



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

V ZB 92/17

vom

8. Februar 2018

in der Abschiebungshaftsache

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Februar 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 der 4. Zivilkammer des Landgerichts Traunstein vom 6. April 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 5.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Betroffene, ein ukrainischer Staatsangehöriger, reiste im September 2016 in das Bundesgebiet ein. Bei einer im Oktober 2016 durchgeführten Wohnungsdurchsuchung wies er sich mit einer gefälschten rumänischen Identitätskarte und einem gefälschten rumänischen Führerschein aus und wurde festgenommen. Seine Abschiebung in die Ukraine wurde verfügt. Das Amtsgericht Nürnberg ordnete am 27. Oktober 2016 Haft zur Sicherung der Abschiebung bis zum 10. Januar 2017 an, die in dem Bezirk des Amtsgerichts Mühldorf am Inn

vollstreckt wurde. Eine für den 9. Januar 2017 geplante Abschiebung des Betroffenen konnte nicht durchgeführt werden, da der durch die Zentrale Ausländerbehörde (ZAB) Oberbayern am 3. Januar 2017 per Einschreiben an die Bundespolizei am Flughafen in München versandte Heimreiseschein dort noch nicht eingegangen war.

- 2 Das Amtsgericht Mühldorf am Inn hat mit Beschluss vom 10. Januar 2017 die Sicherungshaft auf Antrag der beteiligten Behörde bis zum 20. Januar 2017 verlängert. Die nach der am 19. Januar 2017 erfolgten Abschiebung in die Ukraine auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haftanordnung gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Betroffene seinen Feststellungsantrag weiter.

## II.

- 3 Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Haftverlängerung nicht wegen eines Fehlers bei der Anhörung rechtswidrig. Das Amtsgericht Mühldorf am Inn habe das Recht des Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen, an dem Termin zur Anhörung vom 10. Januar 2017 teilzunehmen, nicht verletzt. Aus der am 9. Januar 2017 zu den Akten des Amtsgerichts gelangten Beschwerdebegründung sei ersichtlich gewesen, dass der Betroffene durch einen Anwalt vertreten werde. Aufgrund des Erledigungsvermerks der Geschäftsstelle des Amtsgerichts und der Stellungnahme des Geschäftsstellenbeamten vom 17. Februar 2017 sei auch davon auszugehen, dass dem Verfahrensbevollmächtigten der Anhörungstermin per Fax mitgeteilt worden sei. Warum er die Terminmitteilung nicht erhalten habe, könne nicht aufgeklärt werden. Unabhängig davon habe sich ein etwaiger Verfahrensverstoß nicht ausgewirkt. Im Übrigen hätten die Voraussetzungen für die Verlängerung der Sicherungshaft vor-

gelegen. Das Beschleunigungsgebot sei nicht verletzt. Dass der Heimreise-schein am 9. Januar 2017 noch nicht bei der Bundespolizei eingegangen sei, habe die beteiligte Behörde nicht zu vertreten. Es sei davon auszugehen, dass die Verfahrensverzögerung auf die Deutsche Post AG zurückzuführen sei. De-ren Verschulden bei dem Transport der Postsendung müsse sich die Behörde nicht zurechnen lassen. Einen Kurierdienst zur Übermittlung des Heimreise-scheins habe die Behörde nicht einschalten müssen.

### III.

4 Die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FamFG mit dem Feststellungsantrag nach § 62 FamFG statthafte und auch im Übrigen (§ 71 FamFG) zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Prüfung nicht in vollem Umfang stand.

5 1. Auf der Grundlage der Feststellungen des Beschwerdegerichts kann eine Rechtswidrigkeit der Haftverlängerung wegen eines Fehlers bei der Anhö-rung des Betroffenen durch das Amtsgericht nicht verneint werden.

6 a) 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 zu der An-hörung hinzuzuziehen (Senat, Beschluss vom 10. Juli 2014 - V ZB 32/14, FGPrax 2014, 228 Rn. 8; Beschluss vom 20. Mai 2016 - V ZB 140/15, InfAuslR 2016, 381 Rn. 6 u. 20 mwN). Vereitelt das Gericht durch seine Verfahrensgestaltung eine Teilnahme des Bevollmächtigten an der Anhörung, führt dies, an-ders als das Beschwerdegericht meint, ohne weiteres zu der Rechtswidrigkeit der Haft. Es kommt nicht darauf an, ob die Anordnung der Haft auf dem Fehler beruht. Das gilt auch für die Verlängerung der Abschiebungs- oder Rücküber-stellungshaft, auf die nach § 425 Abs. 3 FamFG die Vorschriften über den

Erstantrag, also auch diejenigen über die Anhörung, uneingeschränkt anzuwenden sind (Senat, Beschluss vom 10. Juli 2014 - V ZB 32/14, FGPrax 2014, 228 Rn. 8; Beschluss vom 6. April 2017 - V ZB 59/16, InfAuslR 2017, 292 Rn. 7).

7           b) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts tragen der Erledigungsvermerk des Amtsgerichts Mühldorf am Inn und die im Beschwerdeverfahren eingeholte Stellungnahme des Geschäftsstellenbeamten vom 17. Februar 2017 nicht die Annahme, dem Bevollmächtigten des Betroffenen sei der Anhörungstermin vom 10. Januar 2017 per Fax mitgeteilt worden.

8           aa) Der Geschäftsstellenbeamte des Amtsgerichts Mühldorf am Inn hat erklärt, er sei von dem Richter am Amtsgericht Dr. W.       am 9. Januar 2017 angewiesen worden, den Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen per Fax über den Anhörungstermin zu unterrichten, was er getan und auf der Terminverfügung vermerkt habe. Ein entsprechender Erledigungsvermerk befindet sich auch in der Gerichtsakte. Ein Faxbericht ist jedoch nicht vorhanden.

9           bb) Die Stellungnahme des Geschäftsstellenbeamten steht, worauf die Rechtsbeschwerde zu Recht hinweist, nicht mit dem tatsächlichen Verfahrensablauf und dem weiteren Akteninhalt in Einklang. Den Termin zur Anhörung vor dem Amtsgericht Mühldorf am Inn hat nicht der Richter am Amtsgericht Dr. W.       , sondern der Richter am Amtsgericht G.       bestimmt. Dieser hat die Anhörung durchgeführt und über die Verlängerung der Haft entschieden. Es hätte somit nahe gelegen, dass auch er bestimmt, wer zu dem Anhörungstermin geladen wird. Zwar ist es denkbar, dass sich der Geschäftsstellenbeamte noch korrekt an den Vorgang des Faxens der Terminsnachricht erinnert und sich lediglich darüber irrt, wer ihn dazu angewiesen hat. Es bleibt aber ein Widerspruch zu dem Nichtabhilfebeschluss des Amtsgerichts vom 23. Januar 2017. Der über die Nichtabhilfe entscheidende Richter am Amtsgericht

Dr. W. hat darin ausgeführt, der Bevollmächtigte des Betroffenen habe die Ladung zu dem Anhörungstermin am 10. Januar 2017 nicht erhalten, weil er in dem Antrag der Behörde nicht als Bevollmächtigter aufgeführt gewesen sei. Diese Begründung ist mit dem Erledigungsvermerk des Geschäftsstellenbeamten und der Feststellung des Beschwerdegerichts, bereits am 9. Januar 2017 sei die Beschwerdebegründung des Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen zu den Akten des Amtsgerichts Mühldorf am Inn gelangt, so dass die Bevollmächtigung ersichtlich gewesen sei, nicht vereinbar.

10 Die Widersprüche zwischen der Aktenlage, der Stellungnahme des Geschäftsstellenbeamten und der Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts hätte das Beschwerdegericht von Amts wegen aufklären müssen (§ 26 FamFG).

11 2. Die sonstigen von der Rechtsbeschwerde angeführten Gesichtspunkte führen nicht zu der Rechtswidrigkeit der Haftverlängerung. Die beteiligte Behörde hat das Abschiebungsverfahren mit der nötigen Beschleunigung betrieben.

12 a) Die Abschiebungshaft muss auch während des Laufs der Dreimonatsfrist des § 62 Abs. 3 Satz 3 AufenthG auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt und die Abschiebung ohne unnötige Verzögerung betrieben werden; dies ergibt sich schon daraus, dass gemäß § 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG die Inhaftnahme auf die kürzest mögliche Dauer zu beschränken ist. Die Sicherungshaft darf deshalb nur aufrechterhalten oder - wie hier - verlängert werden, wenn die Behörde die Abschiebung des Betroffenen ernstlich betreibt, und zwar - gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - mit der größtmöglichen Beschleunigung (vgl. zum Ganzen Senat, Beschluss vom 11. Oktober 2012 - V ZB 104/12, juris Rn. 7; Beschluss vom 1. März 2012 - V ZB 206/11, FGPrax 2012, 133 Rn. 15; Beschluss vom 19. Mai 2011 - V ZB 247/10, juris Rn. 7). Dabei sind den für die Anträge auf Abschiebungshaft zuständigen Ausländerbehörden der Länder und der Kreise etwaige Verstöße gegen das Beschleunigungsgebot

durch die (deutschen) Behörden zuzurechnen, die für die Passbeschaffung zuständig sind (vgl. Senat, Beschluss vom 7. April 2011 - V ZB 111/10, NVwZ 2011, 1214 Rn. 13; Beschluss vom 30. Juni 2011 - V ZB 274/10, FGPrax 2011, 315 Rn. 25; Beschluss vom 17. Oktober 2013 - V ZB 172/12, InfAuslR 2014, 52 Rn. 15).

- 13            b) Diese Anforderungen sind gewahrt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die ZAB Oberbayern das von der ukrainischen Behörde ausgestellte Heimreisedokument am 3. Januar 2017 per Einschreiben an die Bundespolizei am Flughafen in München versandt hat, statt einen Kurierdienst zu beauftragen. Die Übersendung durch Einschreiben war sinnvoll, weil es sich dabei um eine sichere Versandart handelt. Selbst wenn sich für Einschreiben die voraussichtliche Postlaufzeit um einen Werktag verlängern sollte (vgl. KG, NStZ-RR 2006, 142), konnte die ZAB Oberbayern angesichts des zeitlichen Vorlaufs von vier Werktagen darauf vertrauen, dass das am 3. Januar 2017 bei der Deutschen Post AG aufgebene Einschreiben rechtzeitig vor dem geplanten Abschiebungstermin am 9. Januar 2017 bei der Bundespolizei eintrifft. Versäumnisse der Deutschen Post AG sind der beteiligten Behörde nicht zuzurechnen.

#### IV.

- 14            1. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da weitere Sachverhaltsermittlungen erforderlich sind. Die Sache ist daher an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

- 15            2. Der Zurückverweisung steht nicht entgegen, dass der Betroffene zwischenzeitlich in die Ukraine abgeschoben wurde. Die gebotene Gewährung des rechtlichen Gehörs zu den von dem Beschwerdegericht zu treffenden Feststellungen kann dadurch erfolgen, dass dem Verfahrensbevollmächtigten des Be-

troffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Einer persönlichen Anhörung des Betroffenen (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 17. März 2016 - V ZB 39/15, juris Rn. 10; Beschluss vom 6. Dezember 2012 - V ZB 218/11, InfAusIR 2013, 154 Rn. 16) zu der Frage, ob das Amtsgericht den Verfahrensbevollmächtigten über den Anhörungstermin vom 10. Januar 2017 unterrichtet hat, bedarf es nicht.

- 16                    3. Sollte sich erweisen, dass dem Prozessbevollmächtigten des Betroffenen der Anhörungstermin vom 10. Januar 2017 nicht mitgeteilt worden ist, obwohl dem Amtsgericht Mühldorf am Inn die Bevollmächtigung bekannt war, wäre die Verlängerung der Haft rechtswidrig. Der Fehler kann nicht rückwirkend geheilt werden.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Kazele

Haberkamp

Hamdorf

Vorinstanzen:

AG Mühldorf a. Inn, Entscheidung vom 10.01.2017 - 1 XIV 9/17 -  
LG Traunstein, Entscheidung vom 06.04.2017 - 4 T 273/17 -