



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT**  
**Beschluss**

Geschäftszeichen:

**2 Wx 44/09**

329 T 16/09

**In der Freiheitsentziehungssache**

**A:**

**- Betroffener und Beschwerdeführer -**

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwalt Markus Prottung ,  
Steindamm 91, 20099 Hamburg  
08-22

**Beteiligte**

**1. Freie und Hansestadt Hamburg, Behörde für Inneres Einwohner-Zentralamt,  
Rechtsabteilung,  
Amsinckstr. 34, 20097 Hamburg  
geb. am ~~13. Mai 2009~~**

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 2. Zivilsenat am 13. Mai 2009  
durch die Richter

Möller,

Jahnke,

Cordes

Auf die sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen gegen den Beschluss des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 29, vom 7. April 2009 wird – unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Beschlusses des Amtsgerichts Hamburg vom 20. Februar 2009, soweit darin der Antrag des Betroffenen verworfen worden ist, - festgestellt, dass die auf dem Beschluss des Amtsgerichts Hamburg, Abteilung 219 a, vom 2. Februar 2009 beruhende Freiheitsentziehung rechtswidrig war.

Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren findet nicht statt.

## **Gründe**

Auf Antrag der Beteiligten hat das Amtsgericht Hamburg durch Beschluss vom 2. Februar 2009 nach persönlicher mündlicher Anhörung des Betroffenen, der infolge einer Anzeige seiner Ehefrau bei der Polizei seit dem 14. Januar 2009 wegen des Verdachts des illegalen Aufenthalts in Untersuchungshaft genommen worden war, die Inhaftnahme des Betroffenen bis zu seiner Abschiebung aus der Bundesrepublik Deutschland, längstens bis acht Wochen nach Beendigung der Untersuchungshaft zum Akz. 949 – 46/09 gemäß § 62 Abs. 2 AufenthG sowie die sofortige Wirksamkeit dieser Entscheidung angeordnet. Mit dem am 10. Februar 2009 eingegangenen Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 9. Februar 2009 hat der Betroffene unter Beifügung eines psychiatrischen Attestes bezüglich der Ehefrau einen Antrag gemäß § 10 FEVG eingereicht und beantragt, den Haftbeschluss aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der auf dem Haftbeschluss beruhenden Freiheitsentziehung festzustellen. Die Beteiligte hat mit Schriftsatz vom 17. Februar 2009 mitgeteilt, an der Vollstreckung der Haft festzuhalten. Nach Anhörung der Ehefrau des Betroffenen und nochmaliger persönlicher Anhörung des Betroffenen selbst in Gegenwart seines anwaltlichen Bevollmächtigten hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 20. Februar 2009 die Haftanordnung aufgehoben. In der Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass davon auszugehen sei, dass der Betroffene sich der Abschiebung nicht entzie-

hen werde, und dass nach der glaubhaften Aussage der Ehefrau der Betroffene durchgehend bei ihr gewohnt habe und sie sich wünsche, dass er zu ihr zurückkehre; das Gericht halte es bei dem attestierten Krankheitsbild für nachvollziehbar, dass sie die Konsequenzen ihrer Anzeige bei der Polizei nicht rational reflektiert habe. Den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit hat das Amtsgericht mit der Begründung als unzulässig verworfen, dass das Gericht nach § 10 Abs. 1 FEVG nur entscheide, ob die Haft für die Zukunft aufzuheben ist, Das Rechtsschutzbegehren, ob die ursprüngliche Haftanordnung rechtmäßig war, habe mit einem Rechtsmittel verfolgt werden müssen.

Infolge der Entscheidung des Amtsgerichts wurde der Betroffene am 20. Februar 2009 aus der nach Aufhebung der Untersuchungshaft am 11. Februar 2009 seit diesem Zeitpunkt vollzogenen Sicherungshaft entlassen.

Gegen die Verwerfung des Feststellungsantrags hat der Betroffene sofortige Beschwerde mit der Begründung eingelegt, im Verfahren nach § 10 FEVG habe das Gericht die Haft auch dann aufzuheben, wenn zwar ein neuer Sachverhalt nicht vorliege, aber ein Grund für die Haft von Anfang an nicht gegeben gewesen sei, damit sei die Überprüfung der ursprünglichen Haftanordnung nicht im Wege der *lex specialis* der Beschwerde vorbehalten, für die implizite Frage der rückblickenden Feststellung der Rechtswidrigkeit könne nichts anderes gelten.

Die gegen die Zurückweisung der Beschwerde durch den Beschluss vom 7. April 2009 am 17. April 2009 eingelegte sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen ist zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i.V.m. 546 ZPO). Auf den Antrag des Betroffenen war die Rechtswidrigkeit der Haft festzustellen. Da das Beschwerdegericht – von seinem Standpunkt folgerichtig – zur Sache keine Ausführungen gemacht hat, der maßgebliche Sachverhalt nach Aktenlage aber geklärt ist, kann der Senat selbst in der Sache entscheiden, was zu der im Tenor getroffenen Feststellung führt.

Das Landgericht hat zur Begründung der Entscheidung ausgeführt, für einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit bestehe nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis,

wenn anders – insbesondere wegen zwischenzeitlich eingetretener Erledigung – keine Entscheidung möglich sei; soweit im Beschwerdeverfahren noch über die Aufhebung der Haftanordnung entschieden werde, sei ein daneben gestellter Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Haftanordnung – etwa wegen in der Zwischenzeit geheilter Verfahrensfehler – ebenfalls unstatthaft. Dieser Begründung kann unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung nicht zugestimmt werden. Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hat der Betroffene einen Anspruch darauf, dass nicht nur eine künftige unrechtmäßige Freiheitsentziehung vermieden, sondern auch die Rechtmäßigkeit der bereits durchgeführten Freiheitsentziehung überprüft wird (BayObLG FG Prax02, 281, zitiert nach juris).

Allgemein anerkannt ist, dass gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ein Bedürfnis nach gerichtlicher Entscheidung trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels fortbestehen kann, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage in besonderer Weise schutzwürdig ist. Dies kann insbesondere bei einem Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen der Fall sein. Ein solches Fortsetzungsfeststellungsinteresse kommt insbesondere bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Betracht und ist für den Fall einer Erledigung durch Entlassung aus der (vollzogenen) Abschiebungshaft ausdrücklich zu bejahen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG NJW 02, 2456, zitiert nach juris) ist mit der Anordnung von Haft zur Sicherung der Abschiebung, die schwerwiegend in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingreife, die notwendig an das zurechenbare Verhalten des Ausländers anknüpfende Feststellung verbunden, der Betroffene werde ohne die Inhaftierung seine Abschiebung wesentlich erschweren oder vereiteln oder er werde versuchen, unterzutauchen, implizit beinhalte eine richterliche Haftanordnung damit den Vorhalt, der betroffene Ausländer habe sich in einer Weise gesetzwidrig verhalten - oder drohe sich so zu verhalten -, die seine Inhaftierung rechtfertige; die Haftanordnung sei damit auch geeignet, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen; die Gewährung von Rechtsschutz könne im Hinblick auf das bei Freiheitsentziehungen bestehende Rehabilitierungsinteresse weder vom konkreten Ablauf des Verfahrens und dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme noch davon abhängen, ob in Abschiebungshafffällen Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden könne. Im Hinblick darauf ist im Beschwerdeverfahren über einen ausdrücklichen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit auch

neben einer Aufhebung der Haftanordnung zu entscheiden (vgl. BayObLG FGPrax 02, 281 für eine Unterbringungsmaßnahme; OLG Celle, Beschluss v. 9. Oktober 2008, 22 W 45/08, bei Melchior, Abschiebungshaft, Anhang).

Soweit der Senat in einer früheren Entscheidung (Beschluss vom 23. Juli 2008, 2 Wx 55/08 und 2 Wx 71/08) den Standpunkt vertreten hat, dem Interesse des Betroffenen werde genügt, wenn im Beschwerdeverfahren – vor Erledigung der amtsgerichtlichen Haftanordnung – in der Sache über die Aufrechterhaltung einer noch fortbestehenden freiheitsentziehenden Maßnahme entschieden wird, hält er daran nicht fest.

Allerdings kann bei einer Ausweitung des Verfahrensgegenstandes auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Haftanordnung für zurückliegende Zeiträume die formelle Rechtskraft des Beschlusses entgegenstehen. Während das OLG München (FGPrax 05, 276, zitiert nach juris) entschieden hat, dass nicht in vorangegangene und durch Zeitablauf überholte Haftentscheidungen eingegriffen werden kann, und das Kammergericht (Beschluss vom 29. August 2008, 1 W 251/08, zitiert nach juris) in dem Fall, dass ein Haftaufhebungsantrag erst nach Ablauf der Frist für die sofortige Beschwerde gegen den die Haft anordnenden Beschluss gestellt worden ist, es für nahe liegend hält, eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit jedenfalls für die Zeit nach Stellung eines Aufhebungsantrags als zulässig anzusehen, sah das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 24. Juli 2002, bei Melchior, Abschiebungshaft, Anhang) das Gericht im Rahmen eines Aufhebungsantrags während andauernder Abschiebungshaft demgegenüber ohne weitere Prüfung für befugt an, die aktuell zugrundeliegende Haftanordnung nach Erledigung aufzuheben und die vollzogene Abschiebungshaft für von Anfang an rechtswidrig zu erklären. Welcher dieser Auffassungen zu folgen ist, kann im vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben. Denn der Betroffene hat seinen Antrag, den Haftbeschluss aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der auf dem Beschluss beruhenden Freiheitsentziehung festzustellen noch während der zweiwöchigen Beschwerdefrist gegen den Beschluss des Amtsgerichts gestellt. Hätte er statt des ausdrücklich auf § 10 FEVG gestützten Antrags sofortige Beschwerde eingelegt, wäre nach den obigen Ausführungen der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der bisherigen Freiheitsentziehung kumulativ neben dem Antrag auf Haftaufhebung zulässig gewesen. Da die formelle Rechtskraft der ursprünglichen Haftanordnung noch nicht eingetreten war und somit einer Überprüfung nicht entgegen stand, ist ihm auch im Falle eines Aufhebungsantrags nach § 10 FEVG effektiver Rechts-

schutz zur gleichzeitigen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der vollzogenen Freiheitsentziehung zu gewährleisten.

Zweifelhaft könnte sein, ob bereits das Amtsgericht zuständig war, auf den Feststellungsantrag die Rechtmäßigkeit der eigenen Haftanordnung zu überprüfen. Da das Gesetz mit der Vorschrift des § 10 FEVG – abweichend von der Regelung des § 18 Abs. 2 FGG – eine Überprüfung der der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidung in der Eingangsinstanz ermöglicht, erscheint es aus Gründen der Verfahrensökonomie zweckmäßig, wenn das Amtsgericht gleichzeitig mit der Entscheidung über die Haftaufhebung auch über einen Feststellungsantrag zu befinden hat, sofern dieser – wie hier – ausdrücklich gestellt worden ist. Ist man anderer Auffassung wäre in dem Feststellungsantrag eine insoweit eingeschränkte sofortige Beschwerde gegen den ursprünglichen Beschluss zu sehen. Auch in diesem Fall wäre das Landgericht aufgerufen gewesen, über den Feststellungsantrag in der Sache zu entscheiden.

In der Sache war dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der auf dem Beschluss vom 2. Februar 2009 beruhenden Freiheitsentziehung stattzugeben. Die Anordnung erfolgte, ohne die in § 5 Abs. 3 FEVG vorgeschriebene vorherige Anordnung des nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten und war daher verfahrensfehlerbehaftet. Zwar war es zur Festnahme des Betroffenen aufgrund einer Anzeige der Ehefrau gekommen, was den Schluss auf erhebliche eheliche Konflikte und auch auf eine Trennung naheliegend erscheinen lässt, ein dauerndes Getrenntleben der Eheleute war aber nicht festgestellt worden. Die Voraussetzungen, unter denen nach der Vorschrift die vorherige Anhörung des Ehegatten unterbleiben kann, dass die Anhörung nicht ohne erhebliche Verzögerung und nicht ohne erhebliche Kosten möglich ist, waren ebenfalls nicht gegeben. Die durch die erforderliche Zuziehung eines Dolmetschers entstehenden Kosten können nicht als erheblich im Sinne der Vorschrift gewertet werden. Auch eine erhebliche Verzögerung war nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nicht anzunehmen. Zwar konnte eine Entscheidung nicht sogleich im Anhörungstermin am 2. Februar 2009 getroffen werden, da die Ehefrau nicht anwesend war und der Betroffene ausweislich des Protokolls weder ihre Telefonnummer noch den Namen seines ihn im Familienzusammenführungsverfahren vertretenden Rechtsanwalts benennen konnte, es hätte aber Namen und An-

schrift der Ehefrau von dem Betroffenen erfragt oder mit Hilfe der Ausländerakte oder einer Kopie der Anzeige der Ehefrau aus der Akte des Strafverfahrens ermittelt und die Ehefrau auf einen der nächsten Tage vor der Hauptverhandlung im Strafverfahren geladen werden können. Nach der Begründung des Antrags der Beteiligten vom 30. Januar 2009 befand sich der Betroffene seit dem 14. Januar 2009 in Untersuchungshaft und war die Hauptverhandlung auf den 11. Februar 2009 terminiert. Unter diesen Umständen war durch den kurzzeitigen Aufschub der Entscheidung über den Antrag auf Sicherungshaft zwecks Anhörung der Ehefrau die Sicherung der Abschiebung nicht gefährdet und der Beteiligten, die den Zeitpunkt der Antragstellung selbst gewählt hatte, zuzumuten.

Die Anhörung der Ehefrau war auch nicht etwa entbehrlich, weil von ihr eine Sachaufklärung zu maßgeblichen Fragen nicht zu erwarten war. Abgesehen davon, dass in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten wird, dass § 5 Abs. 3 FEVG auf die Erheblichkeit von Angaben des Ehegatten nicht abstellt (vgl. OLG Celle InfAuslR 05, 423; OLG München, Beschluss v. 18. 9. 2006, 34 Wx 113/06, zitiert nach juris), kam es hier für die Feststellung des Haftgrundes nach § 62 Abs. 2 AufenthG auf die Art und Intensität der familiären Bindungen an, unabhängig davon, ob nur der Haftgrund nach Abs. 2 Satz 1 Ziff. 5 (Sicherung der Abschiebung wegen des begründeten Verdachts, dass der Betroffene sich der Abschiebung entziehen will) oder auch der – seitens des Amtsgerichts im Aufhebungsbeschluss offen gelassene - nach Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 (Sicherung der Abschiebung bei vollziehbarer Ausreisepflicht wegen unerlaubter Einreise) einschlägig war, denn bei letzterem ist nach Satz 3 bei Glaubhaftmachung durch den Betroffenen, dass er sich der Abschiebung nicht entziehen will, von der Haft abzusehen. Auch wenn der Umstand, dass die Ehefrau durch ihre Anzeige die Inhaftierung des Betroffenen verursacht hatte, nach der Lebenserfahrung die Schlussfolgerung nahe legte, dass familiäre Bindungen, die einem Untertauchen entgegenstehen würden, nicht gegeben waren, waren Erkenntnisse in Bezug auf die Haftgründe oder die Verhältnismäßigkeit der Haft möglich. Nach allgemeiner Meinung soll die Regelung des § 5 Abs. 3 FEVG einen Mindeststandard der nach § 12 FGG gebotenen Sachaufklärung sicherstellen und gehört zu den Vorschriften, ohne deren Beachtung eine Freiheitsentziehung nicht zulässig ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 3. 6. 96, 3 Wx 191/96, zitiert nach juris; OLG München a.a.O.; OLG Celle a.a.O.).

Offen bleiben kann, ob jeder Verstoß gegen § 5 Abs. 3 FEVG - wie jeder Verstoß gegen die Pflicht nach § 5 Abs. 1 FEVG zur mündlichen Anhörung des Betroffenen selbst - die Rechtswidrigkeit begründet. Denn die Haftanordnung beruhte jedenfalls auch auf dem festgestellten Verfahrensfehler. Es kann die Möglichkeit zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass bei vorheriger Anhörung der Ehefrau anders entschieden worden wäre, wie das Ergebnis der auf den Haftaufhebungsantrag hin erfolgten Nachholung ihrer Anhörung zeigt, auch wenn sie sich wegen ihrer psychischen Instabilität zu einem früheren Zeitpunkt möglicherweise noch anders geäußert hätte und das fachärztliche Attest vom 9. Februar 2009, das ihr Krankheitsbild erläutert, noch nicht vorlag.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 16 FEVG. Diese Vorschrift regelt die Voraussetzungen, unter denen die beteiligte Behörde im Falle der Zurückweisung von Anträgen auf Freiheitsentziehungen, deren Verfahren dem FEVG unterliegen, dem Betroffenen seine notwendigen Auslagen zu erstatten hat, und ist auch für die Fortsetzungsfeststellungsverfahren in der Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeinstanz anzuwenden. Hätte das Amtsgericht den ursprünglichen Antrag der Beteiligten nach Anhörung der Ehefrau abgelehnt, so wäre eine Erstattung der Auslagen des Betroffenen gleichwohl nicht anzuordnen gewesen, weil für die Verwaltungsbehörde ein begründeter Anlass zur Antragstellung vorlag. Es ist nicht ersichtlich, dass ihr die Hintergründe der Anzeige durch die Ehefrau bekannt waren; selbst wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass die Ehefrau wegen einer psychischen Erkrankung unter Betreuung stand, hätte sie nicht annehmen müssen, dass die Ehefrau, die den Ehemann selbst bei der Polizei angezeigt hatte, die Konsequenzen nicht bedacht hatte und später seine Rückkehr dringend wünschte.

Möller

Jahnke

Cordes

Ausgefertigt

als Urkunde

