



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

V ZB 114/13

vom

18. Dezember 2014

in der Zurückschiebungshaftsache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG § 51 Abs. 1 Satz 1, § 417 Abs. 1

Der Antrag der Behörde auf eine vorläufige Freiheitsentziehung im Wege einstweiliger Anordnung ist keine geeignete Grundlage für den Erlass einer Haftanordnung im Hauptsacheverfahren.

FamFG § 417 Abs. 1; GG Art. 104 Abs. 1 Satz 1

Der von der Behörde im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag, das Rechtsmittel des Betroffenen gegen die Haftanordnung zurückzuweisen, enthält nicht zugleich einen Haftantrag nach § 417 Abs. 1 FamFG.

BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2014 - V ZB 114/13 - LG Saarbrücken  
AG Saarbrücken

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Dezember 2014 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und die Richter Dr. Czub, Dr. Kazele und Dr. Göbel

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird der Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Saarbrücken vom 19. Juli 2013 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Haftanordnung des Amtsgerichts Saarbrücken vom 22. Juni 2013 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 der Bundesrepublik Deutschland auferlegt.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

Gründe:

I.

1 Der Betroffene, ein afghanischer Staatsangehöriger, reiste am 21. Juni 2013 ohne gültige Papiere in das Bundesgebiet ein und meldete sich bei der Landespolizei in St. Ingbert. Er wurde an eine Dienststelle der beteiligten Behörde (Bundespolizei) übergeben. Eine EURODAC Anfrage ergab Treffer für Dänemark, Norwegen und Schweden.

2 Die beteiligte Behörde beantragte bei dem Amtsgericht Saarbrücken die Anordnung einer vorläufigen Freiheitsentziehung gegen den Betroffenen im Wege der einstweiligen Anordnung für die Zeit vom 22. Juni 2013 bis zum

26. Juli 2013 zur Sicherung seiner Zurückschiebung nach Dänemark gemäß Art. 20 Abs. 1 Buchstabe b der VO (EG) 343/2003 (Dublin-II-Verordnung).

3 Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 22. Juni 2013 nach § 62 i.V.m. § 57 Abs. 3 AufenthG die Haft zur Sicherung der Zurückschiebung gemäß § 422 FamFG bis zum 26. Juli 2013 angeordnet und den Betroffenen dahin belehrt, dass gegen den Beschluss die binnen eines Monats ab dessen Zustellung einzulegende Beschwerde zulässig sei. Der Betroffene hat gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt und nach seiner Überstellung nach Dänemark am 17. Juli 2013 beantragt, die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung festzustellen. Das Beschwerdegericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Betroffene mit seiner Rechtsbeschwerde.

## II.

4 Das Beschwerdegericht meint, dass die Beschwerde mit dem Feststellungsantrag nach § 62 FamFG unbegründet sei, weil der Haftantrag der beteiligten Behörde den in § 417 FamFG bestimmten Voraussetzungen entsprochen habe und die Voraussetzungen für die Anordnung von Zurückschiebungshaft zur Sicherung der Überstellung des Betroffenen nach Dänemark aus den in § 62 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 5 AufenthG genannten Haftgründen vorgelegen hätten.

## III.

5 1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil sich das Rechtsmittel des Betroffenen gegen eine im Hauptsacheverfahren erlassene freiheitsentziehende Maßnahme richtet.

6 a) Nach § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 FamFG ist die Rechtsbeschwerde gegen die Freiheitsentziehung anordnende Beschlüsse - nach Erledigung der Hauptsache auch mit dem Feststellungsantrag nach § 62 FamFG

(Senat, Beschluss vom 25. Februar 2010 - V ZB 172/09, FGPrax 2010, 150 Rn. 9; Beschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 128/10, FGPrax 2011, 148 Rn. 4) - ohne Zulassung statthaft. Hiervon ausgenommen sind allerdings nach § 70 Abs. 4 FamFG die im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 427 FamFG ergangenen Beschlüsse über vorläufige Freiheitsentziehungen (Senat, Beschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 128/10, aaO Rn. 5; Beschluss vom 12. Mai 2011 - V ZB 135/10, FGPrax 2011, 253 Rn. 5). 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 (Senat, Beschluss vom 20. Januar 2011 - V ZB 116/10, FGPrax 2011, 143 Rn. 7).

- 7            b) 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 (Senat, Beschluss vom 21. November 2013 - V ZB 96/13, FGPrax 2014, 87 Rn. 5). Da die Begründung und die Rechtsmittelbelehrung für eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren sprechen, ist allein die Haftdauer von fünf Wochen kein tragfähiges Indiz für eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung, weil nach

§ 62 Abs. 1 Satz 1 AufenthG jede Haftanordnung auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken ist. Die Entscheidung des Amtsgerichts ist auch so von allen Beteiligten und von dem Beschwerdegericht verstanden worden. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung geht ebenfalls nicht von einer einstweiligen Anordnung nach § 427 FamFG aus.

8            2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Betroffene ist dadurch in seinen Rechten verletzt worden, dass die von dem Amtsgericht im Hauptsacheverfahren angeordnete Haft ohne den nach § 417 Abs. 1 FamFG erforderlichen Antrag der Behörde auf den Erlass einer solchen Entscheidung ergangen ist.

9            a) Das Vorliegen eines zulässigen Haftantrags ist eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Verfahrensvoraussetzung (Senat, Beschluss vom 29. April 2010 - V ZB 218/09, FGPrax 2010, 210 Rn. 12; Beschluss vom 28. Februar 2013 - V ZB 138/12, FGPrax 2013, 132 Rn. 9; Beschluss vom 18. Juli 2014 - V ZB 80/13, InfAusIR 2014, 384 Rn. 15; Beschluss vom 9. Oktober 2014 - V ZB 127/13, juris Rn. 6 - st. Rspr.). 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, aaO, 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, InfAusIR 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 29. April 2010 - V ZB 218/09, aaO Rn. 12).

10           b) Das Amtsgericht hat allerdings nicht von sich aus (von Amts wegen) die Zurückschiebungshaft angeordnet, sondern über einen Antrag der beteiligten Behörde entschieden. Die erlassene Haftanordnung entsprach jedoch nicht

dem Antrag der beteiligten Behörde, die ausdrücklich um eine - auf einen Monat beschränkte - vorläufige Freiheitsentziehung im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 427 FamFG) nachgesucht hatte. Der Wortlaut des Antrags, in dem zudem auf die nur für die einstweiligen Anordnungen geltenden Vorschriften (§§ 51 und 427 FamFG) Bezug genommen wird, ist in dieser Beziehung eindeutig und lässt eine andere Auslegung nicht zu.

11 c) 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 nicht gleich.

12 aa) Die Notwendigkeit zur Unterscheidung ergibt sich daraus, dass Verfahren über einstweilige Anordnungen (§§ 49 ff. FamFG) nach § 51 Abs. 3 Satz 1 FamFG selbständige, von der Hauptsache unabhängige Verfahren sind (BT-Drucks 16/6308, S. 200). Der Gesetzgeber des FGG-Reformgesetzes (vom 17. Dezember 2008 - BGBl. I 2586) hat sich dafür entschieden, die Hauptsacheabhängigkeit der Verfahren über einstweiligen Anordnungen zu beseitigen und diese - wie die Verfahren über den Arrest und die einstweilige Verfügung nach §§ 916 ff ZPO - von den Hauptsacheverfahren zu trennen (BT-Drucks 16/6308, S. 199). Diesen Grundsatz hat er auch für vorläufige Freiheitsentziehungen nach § 427 FamFG übernommen (BT-Drucks 16/6308, S. 293). Sie setzen - im Unterschied zu den gemäß § 11 FrhEntzG ergangenen Haftanordnungen - die Anhängigkeit eines Verfahrens in der Hauptsache bei dem Gericht nicht mehr voraus (zur früheren Rechtslage: BVerfG, Beschluss vom 1. April 2008 - 2 BvR 1952/04, juris Rn. 18 und NVwZ-RR 2009, 304). Einer einstweiligen Anordnung nach § 427 FamFG muss auch kein Hauptsacheverfahren nachfolgen. Der Betroffene kann ein solches Verfahren mit den damit verbundenen weitergehenden Rechtsbehelfsmöglichkeiten nur erzwingen, in-

dem er bei dem Gericht, das die einstweilige Anordnung erlassen hat, den Antrag gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 FamFG stellt, der Behörde binnen einer von dem Gericht zu bestimmenden Frist die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens aufzugeben (vgl. BT-Drucks 16/6308, S. 199, 201), was auch nach Erlass einer Anordnung gemäß § 427 FamFG möglich ist (Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Aufl., § 427 FamFG Rn. 1; Prütting/Helms/Jennissen, FamFG, 3. Aufl., § 427 Rn. 15; Schulte-Bunert/Weinreich/Dodegge, § 427 FamFG Rn. 2).

13           bb) Einer Ersetzung des Antrags in der Hauptsache durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 51 FamFG steht zudem entgegen, dass sich die verfahrensrechtlichen Anforderungen für einstweilige Anordnungen nach § 427 FamFG von denen für freiheitsentziehende Beschlüsse in der Hauptsache nach § 422 FamFG unterscheiden. Eine einstweilige Anordnung kann bereits dann ergehen, wenn noch nicht alle für den Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache notwendigen Ermittlungen abgeschlossen sind (BVerfG, InfAuslR 2012, 186 Rn. 18; Keidel/Budde, FamFG, 18. Aufl., § 412 Rn. 1); sie setzt jedoch voraus, dass ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht (Keidel/Budde, aaO Rn. 4). Eine Freiheitsentziehung kann als vorläufige Anordnung nach § 427 FamFG rechtmäßig, als Beschluss in der Hauptsache nach § 422 FamFG jedoch rechtswidrig sein (vgl. Senat, Beschluss vom 31. Mai 2012 - V ZB 167/11, NJW 2012, 2448 Rn. 10; Beschluss vom 16. Mai 2013 - V ZB 44/12, FGPrax 2013, 229 Rn. 11). Deswegen muss für das Gericht und für den Betroffenen stets klar sein, in welchem Verfahren die Behörde die Freiheitsentziehung beantragt.

14           d) Der für die ergangene Haftanordnung erforderliche Antrag ist von der beteiligten Behörde auch nicht nachträglich im Beschwerdeverfahren gestellt worden.

- 15           aa) Ein im ersten Rechtszug unterbliebener Haftantrag kann von der Behörde allerdings noch in der Beschwerdeinstanz gestellt werden (BayObLG, InfAusIR 1991, 345); hiermit wird die mit einer richterlichen Haftanordnung ohne behördlichen Antrag einhergehende Verletzung des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zwar nicht rückwirkend geheilt, aber beendet (vgl. Senat, Beschluss vom 15. September 2011 - V ZB 136/11, FGPrax 2011, 318 Rn. 8). Das wäre hier möglich gewesen. Da das Beschwerdegericht eine Haftanordnung im Hauptsacheverfahren erlassen hatte, wäre der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens durch die Nachholung des behördlichen Haftantrags nicht verändert worden (vgl. Senat, Beschluss vom 15. September 2011 - V ZB 136/11, FGPrax 2011, 318 Rn. 9), so dass sich die Frage nicht stellt, ob ein Übergang von dem Verfahren der einstweiligen Anordnung (nach §§ 49 ff., § 427 FamFG) in das Hauptsacheverfahren (nach §§ 417, 422 FamFG) zulässig ist (vgl. zur Zulässigkeit eines Übergangs von einem Verfahren über einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung in den Hauptsacheprozess: OLG Hamm, OLGZ 1971, 180, 181; OLG Karlsruhe, OLGZ 1977, 484, 485 [verneinend], OLG Braunschweig, MDR 1971, 1017, OLG Frankfurt, FamRZ 1989, 296 [bejahend]).
- 16           bb) Die beteiligte Behörde hat im Beschwerdeverfahren nicht erklärt, dass sie (vorsorglich) einen Haftantrag für die von dem Amtsgericht erlassene Entscheidung in der Hauptsache stellt. Sie hat im Beschwerdeverfahren allein beantragt, die Beschwerde des Betroffenen zurückzuweisen. Der von der Behörde im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag, das Rechtsmittel des Betroffenen gegen die Haftanordnung zurückzuweisen, enthält nicht zugleich einen Haftantrag nach § 417 Abs. 1 FamFG. Ein solches Verständnis entspräche zwar dem in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein geltenden Grundsatz, dass Erklärungen der Beteiligten so auszulegen sind, dass das damit bezweckte Ziel nach Möglichkeit erreicht wird (OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. November 2005 - 20 W 516/05, juris Rn. 6). In Freiheitsentziehungssachen steht dem aber das Verfassungsgebot der Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ent-

gegen, das die Beachtung der sich aus dem Gesetz ergebenden freiheitsschützenden Formvorschriften fordert (vgl. BVerfG, NVwZ 2011, 1254, 1255; InfAusIR 2012, 186, 187 mwN). Da § 417 FamFG vorschreibt, dass die Freiheitsentziehung nur auf einen (begründeten) Antrag der zuständigen Behörde angeordnet werden darf, ist es nicht zulässig, den bloßen Antrag der Behörde auf Zurückweisung eines Rechtsmittels im Hinblick auf das darin zum Ausdruck kommende Interesse an dem Fortbestehen der Haft zum Nachteil des Betroffenen als einen Haftantrag nach § 417 FamFG auszulegen.

- 17 cc) Unerheblich ist schließlich der Einwand der Erwidernng, dass alle materiellen Voraussetzungen für den Erlass einer Haftanordnung nach § 62 AufenthG vorgelegen hätten und auch das Vorbringen der Behörde allen Begründungsanforderungen für einen Haftantrag nach § 417 Abs. 2 FamFG genüge. Der in der Inhaftierung ohne den erforderlichen Antrag liegende Verfassungsverstoß entfiere auch dann nicht, wenn der Betroffene entweder - wie von der Behörde gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 FamFG beantragt - auf Grund einer einstweiligen Anordnung oder nach Änderung oder Nachholung des Haftantrags gemäß § 417 FamFG auch durch den im Hauptsacheverfahren ergangenen Beschluss in Haft hätte genommen werden oder verbleiben können. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zu genügen, muss der Eingriff in das Freiheitsgrundrecht den Voraussetzungen der konkret gewählten Rechtsgrundlage entsprechen (BVerfG, InfAusIR 2012, 186 Rn. 29).

IV.

18 Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1, § 83 Abs. 2, § 430 FamFG, Art. 5 EMRK. Der Gegenstandswert bestimmt sich nach § 36 Abs. 3 GNotKG.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Göbel

Vorinstanzen:

AG Saarbrücken, Entscheidung vom 22.06.2013 - 7 XIV 33/13 -

LG Saarbrücken, Entscheidung vom 19.07.2013 - 5 T 270/13 -