

Aus dem Asylmagazin 7–8/2024, S.272–277

Rolf Stahmann

Pflichtanwalt/Pflichtanwältin in Abschiebungssachen nach § 62d AufenthG

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Juli 2024. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das Asylmagazin erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst mit regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Es kann in einer Print- und in einer Online-Ausgabe bezogen werden. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im Asylmagazin eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Pflichtanwalt/Pflichtanwältin in Abschiebungshftsachen nach § 62d AufenthG

Inhalt

1. Einleitung
2. Haftzwecke
3. Keine anwaltliche Vertretung
4. Bestellungsverfahren
5. Dauer der Bestellung
6. Rechtsmittel
7. Kosten
8. Fazit

1. Einleitung

Dass das Abschiebungshaftrecht eine komplexe Materie sein kann, ist keine neue Erkenntnis. 2014 schrieb die ehemalige Berichterstatterin beim V. Senat des BGH, Frau Schmidt-Räntsch, in der NVwZ, dass sich 85–90 Prozent aller beim BGH entschiedenen Fälle als rechtswidrig erwiesen.¹ Rechtsanwalt Peter Fahlbusch, der bislang bundesweit über 2500 Mandantinnen und Mandanten in Abschiebungshaft vertreten hat, führt seine eigene Statistik. Er stellt anhand der gerichtlichen Entscheidungen fest, dass etwa die Hälfte der Betroffenen zu Unrecht in Haft genommen wurde, und zwar für durchschnittlich einen Monat.² Diese Anzahl hat sich im Laufe der vergangenen zwanzig Jahre nie verändert, auch dann nicht, wenn gesetzliche Regelungen gelockert oder verschärft wurden oder wenn die Rechtsprechung dem Zeitgeist folgte. Interessant ist auch, dass es keine merkliche Korrelation zwischen Abschiebungshaft und Abschiebung gibt. Obwohl das Land Berlin seit 2015 keine Haftanstalt mehr betreibt, werden von dort prozentual annähernd gleich viele Menschen abgeschoben wie aus Bayern, wo nach dem Bau einer modernen Abschiebungshaftanstalt in Hof im Jahr 2021 weitere Steuergelder in Millionenhöhe in eine neue Abschiebungshaftanstalt in Passau fließen werden. Es ist nach wie vor ein »rechtsstaatliches Desaster«.³

Wegen der Komplexität des Abschiebungsrechts fordern Fachleute seit vielen Jahren die verpflichtende Beordnung rechtsanwaltlicher Vertretung in Abschiebungshftsachen, zuletzt etwa 50 Nichtregierungsorganisationen im Jahr 2022.⁴

Im Koalitionsvertrag der Bundesregierung ist davon aber nichts zu finden. Umso überraschender wurde der neue § 62d AufenthG, der eine anwaltliche Vertretung in Fällen der Anordnung der Abschiebungshaft zwingend vorschreibt, im Rückführungsverbesserungsgesetz von 2024⁵ eingeführt, freilich offenkundig nur deswegen, weil dieses Gesetz Verschärfungen im Bereich der Abschiebungshaft enthält, die europarechtlich, menschenrechtlich und verfassungsrechtlich mehr als fragwürdig sind. Dieser Beitrag erhebt nicht den Anspruch, die Neuerungen umfassend darzustellen, sondern beschränkt sich auf die nun eingeführte Pflichtbestellung und die daraus resultierenden Fragen.

2. Haftzwecke

Abschiebungshaft ist nicht gleich Abschiebungshaft. Eine Freiheitsentziehung bedarf stets einer materiellen Rechtsgrundlage, insbesondere eines Haftgrunds. Dabei dürfen zu Lasten Betroffener weder nicht einschlägige Regelungen analog angewendet werden,⁶ noch dürfen Regelungen anderer Haftzwecke als Begründung für die Sicherungshaft herhalten.⁷ Zu erwarten wäre gewesen, dass der Gesetzgeber die verpflichtende Bestellung anwaltlicher Vertretung für alle Haftzwecke des AufenthG gleichermaßen geregelt hätte. Leider ist es nach dem Wortlaut des § 62d AufenthG nicht so.

* Der Autor ist Fachanwalt für Migrationsrecht in Berlin, Mitglied des Migrationsausschusses im Deutschen Anwaltverein, Mitherausgeber und Autor des Handbuchs »Marschner/Lesting/Stahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung« sowie Autor im »Nomos-Kommentar Ausländerrecht«.

¹ Schmidt-Räntsch, NVwZ 2014, S. 110.

² SZ, Viele Flüchtlinge sind zu Unrecht in Abschiebehaft, 16.1.2023, abrufbar unter <https://t1p.de/5i10o>.

³ So schon Beichel-Benedetti in Huber, AufenthG, 2. Aufl. 2014, vor § 62, Rn. 1.

⁴ Pro Asyl: »Gesetzeslücke endlich schließen: Menschen in Abschiebehaft brauchen einen Pflichtanwalt«, Pressemitteilung vom 12.10.2022, abrufbar unter <https://t1p.de/wzzzt>; siehe dazu auch Keßler/Mock, NJW-aktuell 50/2022, S. 15.

⁵ BGBl. I Nr. 54, 26.2.2024.

⁶ Sogenanntes »haftrechtliches Analogieverbot«, BVerfG, Beschluss vom 25.2.2009 – 2 BvR 1537/08 – asyl.net: M15386.

⁷ Sogenanntes »haftrechtliches Substitutionsverbot«, BVerfG, Beschluss vom 2.7.2008 – 2 BvR 1073/06 – asyl.net: M13673.

a. Eindeutig geregelte Fälle

§ 62d AufenthG verweist zunächst auf die in § 62 AufenthG genannten Fälle und somit auf diese Haftarten:

- Die Vorbereitungshaft (§ 62 Abs. 2 AufenthG, Haftanordnung, wenn über eine Ausweisung oder eine Abschiebungsanordnung zur Gefahrenabwehr nach § 58a AufenthG nicht sofort entschieden werden kann),
- die Sicherungshaft (§ 62 Abs. 3 AufenthG, Haftanordnung zur Sicherung der Abschiebung, z. B. bei Fluchtgefahr oder bei vollziehbarer Ausreisepflicht nach unerlaubter Einreise) sowie
- die Mitwirkungshaft (§ 62 Abs. 6 AufenthG, Haftanordnung bis zu 14 Tage bei Verweigerung von Mitwirkungshandlungen wie etwa der Vorsprache bei einer Botschaft des Herkunftslandes).

Darüber hinaus ist die anwaltliche Vertretung in zwei weiteren Fällen eindeutig geregelt:

- Ausreisegewahrsam nach § 62b AufenthG (Anordnung bis zu 28 Tage, auch wenn die Voraussetzungen der Sicherungshaft nach § 62 Abs. 3 AufenthG nicht vorliegen).
- Überstellungshaft nach der Dublin-III-Verordnung. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 14 AufenthG.

b. Unklare Fälle

Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob auch für die Zurückschiebungshaft nach § 57 AufenthG (in Fällen der Zurückschiebung in einen anderen EU-Staat oder in die Schweiz) eine anwaltliche Vertretung bestellt werden muss. Da § 57 AufenthG auf die Rechtsgründe des § 62 Abs. 3 AufenthG verweist, gelten für die Zurückschiebungshaft dieselben Voraussetzungen wie für die Sicherungshaft und es stellen sich bei beiden Haftarten dieselben Rechtsfragen. Daher ist eine Bestellungspflicht anzunehmen.⁸

Die ergänzende Vorbereitungshaft (Haftanordnung bei Personen, die trotz eines gegen sie verhängten Einreise- und Aufenthaltsverbots wieder eingereist sind und einen Asylantrag stellen) wurde in § 62c AufenthG aufgrund eines Einzelfalls eines sogenannten »Clan-Mitglieds« geschaffen. Für diesen Bereich soll § 62d AufenthG offenbar nicht gelten. Allerdings kann angenommen werden, dass in derartigen Fällen eine wahlanwaltliche Vertretung möglich ist.

⁸ So auch Kaniess, Notwendige RA/in-Beteiligung: Neuerungen 2024 (VerRückG), Zusatzmaterial zum Nomos-Rechtshandbuch (Abschiebungshaft-Buch), 4.2.2024, abrufbar bei abschiebungshaft-buch.de unter »Notwendige RA/in-Beteiligung«.

Hinsichtlich der Zurückweisungs- und Transithaft gemäß § 15 Abs. 5 und 6 AufenthG (Haftanordnung nach Zurückweisung an der Grenze bzw. am Flughafen) gibt es ebenfalls keine klare gesetzliche Regelung. Weder § 15 Abs. 5 und 6 AufenthG noch § 62d AufenthG regeln, dass in diesen Fällen eine anwaltliche Vertretung verpflichtend zu bestellen ist. In der Praxis stellt sich diese Frage insbesondere an den Binnengrenzen, an denen aktuell Grenzkontrollen eingerichtet sind, also an der deutsch-polnischen, deutsch-tschechischen und deutsch-österreichischen Grenze.⁹ Außerdem ist die Frage relevant im Anschluss an negativ verlaufende Flughafenverfahren nach § 18a AsylG oder bei Zurückweisungen an Schengen-Außengrenzen ohne Asylbezug (Flughäfen oder Seehäfen).

Zwar ergibt sich eine Bestellungspflicht tatsächlich nicht aus dem Wortlaut des § 15 AufenthG. Auch § 62d AufenthG enthält eine Bestellungspflicht für die Zurückweisungshaft nicht. Allerdings ist in der Gesetzesbegründung angeführt, dass die Bestellungspflicht deswegen geregelt wurde, weil die Rechtslage in Abschiebungshaftsachen sachlich und rechtlich schwierig ist.¹⁰ Es wäre deswegen nicht nachvollziehbar, ausgerechnet die kompliziertesten Haftzwecke von der Bestellungspflicht auszunehmen. Zudem hat der BGH entschieden, dass im Falle der Zurückweisungshaft an den Binnengrenzen die Haftgründe nach § 62 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 AufenthG zu prüfen sind.¹¹ Auch der EuGH verlangt in Binnengrenzfällen die vollständige Anwendung der Rückführungs-RL.¹² In Zurückweisungsfällen mit Bezug zur Dublin-III-Verordnung verlangt der BGH ebenfalls die Prüfung der erheblichen Fluchtgefahr nach Art. 28 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 14 AufenthG und §§ 62 Abs. 3a und 3b AufenthG.¹³ Wenn also in den Zurückweisungshaftfällen an der Binnengrenze die gleichen Prüfungen vorgenommen werden müssen wie in den Sicherungshaftfällen nach § 62 Abs. 3 AufenthG, dann ist es nicht nachvollziehbar, warum dann hierfür eine Bestellungspflicht nicht gelten sollte. Mindestens ist zu prüfen, ob eine Beiordnung über die Regelungen zur Verfahrenskostenhilfe zu erfolgen hat.¹⁴

3. Keine anwaltliche Vertretung

§ 62d AufenthG verlangt, dass eine von der Abschiebungshaft betroffene Person noch nicht anwaltlich vertreten ist. Ist das der Fall, wird für sie keine anwaltliche Vertretung

⁹ Siehe aber dazu VG München, Urteil vom 31.1.2024 – M 23 K 22.3422: Grenzkontrollen an der bayrisch-österreichischen Grenze sind rechtswidrig.

¹⁰ BR-Drs. 21/24 vom 19.1.2024.

¹¹ BGH, Beschluss vom 15.12.2020 – XIII ZB 133/19 – asyl.net: M29359.

¹² EuGH, Urteil vom 21.9.2023 – C-143/22.

¹³ BGH, Beschluss vom 15.12.2020 – XIII ZB 28/20 – juris.bundesgerichtshof.de.

¹⁴ So Kaniess, a. a. O. (Fn. 8).

bestellt. Hier stellte sich schon nach bisheriger Rechtslage die Frage nach dem Umfang einer bereits im asyl- und/oder aufenthaltsrechtlichen vorliegenden Vollmacht.

a. Bisherige Rechtslage

In ständiger Rechtsprechung hat der BGH bislang entschieden, dass eine im asyl- und/oder aufenthaltsrechtlichen Verfahren vorgelegte Vollmacht nicht für das möglicherweise spätere Freiheitsentziehungsverfahren gilt.¹⁵ Unklar war es, ob eine asyl- oder aufenthaltsrechtliche Vollmacht auch dann nicht für das Freiheitsentziehungsverfahren genügt, wenn eine solche explizit in den Vordruck aufgenommen wurde. Jedenfalls hatte das Gericht den Betroffenen einer Freiheitsentziehung in der persönlichen Anhörung zu befragen, ob er anwaltlich vertreten sei und ob die im asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Verfahren geltende Vollmacht auch für das Freiheitsentziehungsverfahren gelten solle.¹⁶

b. Jetzige Rechtslage

Wird diese Rechtsprechung konsequent fortgeführt, darf von der Bestellung einer Anwältin oder eines Anwalts nach § 62d AufenthG nicht deshalb abgesehen werden, weil die betroffene Person früher asyl- oder ausländerrechtlich anwaltlich vertreten war. Das Haftgericht wird verpflichtet sein, den Umfang des Mandatsverhältnis aufzuklären. Dazu wird es nicht nur die Betroffenen zu befragen haben, sondern auch den früheren Rechtsanwalt. Erklären beide übereinstimmend, dass das bisherige Mandatsverhältnis auch für die Abschiebungshaft gilt, scheidet eine Bestellung nach § 62d AufenthG zunächst aus.

4. Bestellungsverfahren

Gesetzlich nicht geregelt ist das Bestellungsverfahren. Die Gesetzesbegründung enthält dazu nichts.

a. Wann wird bestellt?

Unklar ist der Zeitpunkt der Bestellung. § 62d AufenthG sagt, dass eine anwaltliche Vertretung »zur richterlichen Entscheidung über die Anordnung der Abschiebungshaft« bestellt wird. Der Wortlaut der Vorschrift gibt für eine Ausnahme von der Bestellungsspflicht ebenso wenig her wie die Gesetzesbegründung. Dies spricht also dafür, dass anwaltliche Vertretung sichergestellt werden muss,

bevor das Gericht über den Haftantrag entscheidet. Im Gesetzgebungsverfahren wurde allerdings seitens der CDU und der AFD geäußert, durch die vorherige Bestellung des Anwalts vor dem Haftbeschluss würde die betroffene Person über die drohende Haft informiert und dann gerade untertauchen.¹⁷ Richtig ist, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte standesrechtlich verpflichtet sind, im Mandatsverhältnis wesentliche Vorgänge dem Mandanten mitzuteilen.¹⁸ In der Aussprache im Bundestag erklärte die Koalition, es sei gesetzlich nach § 427 Abs. 3 FamFG möglich, Betroffene in Haft zu nehmen, ohne vorher einen Anwalt zu bestellen.¹⁹ Um dies zu veranschaulichen, bedarf es hier weiter ausholender Ausführungen:

(1) Spontanfestnahme

Grundsätzlich bedarf es gemäß Art. 104 Abs. 2 GG für jede Freiheitsentziehung eines vorherigen richterlichen Haftbeschlusses. Im Falle einer sogenannten Spontanfestnahme, d. h. in dem Fall, dass ausreisepflichtige Betroffene ohne Papiere aufgegriffen werden, kann ein richterlicher Beschluss natürlich nicht vor dem Aufgriff eingeholt werden. Gleichwohl dürfen die Betroffenen nach Maßgabe des § 62 Abs. 5 AufenthG festgehalten werden. Der richterliche Haftbeschluss ist dann unverzüglich nachzuholen. Haftbeschlüsse setzen einen Antrag der Ausländerbehörde voraus (§ 417 FamFG). Auch ein solcher kann vor der spontanen Festnahme nicht gestellt werden. Häufig fehlt es auch an sonstigen materiellen oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für einen Haftbeschluss in der Hauptsache. Das kann auch der Fall sein, wenn nicht sofort Pflichtanwältinnen und Pflichtanwälte nach § 62d AufenthG gefunden werden.

Das Haftgericht darf dann auf entsprechenden Antrag der Ausländerbehörde und unter der Voraussetzung, dass eine vollziehbare Ausreisepflicht besteht und Haftgründe, z. B. Fluchtgefahr, vorliegen, nur eine einstweilige Haftanordnung beschließen, bis die materiellen oder formellen Mängel behoben werden können.²⁰

In diesen Fällen wird das Verfahren unstreitig sein und wie folgt ablaufen: Wird eine vollziehbar ausreisepflichtige Person spontan aufgegriffen und liegt Fluchtgefahr vor, wird die Ausländerbehörde beim Haftgericht einen Haftantrag stellen. Das Haftgericht bestellt dann eine anwaltliche Vertretung nach § 62d AufenthG und lädt diese kurzfristig zur Anhörung. Das Gericht kann dann einen Haftbeschluss erlassen, der – beispielsweise in den Fällen, in denen kurzfristig keine anwaltliche Vertretung gefunden wurde – gegebenenfalls nur als einstweilige Haftanordnung ergeht. Eine solche einstweilige Haftanordnung

¹⁷ BT-Plenarprotokoll 20/147 vom 18.1.2024, S. 18725 ff.

¹⁸ § 11 BORA.

¹⁹ BT-Plenarprotokoll 20/147 vom 18.1.2024, S. 18725 ff.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 9.2.2012 – 2 BvR 1064/10 – asyl.net: M30479.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 28.2.2023 – XIII ZB 70/21 – asyl.net: M31428.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 22.2.2022 – XIII ZB 74/20 – asyl.net: M30748.

ist bis zu sechs Wochen zulässig, wobei ihre Wirksamkeit sofort beendet werden muss, sobald eine Hauptsacheentscheidung möglich ist.

(2) Planbare Festnahmen

Die von der Opposition angesprochene Problematik, dass sich Betroffene bei Bestellung einer anwaltlichen Vertretung der Abschiebung entziehen würden, betrifft nicht die vorgenannten Spontanfestnahmen, sondern geplante Festnahmen, also Fälle, in denen eine vollziehbar ausreisepflichtige Person abgeschoben oder überstellt werden und zur Sicherung dieses Zwecks vorher in Haft genommen werden soll. Geplante Festnahmen sind nicht nur solche, bei denen die Ausländerbehörde die Festnahme tatsächlich geplant hat, sondern auch solche, bei denen die Festnahme planbar ist.²¹ Für geplante oder planbare Festnahmen ist stets ein vorheriger richterlicher Beschluss erforderlich. Die Ausländerbehörden sind in diesen Fällen nicht befugt, Personen festzunehmen, ohne dass ein richterlicher Beschluss dies erlauben würde.²² Das bedeutet, dass die Ausländerbehörde in einem derartigen Fall vor der Festnahme einen Haftantrag beim zuständigen Haftgericht einreichen muss und dieses dann grundsätzlich eine Pflichtanwältin oder ein Pflichtanwalt nach § 62d AufenthG bestellen und den Betroffenen persönlich nach § 420 FamFG anhören muss.

§ 427 Abs. 2 und 3 FamFG sehen allerdings zwei Fälle vor, in denen das Haftgericht von einer vorherigen persönlichen Anhörung absehen darf. § 427 Abs. 2 FamFG erlaubt dies bei »Gefahr im Verzug«, die aber bei planbaren Festnahmen regelmäßig nicht vorliegt. § 427 Abs. 3 FamFG erlaubt zudem die richterliche Entscheidung ohne Anhörung, wenn diese den Zweck der Abschiebungshaft gefährden würden.

Fraglich ist deswegen, ob § 427 Abs. 3 FamFG einen richterlichen Beschluss ermöglicht, wonach ausreisepflichtige Personen zum Zweck der Abschiebungshaft festgenommen werden dürfen, ohne vorher eine Pflichtanwältin oder einen Pflichtanwalt zu bestellen. Die Bundesregierung hat dies bejaht.²³ Dies muss im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift allerdings verneint werden, denn die Regelung umfasst nur den Verzicht auf die persönliche Anhörung des Betroffenen, nicht aber den Verzicht auf die Bestellung von Pflichtanwältinnen und Pflichtanwälten nach § 62d AufenthG.

Sofern die Auffassung vertreten werden sollte, durch die Bestellung von Pflichtanwältinnen und Pflichtanwälten und deren aus dem Standesrecht begründeten Informationspflicht läge eine Gefährdung des Haftzwecks vor, weswegen § 427 Abs. 3 FamFG auch die Anwaltsbestellung

einschließe, wird jedenfalls zu prüfen sein, ob eine solche Gefährdung des Haftzwecks auch im konkreten Einzelfall droht. Es ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine betroffene Person sich dem Haftverfahren unterzieht, auch wenn sie weiß, dass Abschiebungshaft droht. Schon der Begriff der »Gefahr im Verzug« nach § 427 Abs. 2 FamFG setzt stets eine Einzelfallprüfung voraus, nichts anderes kann bei der Zweckgefährdung nach § 427 Abs. 3 FamFG gelten. Eine entsprechende Prüfung im Rahmen des § 427 Abs. 3 FamFG wird – wenn auch schwierig – ohne persönliche Anhörung möglich sein, denn gemäß § 417 FamFG hat die Behörde im Haftantrag umfangreich vorzutragen, insbesondere zu den Haftgründen im konkreten Einzelfall. Die Behörde ist zudem gemäß § 417 Abs. 3 FamFG verpflichtet, mit dem Haftantrag die Ausländerakte vorzulegen. Das Gericht hat gegebenenfalls auch die Asylakte beizuziehen. Ergeben sich aus dem Antrag der Ausländerbehörde und den vorgelegten und beigezogenen Akten eher nur geringe Ansatzpunkte für die Annahme einer Fluchtgefahr oder wird nur Ausreisegewahrsam beantragt, der eine Fluchtgefahr nicht verlangt, so wird das Haftgericht eine Zweckgefährdung ablehnen müssen und die anwaltliche Vertretung sicherzustellen haben.

b. Wie wird bestellt?

Ungeregelt ist auch das Bestellungsverfahren. Die Gesetzgebung hat ausweislich der Gesetzesbegründung die Vorstellung, dass die BRAK eine Liste fachkundiger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte aufstellt, aus der eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt ausgewählt wird. Wohl zu Recht hat die BRAK keine der Fachanwaltsordnung (FAO) entsprechenden Rechtsgrundlage für die Prüfung der Fachkunde gesehen. Sie hat die Aufstellung von Listen den örtlichen Rechtsanwaltskammern überlassen. Sinnvoll wäre es aber, entsprechend dem Listenverfahren zu verfahren. Insofern Interessierte können sich bei der BRAK registrieren und werden dann auf der Website der BRAK veröffentlicht. Zum Teil haben die örtlichen Rechtsanwaltskammern bereits Listen erstellt. Vorbildlich ist die RAK Freiburg, auf deren Website interessierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte eingetragen sind und bei Abruf der Liste die Reihenfolge der Anwältinnen und Anwälte sich ändert.

Es würde aber die Rechte der Betroffenen möglicherweise verkürzen, wenn ihnen einfach irgendeine Listenanwältin oder Listenanwalt bestellt werden würde. Das Bestellungsverfahren wird, da es gesetzlich nicht geregelt ist, entsprechend anderer Verfahrensordnungen erfolgen müssen. § 142 StPO²⁴ sieht vor, dass vor Bestellung einer

²¹ BVerfG, Beschluss vom 10.2.2022 – 2 BvR 2247/19 – asyl.net: M30479.

²² BGH, Beschluss vom 1.7.1993 – V ZB 19/93.

²³ BT-Plenarprotokoll 20/147 vom 18.1.2024, S. 18725 ff.

²⁴ Für eine analoge Anwendung der §§ 141 ff. StPO spricht sich auch Kaniess aus, a. a. O. (Fn. 8).

Pflichtverteidigung die betroffene Person zunächst dazu zu befragen ist, ob sie diesbezüglich selbst eine bestimmte Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt wünscht. So wird das Gericht die Betroffenen befragen müssen, ob z. B. die anwaltliche Vertretung bestellt werden soll, die schon im asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Verfahren bevollmächtigt war. § 142 Abs. 5 StPO sieht eine Überlegungsfrist vor, sodass das Gericht gegebenenfalls nur eine einstweilige Haftanordnung beschließen darf. Erst wenn Betroffene keinen Wunsch äußern, wird das Gericht auf das Listenverfahren zurückgreifen dürfen. Wird dieses Verfahren nicht befolgt, kann dies den Verdacht der Befangenheit des Gerichts hervorrufen.²⁵ Zudem kann auch ein Verstoß gegen den Anspruch auf faires Verfahren vorliegen.²⁶

c. Wechsel möglich?

Wird der betroffenen Person eine anwaltliche Vertretung bestellt, die von dieser unerwünscht oder offensichtlich fachunkundig ist, stellt sich die Frage des Auswechslens der bestellten Rechtsanwältin oder des bestellten Rechtsanwalts. Erfolgt die Bestellung der Rechtsanwältinnen oder der Rechtsanwälte gegen den ausgesprochenen Willen der betroffenen Person und benennt sie eine andere anwaltliche Vertretung, so wird das Auswechseln zulässig sein. Das gleiche gilt, wenn die bisher bestellte anwaltliche Vertretung keine Einwände gegen den Wechsel hat oder das Mandat niederlegt. Dann ist die Wunschanwältin oder der Wunschanwalt gemäß § 143a StPO analog zu bestellen.²⁷

5. Dauer der Bestellung

§ 62d AufenthG regelt die Bestellung einer anwaltlichen Vertretung »für die Dauer des Verfahrens«. Über die Bedeutung dieser Formulierung schweigt sowohl das Gesetz als auch die Gesetzesbegründung.

a. Rechtsmittelverfahren

Das Haftanordnungsverfahren umfasst auch das Rechtsmittel der Beschwerde, da in der Beschwerde eine vollständige Sach- und Rechtsprüfung erfolgt.²⁸ Auch nach Haftentlassung oder Abschiebung erledigt sich die Beschwerde nicht.²⁹ Andernfalls wäre der Anspruch auf

nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung im Falle der Abschiebung³⁰ nicht möglich. Daher muss die Bestellung auch über das Ende der Freiheitsentziehung hinaus wirksam bleiben, solange das Feststellungsverfahren rechtshängig ist.

Unklar ist, ob die Bestellung einer anwaltlichen Vertretung auch für mögliche Rechtsbeschwerden beim BGH fortgilt. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass die Bestellung wegen der Komplexität des Abschiebungshaftrechts erfolgen soll. Diese entfällt nicht im Rechtsbeschwerdeverfahren, weswegen auch für dieses eine anwaltliche Vertretung zu bestellen ist. Zudem ist das Rechtsbeschwerdeverfahren Teil des Instanzenzugs, weswegen auch hier die Rechtmäßigkeit der Haftanordnung geprüft wird, wenn auch nur beschränkt auf Rechtsfehler.

b. Haftverlängerung

Die Bestellung anlässlich der erstmaligen Haftanordnung gilt nicht für ein Haftverlängerungsverfahren, denn dieses ist ein eigenständiges Verfahren (§ 425 Abs. 3 FamFG). Für das Haftverlängerungsverfahren ist daher erneut eine Pflichtanwältin oder ein Pflichtanwalt zu bestellen.³¹ Dabei kann es sich um die bereits im vorherigen Anordnungsverfahren bestellte anwaltliche Vertretung handeln. Auch hier ist das gleiche Verfahren anzuwenden wie bei der erstmaligen Haftanordnung. Dabei ist die Maßgabe zu beachten, dass Verlängerungshaftanträge regelmäßig so zeitig gestellt werden müssen, dass ein Verlängerungsbeschluss einschließlich der Anwaltsbestellung noch vor dem Ende der noch laufenden Haftzeit erfolgen kann. Bei verspäteten Haftverlängerungsanträgen der Ausländerbehörden wird der Erlass einer einstweiligen Haftverlängerungsanordnung regelmäßig unzulässig sein.³²

c. Haftaufhebung

Unklar ist, ob die Bestellung von Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälten auch über den Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des Haftbeschlusses hinauswirkt. Ist ein Haftbeschluss rechtskräftig, der Haftzeitraum aber nicht abgelaufen, darf die betroffene Person jederzeit einen Haftaufhebungsantrag nach § 426 Abs. 2 FamFG stellen. Weder ist dafür Voraussetzung, dass eine neue Sach- oder Rechtslage vorliegt, noch gibt es für derartige Anträge Fristen oder Ausschlussregelungen. Das Haftaufhebungsverfahren ist allerdings kein Teil des Anordnungsverfahrens, sondern ein eigenständiges Verfahren. Meiner Auffassung nach

²⁵ OLG Dresden, Beschluss vom 17.7.2009 – 1 Ss 347/09.

²⁶ BGH, Beschluss vom 25.10.2000 – 5 StR 408/00.

²⁷ LG Augsburg, Beschluss vom 15.4.2024 – 51 T 918/24e; Kaniess, a. a. O. (Fn. 8).

²⁸ LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 13.5.2024 – 2-12 T 84/24.

²⁹ Ebd.

³⁰ Siehe zum Fortsetzungsfeststellungsanspruch BVerfG, Beschluss vom 5.12.2001 – 2 BvR 527/99.

³¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 22.8.2019 – V ZB 39/19 zur fehlenden Fortgeltung der Vollmacht für das Verlängerungsverfahren.

³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.1996 – 3 Wx 1/96.

gilt die Bestellung der Pflichtanwältinnen oder Pflichtanwälte bis zum Ende des beschlossenen Haftzeitraums, denn sowohl die Ausländerbehörde als Herrin des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens als auch das Haftgericht haben auch nach formeller Rechtskraft des Haftbeschlusses darüber zu wachen, ob die Voraussetzungen der Haft weiter vorliegen. Es wäre systemwidrig, die Bestellung mit der formellen Rechtskraft des Haftbeschlusses enden zu lassen. Konsequenterweise dürfen bestellte Pflichtanwältinnen und Pflichtanwälte dann auch Haftaufhebungsanträge stellen.³³

6. Rechtsmittel

Fehler im Bestellungsverfahren können auf unterschiedliche Weise geltend gemacht werden.

a. Fehlende Bestellung

In den Fällen, in denen das Gericht vollständig – sei es irrtümlich oder sei es bewusst – von einer Bestellung absieht, ohne darüber durch einen Beschluss zu entscheiden, kann dies als Verstoß gegen den Anspruch auf ein »faïres Verfahren« im Beschwerdeverfahren gegen den Haftbeschluss gerügt werden. Ist der Haftzeitraum durch Haftentlassung oder Abschiebung erledigt, kann und sollte die Beschwerde auf die Fortsetzungsfeststellung analog § 62 FamFG umgestellt werden.³⁴ Im Falle der Abschiebung bedarf es nicht der Mitteilung einer ladungsfähigen Anschrift.³⁵

b. Ablehnung der Bestellung

Wird die Bestellung von Pflichtanwältinnen und Pflichtanwälten durch richterlichen Beschluss abgelehnt, z. B., weil angeblich bereits eine wahlanwaltliche Vertretung vorliegt, ist die sofortige Beschwerde zulässig. Hier kann einerseits § 143a StPO analog zur Pflichtverteidigerbestellung Anwendung finden³⁶ oder § 78 FamFG analog, was sachnäher erscheint.³⁷ Wenn diese Rechtsmittel nicht eingelegt werden, wird wegen des Subsidiaritätsprinzips fraglich sein, ob der Einwand des Verstoßes gegen den Anspruch auf »faïres Verfahren« noch erhoben werden darf.

³³ So im Ergebnis auch LG Hamburg, Beschluss vom 3.4.2024 und 8.4.2024 – 329 T 13/24.

³⁴ Siehe BVerfG, Beschluss vom 5.12.2001 – 2 BvR 527/99; BGH, Beschluss vom 31.5.2021 – V ZB 83/10; st. Rspr.

³⁵ BGH, Beschluss vom 5.3.2024 – XIII ZB 75/22; st. Rspr.

³⁶ So LG Bremen, Beschluss vom 8.4.2024 – 10 T 81/24.

³⁷ LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 27.3.2024 – 2-12 T 38/24.

c. Ablehnung des Wechsels

Schließlich ist unklar, ob die Ablehnung eines gewünschten Wechsels der anwaltlichen Vertretung mit Rechtsmitteln angreifbar ist. Hier ist zunächst daran zu denken, dass der Beschluss, mit dem ungewünschte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte beigeordnet werden, angreifbar ist.

7. Kosten

Die Rechtsanwaltskosten sind in Ziffer 6300 ff. VV zum RVG geregelt. Die Vorschrift gilt ausdrücklich auch für bestellte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Es gibt eine Festgebühr in Höhe von 224,00 € im Falle der Erstanordnung für die Vertretung im Verfahren sowie nochmals 224,00 € für die Teilnahme im Anhörungstermin. Zu beachten ist, dass einstweilige Haftanordnungen und Hauptsacheverfahren jeweils eigenständige Verfahren sind (§ 17 Nr. 4 RVG).³⁸ Für sonstige Verfahren (Verlängerungsverfahren und Aufhebungsverfahren) gelten nicht die Ziffern 6300 und 6301, sondern die Ziffern 6302 und 6303. Diese sehen eine Festgebühr von 141,00 € vor. Gegebenenfalls kann bei erstmaliger Bestellung im Verlängerungsverfahren wegen der erforderlichen Einarbeitung beim zuständigen Oberlandesgericht eine Pauschgebühr gemäß § 51 Abs. 1 RVG beantragt werden.

Obsiegt der bestellte Pflichtanwalt im Beschwerdeverfahren, kann er die Wahlanwaltsgebühren im eigenen Namen geltend machen. Dies ergibt sich aus §§ 76 FamFG, 126 ZPO analog. Eine Aufrechnung mit anderweitigen Schulden des Betroffenen ist dann unzulässig.

Für eine Erstattungspflicht dieser Gebühren durch den Betroffenen ist eine Rechtsgrundlage nicht ersichtlich. Strafprozessuale Vorschriften dürfen wegen des haftrechtlichen Analogieverbots allenfalls zu seinen Gunsten analog angewendet werden, nicht aber zu seinen Lasten

8. Fazit

Natürlich ist die Regelung des § 62d AufenthG für Betroffene einer Abschiebungshaft im Hinblick auf die Verschärfungen des Haftrechts zu begrüßen. Leider hat der Gesetzgeber aber einige Fragestellungen offengelassen. Dass es insbesondere ausgerechnet für die komplizierteste Haftform, die Zurückweisungshaft, keine Anwaltsbestellung geben soll, ist misslich und mit dem Gesetzeszweck nicht in Einklang zu bringen. Sofern diese Lücke nicht durch die Haftgerichte geschlossen wird, besteht hierzu dringender Nachbesserungsbedarf.

³⁸ Vgl. auch BGH, Beschluss vom 30.1.2024 – XIII ZB 4/22.

Unsere Angebote



Asylmagazin – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge für die Beratungs- und Entscheidungspraxis
- Rechtsprechungsübersichten
- Aktuelle Gerichtsentscheidungen
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise, Buchbesprechungen

Print- und Online-Ausgaben (regelmäßig neun Ausgaben im Jahr) im Abonnement beziehbar bei menschenrechte.ariadne.de



www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



familie.asyl.net

- Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.
- Nachzug von außerhalb Europas
 - »Dublin-Familienzusammenführung«
 - Laufend aktualisierte Fachinformationen



basiswissen.asyl.net

- Informationen für Schutzsuchende und Engagierte:
- »Wissen kompakt«: Erstinformationen und Materialien
 - Materialien in verschiedenen Sprachen



adressen.asyl.net

- Adressdatenbank mit
- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
 - Weitere Adressen und Links



Aktuelle Publikationen

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen«



www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.