



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XIII ZB 2/20

vom

18. Mai 2021

in der Abschiebungshaftsache

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Mai 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff und den Richter Dr. Tolkmitt

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der beteiligten Behörde wird der Beschluss des Landgerichts Offenburg - 1. Zivilkammer - vom 9. Dezember 2019 im Kostenpunkt aufgehoben.

Die Beteiligten tragen ihre außergerichtlichen Kosten in allen Instanzen selbst. Gerichtskosten werden in allen Instanzen nicht erhoben.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

#### Gründe:

- 1 I. Der Betroffene, ein gambischer Staatsangehöriger, reiste 2014 in das Bundesgebiet ein. Das auf seinen Antrag eingeleitete Asylverfahren stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit bestandskräftigem Bescheid vom 28. November 2016 ein. Der Betroffene wurde aufgefordert, das Bundesgebiet binnen einer Woche zu verlassen; zudem wurde ihm die Abschiebung nach Gambia angedroht.
- 2 Im Zeitraum von September 2015 bis August 2017 beging der Betroffene vorsätzlich verschiedene Straftaten, wegen derer er zweimal zu Jugendstrafen, sechsmal zu Geldstrafen und zu Freiheitsstrafen von zehn Monaten sowie einem

Jahr und zwei Monaten verurteilt wurde. Ab dem 8. Januar 2018 befand er sich in Untersuchungs- und anschließender Strafhaft.

3            Auf Antrag der beteiligten Behörde hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 25. November 2019 Haft zur Sicherung der Abschiebung des Betroffenen nach Gambia bis zum 27. Januar 2020 angeordnet. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde des Betroffenen hat das Landgericht den Beschluss aufgehoben und den Haftantrag abgelehnt. Dagegen wendet sich die beteiligte Behörde mit der Rechtsbeschwerde, die sie nach Ablauf des beantragten Haftzeitraums auf den Kostenpunkt beschränkt hat.

4            II.        Die zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

5            1.        Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Voraussetzungen des Haftgrundes der Fluchtgefahr nach § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3b Nr. 4 AufenthG lägen nicht vor. Die wiederholten Verurteilungen stellten nach § 62 Abs. 3b Nr. 4 AufenthG lediglich einen konkreten Anhaltspunkt für Fluchtgefahr dar. Eine Gesamtbetrachtung ergebe jedoch, dass in Bezug auf den Betroffenen keine Fluchtgefahr vorliege. Die jüngste von ihm begangene Straftat liege mehr als zwei Jahre zurück. Das Verhalten des Betroffenen in der Haft spreche gegen eine generelle Ablehnung von Vorschriften der deutschen Rechtsordnung und dieser Rechtsordnung selbst.

6            2.        Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses im Kostenpunkt.

7            a)        Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 70 Abs. 3 Satz 3 FamFG) und auch im Übrigen zulässig. Nachdem die beantragte Haftzeit während des Rechtsbeschwerdeverfahrens abgelaufen war, hat die beteiligte Behörde die

Rechtsbeschwerde auf den Kostenpunkt beschränkt und das Verfahren in diesem beschränkten Umfang fortgeführt (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 12. Februar 2020 - XIII ZB 49/19, juris Rn. 6 mwN).

8            b)        Über die Kosten des in der Hauptsache erledigten Verfahrens ist gemäß § 83 Abs. 2 FamFG i.V.m. mit § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 FamFG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Eine Kostenentscheidung zugunsten des Rechtsbeschwerdeführers hat danach zu ergehen, wenn sein Rechtsmittel ohne die Erledigung der Hauptsache begründet gewesen wäre. Im vorliegenden Fall entspricht es billigem Ermessen, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt, da offen ist, wie das Verfahren ohne das erledigende Ereignis ausgegangen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juni 2019 - V ZB 51/19, juris Rn. 4 mwN).

9            aa)        Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des Haftgrundes der Fluchtgefahr gemäß § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3b Nr. 4 AufenthG nicht vorgelegen haben und die Haftanordnung auf die Beschwerde des Betroffenen deshalb aufzuheben war.

10           (1)        Nach § 62 Abs. 3b Nr. 4 AufenthG kann es einen konkreten Anhaltspunkt für Fluchtgefahr darstellen, wenn der Ausländer wiederholt wegen vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu mindestens einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Erforderlich sind mindestens zwei strafrechtliche Verurteilungen, wobei zumindest auf Grund einer Straftat eine Freiheitsstrafe verhängt worden sein muss. Diese Verurteilungen genügen allein jedoch nicht für die Annahme von Fluchtgefahr. Vielmehr muss durch das Verhalten des Ausländers zu Tage treten, dass er der deutschen Rechtsordnung ablehnend oder gleichgültig gegenübersteht und deshalb zu erwarten ist, dass er auch anderen gesetzlichen Pflichten wie der Ausreisepflicht, die zu sichern die Abschiebungshaft einzig dient,

nicht freiwillig nachkommen wird; zudem ist stets durch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob tatsächlich Fluchtgefahr vorliegt (vgl. Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drucks. 19/10047, S. 41 f.; s.a. AG Tiergarten, Beschluss vom 3. Januar 2020 - 383 XIV 2/20, juris Rn. 18; Hailbronner in ders., AuslR [April 2020], § 62 AufenthG Rn. 155, 171 f.; Kaniess, Abschiebungshaft, Rn. 124; Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 7. Aufl., § 8 Rn. 33 f.; zur Gesamtbetrachtung zu den in § 2 Abs. 14 AufenthG in der bis zum 20. August 2019 gültigen Fassung genannten konkreten Anhaltspunkten für Fluchtgefahr vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 2017 - V ZB 115/16, InfAuslR 2017, 253 Rn. 9, und vom 23. Januar 2018 - V ZB 53/17, InfAuslR 2018, 187 Rn. 9, jeweils mwN).

- 11           (2)     Der vom Beschwerdegericht festgestellte Sachverhalt bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, es habe keine Fluchtgefahr vorgelegen. Das Beschwerdegericht durfte nicht gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von der Durchführung der nach § 420 FamFG gebotenen Anhörung absehen.
- 12           (a)     Das Beschwerdegericht hat angenommen, die jüngste Straftat des Betroffenen liege bereits mehr als zwei Jahre zurück. Sein in der anschließenden Haft gezeigtes Verhalten spreche ausweislich des ihm dort ausgestellten Arbeitszeugnisses gegen eine generelle Ablehnung der deutschen Rechtsordnung. Er habe sich in der Haft leistungsbereit und absprachefähig gezeigt und die geltenden Vorgaben beachtet. Sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Kollegen sei stets vorbildlich gewesen. Allein auf Grund der in der Vergangenheit erfolgten strafrechtlichen Verurteilungen könne vor diesem Hintergrund nicht von einer Fluchtgefahr ausgegangen werden.
- 13           (b)     Nachdem das Arbeitszeugnis, auf das sich das Beschwerdegericht zur Beurteilung der Einstellung des Betroffenen zur deutschen Rechtsordnung

maßgeblich stützte, erstmals im Beschwerdeverfahren vorgelegt worden war, durfte es nicht von einer erneuten persönlichen Anhörung des Betroffenen absehen. Nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn eine persönliche Anhörung des Betroffenen in erster Instanz erfolgt ist und zusätzliche Erkenntnisse durch eine erneute Anhörung nicht zu erwarten sind (BGH, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 222/09, juris Rn. 13). Kommt es hingegen - wie hier - auf die innere Einstellung des Betroffenen an und will das Beschwerdegericht seine Entscheidung auf einen neuen Sachverhalt stützen, darf es von der Würdigung durch das Amtsgericht nur abweichen, wenn es sich einen persönlichen Eindruck vom Betroffenen verschafft hat (vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2010 - V ZB 184/09, juris Rn. 7). So liegt der Fall hier. Eine Anhörung war deshalb geboten, weil das Beschwerdegericht unter Berücksichtigung des im Beschwerdeverfahren erstmals vorgelegten Arbeitszeugnisses von der Einschätzung des Amtsgerichts über die innere Haltung des Betroffenen zur Rechtsordnung abweichen wollte. In dieser Verfahrenssituation und vor dem Hintergrund der erheblichen Vorstrafen des Betroffenen hätte es sich ein eigenes Bild von der Person des Betroffenen machen müssen und seine Entscheidung nicht allein nach Aktenlage auf das knappe und nur einen kurzen Zeitraum erfassende Arbeitszeugnis stützen dürfen.

14           (3)     Die beteiligte Behörde rügt zudem mit Recht eine entscheidungserhebliche Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

15           (a)     Nach § 28 Abs. 1 Satz 2 FamFG hat das Gericht die Beteiligten auf einen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, wenn es ihn anders beurteilt als die Beteiligten und seine Entscheidung darauf stützen will. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Beteiligter keinen Grund zu der Annahme hat, das Beschwerdegericht werde bei seiner Würdigung des Sachverhalts der Auffassung der ersten Instanz nicht folgen und die Entscheidung des Erstgerichts auf die Beschwerde des Beschwerdeführers aufheben (vgl. zum Berufungsverfahren BVerfG, NJW

2003, 2524, und NJW 2015, 1746 Rn. 17; BGH, Beschluss vom 12. September 2019 - V ZR 276/18, juris Rn. 5, jeweils mwN; Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl., § 28 Rn. 9). Zudem darf das Gericht nach § 37 Abs. 2 FamFG eine Entscheidung, welche die Rechte eines Beteiligten beeinträchtigt, nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse stützen, zu denen dieser Beteiligte sich äußern konnte. Beide Vorschriften sind einfachgesetzliche Ausprägungen des durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährleisteten Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BT-Drucks. 16/6308, S. 187, 194; s.a. BGH, Beschluss vom 8. April 2020 - XII ZB 561/19, FamRZ 2020, 1122 Rn. 6).

- 16 (b) Gegen diese Vorgaben hat das Beschwerdegericht verstoßen, weil es der beteiligten Behörde das in Rede stehende Arbeitszeugnis nicht - auch nicht im Rahmen der gebotenen, aber nicht erfolgten Anhörung - zur Kenntnis gebracht und ihr damit keine Möglichkeit gegeben hat, zu Inhalt und Bedeutung des Arbeitszeugnisses Stellung zu nehmen. Vielmehr hatte das Beschwerdegericht der beteiligten Behörde nur mitgeteilt, dass der Betroffene zu Protokoll des Amtsgerichts Beschwerde eingelegt, diese aber nicht begründet habe. Vor diesem Hintergrund konnte die beteiligte Behörde nicht damit rechnen, dass das Beschwerdegericht von der Entscheidung des Amtsgerichts abweichen würde. Die Rechtsbeschwerde zeigt auch auf, dass bei Gewährung rechtlichen Gehörs ein Vortrag gehalten worden wäre, der zu einer anderen Entscheidung des Beschwerdegerichts hätte führen können (vgl. zu diesem Erfordernis BGH, Beschluss vom 18. Februar 2016 - V ZB 23/15, InfAuslR 2016, 235 Rn. 23 mwN). Im Rahmen einer Stellungnahme wäre - so die Rechtsbeschwerde - dargelegt worden, dass der Betroffene in seiner Anhörung vor dem Amtsgericht zu erkennen gegeben habe, nicht in sein Heimatland zurückzukehren. Zudem sei vorgebracht worden, dass der Betroffene nahezu zwei Jahre ununterbrochen in Haft

gewesen sei und er schon deshalb keine weiteren Straftaten mehr habe begehen können. Angesichts dieser Umstände, die das Beschwerdegericht in seiner Abwägung nicht berücksichtigt hat, hätte es dem im Beschwerdeverfahren vorgelegten Arbeitszeugnis ein anderes Gewicht beimessen können.

17           bb)   Wie das Beschwerdeverfahren bei Durchführung der Anhörung und Gewährung rechtlichen Gehörs ausgegangen wäre, ist offen.

18           3.     Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 werden Gerichtskosten in allen Instanzen nicht erhoben. Hat sich die Hauptsache erledigt, muss im Rechtsbeschwerdeverfahren eine Entscheidung über die Gerichtskosten für alle Rechtszüge ergehen, selbst wenn und soweit sie nur klarstellende Bedeutung hat (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2020 - XIII ZB 49/19, juris Rn. 11 mwN). Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 36 Abs. 2 und 3 GNotKG.

Meier-Beck

Schmidt-Räntsch

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Vorinstanz:

LG Offenburg, Entscheidung vom 09.12.2019 - 1 T 148/19 -