamFG, § 420 Rn. 7), hat der Senat bislang nicht entschieden. Die Frage kann auch hier offen bleiben.

19 (2) Hier jedenfalls kam der Erlass einer endgültigen Haftanordnung schon deshalb nicht in Betracht, weil der Betroffene den Haftantrag nicht kannte.

20 (a) Den Zeitpunkt, zu dem das Gericht des ersten Rechtszugs dem Betroffenen den Haftantrag der beteiligten Behörde zuzuleiten hat, legt die Vorschrift des § 23 Abs. 2 FamFG zwar nicht verbindlich fest. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich einerseits danach, was zu der dem Richter im Freiheitsentziehungsverfahren obliegenden Sachaufklärung erforderlich ist, andererseits danach, was den Betroffenen in die Lage versetzt, das ihm von Verfassungs wegen zukommende rechtliche Gehör auch effektiv wahrzunehmen. Der Haftantrag muss dem Betroffenen aber jedenfalls dann vor der Anhörung übermittelt werden, wenn er ohne vorherige Kenntnis des Antragsinhalts nicht in der Lage ist, zur Sachaufklärung beizutragen und seine Rechte wahrzunehmen (Senat, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 222/09, BGHZ 184, 323, 330 Rn. 16). So lag es hier.

21 (b) Die Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen hatten zwar kurz nach Eingang der Ladung zu dem Anhörungstermin am Nachmittag des 30. Dezember 2009 um Übermittlung des Haftantrags gebeten. Nicht festzustellen ist aber, ob der Haftantrag der beteiligten Behörde vom 29. Dezember 2009 zu diesem Zeitpunkt überhaupt schon vorlag. Er ist nach dem Antrag der Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen auf Übermittlung einer Abschrift abgeheftet und trägt keinen Eingangsstempel. Den Akten lässt sich auch nicht

entnehmen, ob eine Kopie des Haftantrags den Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen überhaupt noch vor der Anhörung zugeleitet worden ist und ob das gegebenenfalls so rechtzeitig geschehen ist, dass diese mit dem Betroffenen vor dem am Freitag, dem 1. Januar 2010, beginnenden verlängerten Wochenende noch Kontakt aufnehmen konnten. Die Übermittlung des Haftantrags an den Betroffenen oder seine Verfahrensbevollmächtigten ist aber als Voraussetzung einer sinnvollen Anhörung eine Verfahrensgarantie, deren Einhaltung aktenkundig zu machen ist. Unterbleibt dies, ist zugunsten des Betroffenen davon auszugehen, dass das nicht geschehen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, InfAuslR 2010, 359, 360 für den Haftantrag und Beschluss vom 18. November 2010 - V ZB 165/10, InfAuslR 2011, 119, 120 Rn. 5 für Belehrung nach Art. 36 WÜK).

22 (c) Dem Betroffenen selbst ist der Haftantrag der beteiligten Behörde nach dem Inhalt des Protokolls erstmals zu Beginn der Anhörung ausgehändigt worden. Im unmittelbaren Anschluss daran in die Anhörung einzutreten, ist zwar nicht zu beanstanden, wenn der Sachverhalt, der dem Haftantrag zugrunde liegt, einfach und überschaubar und der Betroffene auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Überraschung in der Lage ist, zu dem Antrag Stellung zu nehmen (Senat, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 222/09, BGHZ 184, 323, 330 Rn. 16). Diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor. Der am Tag der Anhörung endenden Haft lag ein Haftantrag zugrunde, der mangels einer ausreichenden Begründung nicht prüffähig (und damit unzulässig) war. Mit den Fragen, ob die beteiligte Behörde die Abschiebung des Betroffenen mit der gebotenen Beschleunigung betrieben hatte und ob die in dem neuerlichen Haftantrag angeführten Gründe für die Verzögerung ausreichten und eine weitere Haftanordnung rechtfertigten, war der Betroffene ersichtlich überfordert. Er hat

zudem darauf hingewiesen, dass er sich ohne Unterstützung seiner Verfahrensbevollmächtigten nicht zu dem Haftantrag äußern könne.

23 (3) Dem Betroffenen musste deshalb Gelegenheit gegeben werden, den Haftantrag zu prüfen und sich mit seinen Verfahrensbevollmächtigten zu besprechen. Ohne Gelegenheit dazu durfte eine mehr als nur kurzfristige vorläufige Haftanordnung nicht ergehen. Dieser Fehler ist nicht heilbar (Senat, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 184/09, FGPrax 2010, 152, 154 Rn. 12).

24 3. Der Antrag des Betroffenen auf Verfahrenskostenhilfe ist unbegründet, weil er seine persönlichen Verhältnisse nicht unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars oder in gleichwertiger Weise dargelegt hat (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Oktober 2010 - V ZB 214/10, NVwZ-RR 2011, 87, 88).

IV.

25 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 81 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 83 Abs. 2 und 430 FamFG, § 128c Abs. 3 Satz 2 KostO. Unter Berücksichtigung der Regelung in Art. 5 Abs. 5 EMRK entspricht es billigem Ermessen, der Körperschaft, der die beteiligte Behörde angehört, zur Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Betroffenen zu ver-

pflichten. Der Gegenstandswert bestimmt sich nach §§ 128c Abs. 2, 30 Abs. 2 KostO. Gegenstand der Anfechtung waren zwei eigenständige Haftanordnungen.

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

Stresemann

Czub

Vorinstanzen:

AG Hamburg, Entscheidungen vom 23.11.2009 und 04.01.2010 - 219d XIV 35925 -

LG Hamburg, Entscheidung vom 01.04.2010 - 329 T 2/10 -