

## C. Rechtsräume: Das Flüchtlingslager im deutschen Rechtsstaat

Ziel des letzten Kapitels war es, die verschiedenen *Rechtsträume* über das moderne Recht zu entzaubern und vor dem Hintergrund der Komplexität des Rechts der Rechtswirklichkeit die Methodologie und Methode der empirischen Forschung der Studie zu erörtern. Es war maßgeblich von der Frage geleitet, welche Fallstricke in diesen (Alb-) Träumen über das Recht liegen und wie ein Recht der Rechtswirklichkeit stattdessen konzipiert werden kann. Dieses Kapitel wird sich nun jenseits von Fiktionen oder Bildern der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte widmen und damit den *Rechtsräumen*. Es will die Frage beantworten, wie der rechtliche Raum der deutschen Flüchtlingsunterbringung gestaltet wird. Dabei folgt die Studie drei Ebenen des Rechts: rechtliche Konstruktion, Rechtsanwendung und Anfechtungen des Rechts. Auf der ersten Ebene wird sie sich den Kollisionen der Rationalitäten widmen, auf der zweiten Ebene den Paradoxien und auf der dritten Ebene den Transformationen. Die Untersuchung der vorliegenden Studie beginnt also mit der Suche nach den für das Recht der deutschen Flüchtlingsunterbringung relevanten rechtlichen Rationalitäten. Im Laufe dieses ersten Schritts wird sich zeigen, dass die rechtliche Regulierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung maßgeblich von drei unterschiedlichen Rationalitäten geprägt ist: Es konkurrieren dabei ordnungsrechtliche Souveränitätskonzepte mit sozialstaatlichen Gewährleistungsrechten und der europarechtlichen Integration im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (Kapitel II). Zugleich ist der Raum der Flüchtlingslager mit marktwirtschaftlichen Rationalitäten verknüpft, die sich primär auf der Ebene der Anwendung des Rechts und den Verwaltungspraxen zeigen: Neben die zunehmende Privatisierung staatlicher Aufgaben tritt die Umstrukturierung der deutschen Verwaltung, die weniger ordnend, sondern steuernd agiert. Die Kombination dieser Verwaltungspraxen mit der ordnungspolitischen Rationalität führt zu den bereits erwähnten Paradoxien für die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte (Kapitel III). Schließlich wird der Raum der Flüchtlingsunterbringung auch maßgeblich durch die Anfechtungen des Rechts durch die Bewohnerinnen und Bewohner selbst und ihrer Netzwerke beeinflusst. Auch hier zeigt sich jedoch, dass rechtliche Erfolge nicht notwendigerweise zu wirksamen Veränderungen in der Rechtswirklichkeit führen. Transformationen des Rechts sind dennoch möglich (Kapitel IV). Der Einfluss dieser unterschiedlichen Rationalitäten lässt sich auch rechtshistorisch für die Regelung von Flüchtlingsunterkünften im Nachkriegsdeutschland nachzeichnen. Um zu verstehen, wie

es zur heutigen rechtlichen Regelung kam, werden zunächst deren historische Vorläufer im Fokus stehen (Kapitel I). Der Blick auf rechtshistorische Schlaglichter der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung in der BRD und nach der Wiedervereinigung zeigt nicht zuletzt, dass diese stets von den Bewohnerinnen und Bewohnern der Lager angefochten wurde.

## I. Rechtshistorische Schlaglichter: Die gesetzliche Wohnverpflichtung nach 1945

So wie die Rationalitäten des Rechts historisch grundsätzlich kontingent sind, ist dies auch die rechtsstaatliche Regulierung von Migration durch Wohnungspolitiken für Migrierende. Die heutige rechtliche Konstruktion des deutschen Flüchtlingslagers entspringt dabei einer sich wandelnden rechtlichen Regulierung von Migration nach dem Zweiten Weltkrieg. Dabei wurde die Aufnahme von Geflüchteten ab den 50er Jahren mit Gesetzen und Verordnungen rechtlich reguliert. Aber erst im Zuge des Anwerbestopps der 1970er Jahre, der Anti-Asyl-Kampagnen sowie der Fokussierung auf »unerwünschten Asylmissbrauch« entwickelte sich die rechtliche Pflicht für Asylsuchende, in Gemeinschaftsunterkünften zu wohnen. Diese wurde 1982 das erste Mal bundesweit gesetzlich verankert. Das damals neu eingeführte Asylverfahrensgesetz<sup>1</sup> besagte in § 23: »Ausländer, die einen Asylantrag gestellt haben, sollen in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden«. Auch wenn der Begriff Gemeinschaftsunterkunft im Migrationsrecht eine Neuheit darstellte, war er als Begriff für die Unterbringung insbesondere von Gastarbeitern bereits bekannt. Das »Soll« des § 23 AsylVfG aus dem Jahr 1982 hat sich inzwischen zu einem umfassenden »Muss«, in Erstaufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünften und Ausreisezentren zu wohnen, entwickelt. Im Folgenden werden rechtshistorische Schlaglichter auf die gesetzliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung geworfen. Sie zeigen die Verwobenheit der heutigen gesetzlichen Wohnpflicht für Geflüchtete mit der Geschichte der Gastarbeiter, mit ökonomischen Interessen deutscher Unternehmen, mit den Interessensunterschieden zwischen Bund und Ländern im föderalen Rechtsstaat sowie dem starken Einfluss ausländerfeindlicher Überfremdungsängste auf die Entstehung der heutigen gesetzlichen Wohnpflicht.

<sup>1</sup> Gesetz über das Asylverfahren vom 16.07.1982, BGBl I Nr. 25 1982, S. 950.

## 1. Die Nachkriegszeit: Grenzdurchgangs-, Auffang- und DP-Lager

Die Lagergeschichte der deutschen Nachkriegszeit ist von einer Fülle »sprachlicher Wucherungen« um den Begriff des Lagers geprägt, die das von »Elend, Erniedrigung und Tod« geprägte Bild des Lagers hinter sich lassen sollten.<sup>2</sup> Große zentrale Grenzdurchgangs- und Auffanglager stellten den ersten Anlaufpunkt für Millionen von Menschen dar: Menschen, die zum einen während des Krieges zwangsverschleppt worden waren und nun zurückkehrten (sogenannte Displaced Persons), und sogenannte Heimatvertriebene.<sup>3</sup> Diese Grenzdurchgangslager bestanden zumeist aus Baracken und hatten in vielen Fällen eine »Vorgeschichte« als Zwangsarbeits- oder Konzentrationslager.<sup>4</sup> Aber auch Schulen, Fabrikhallen, Bunker und Schuppen wurden als Flüchtlingslager eingerichtet; oftmals als provisorische Zwischenlager gedacht, wurden sie in vielen Fällen zu dauerhaften Wohnlagern.<sup>5</sup> In den Lagern für Displaced Persons lebten staatenlose Nicht-Deutsche; sie wurden zunächst von der United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRAA) und später dann von ihrer Nachfolgeorganisation, der International Refugee Organisation (IRO), zusammen mit den Militärregierungen der Alliierten

<sup>2</sup> Beer, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 49ff. Der Begriff des Lagers wird so auch in den Geschichtswissenschaften als schwer zu definieren umrissen, da eine Vielzahl von Phänomenen darunter gezählt werden, Kramer, in: Welt der Lager (2013), S. 8f. Generell wird ›das Lager‹ dabei in den Geschichtswissenschaften wohl nicht als modernes Signum im Sinne eines Nomos der Moderne positioniert, Kramer, in: Welt der Lager (2013), S. 16. Unumstritten sind jedoch Baracken eine der zentralen architektonischen Charakteristika vieler Lager, eine moderne Erscheinung, die sich erst im Zuge der fortschreitenden Industrialisierung entwickeln konnte, Doßmann *et al.*, in: Auszug aus dem Lager (2007), S. 223ff.

<sup>3</sup> Beer, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 51.

<sup>4</sup> Beer, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 52; Laak, Einrichten im Übergang (2017), S. 31f.

<sup>5</sup> Beer, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 53. So etwa im Falle des Aufnahmelaers Gießen im Meisenbornweg: »Mitte August 1949 verkündete die *Gießener Freie Presse* die bevorstehende Auflösung des Flüchtlingslagers Gießen. Nur 14 Tage später musste das gleiche Organ die Meldung zurückziehen und stattdessen bekanntgeben, dass das Lager ab dem 1. September 1949 als US-Zonenlager für SBZ-Flüchtlinge fungieren würde«. Laak, Einrichten im Übergang (2017), S. 67. Das Aufnahmelaer wurde bis 2018 als Geflüchtetenunterkunft genutzt, Winter, Visitenkarte für gelebte Demokratie und Freiheit, FAZ vom 25.05.2021.

verwaltet.<sup>6</sup> Die deutsche Verwaltung war je nach Besetzungszone hingegen für die Aufnahme und Unterbringung von Deutschen aus den ehemaligen Ostgebieten in unterschiedlichem Maße verantwortlich:

Anders als in der amerikanischen Zone, in der sich – bedingt durch die bereits im Oktober 1945 gebildeten deutschen Länderregierungen – bald ein weit größeres Mitspracherecht und eine größere Eigenverantwortlichkeit deutscher Stellen in Flüchtlingsfragen entwickelte, behielt sich die britische Militärregierung in ihrer Zone die letzten Entscheidungen allen die Flüchtlinge betreffende Belange vor.<sup>7</sup>

Mit der verstärkten Flucht aus Osteuropa Anfang der 1950er Jahre wurden neue Notaufnahmehäuser in der Bundesrepublik gebaut, von denen die größten in Gießen, Uelzen und Marienfelde lagen.<sup>8</sup> Um insbesondere den Zuzug aus der sowjetischen Besetzungszone zu beschränken und zu lenken,<sup>9</sup> wurde 1950 das Notaufnahmegerichtsgesetz<sup>10</sup> verabschiedet. Dieses sah eine Unterbringung in zentralen Notaufnahmehäusern vor, die aber nicht zwingend war.<sup>11</sup> Vielmehr erklärte sich die Regierung in den Verordnungen zur Durchführung des Notaufnahmegerichtsgesetzes als verpflichtet, Unterkünfte für die steigende Zahl der Flüchtlinge zur Verfügung zu stellen.<sup>12</sup> Geflüchtete sollten sich dabei nach § 2 Notaufnahmegerichtsgesetz in einem Notaufnahmehaus<sup>13</sup> melden und dortbleiben, bis ihr Aufnahmeverfah-

6 *Laak*, Einrichten im Übergang (2017), S. 32f., 46; *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 54.

7 *Carstens*, Die Flüchtlingslager der Stadt Kiel (1992), S. 10.

8 *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 54f. Eine ausführliche Aufarbeitung der Geschichte des Notaufnahmehäuses Gießen findet sich bei *Laak*, Einrichten im Übergang (2017).

9 BT-Drucks. 1/2959, Bericht über Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 27.12.1951, S. 2; *Laak*, Einrichten im Übergang (2017), S. 17f.

10 Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 22.08.1950, BGBl I Nr. 36 1950, S. 367.

11 BT-Drucks. 1/2959, Bericht über Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 27.12.1951, S. 4.

12 Verordnung über die vorläufige Unterbringung von Flüchtlingen aus der sowjetisch besetzten Zone und dem sowjetisch besetzten Sektor von Berlin vom 12.08.1952, BGBl I Nr. 32 1952, S. 413.

13 Dass die Bezeichnung der Aufnahmehäuser als »Lager« im Notaufnahmegerichtsgesetz dem Selbstbild der Unterkunftsverwaltungen widersprach, zeigte van Laak mit Verweis auf den Umbau des Notaufnahmehäuses Gießen 1960: »Hatten bis dahin hauptsächlich Baracken und andere Behelfsunterkünfte die äußere Wahrnehmung solcher Provisorien geprägt, so erinnerten die drei- bis fünfstöckigen Gebäude eher an eine Hochhaussiedlung, denn an ein Lager. Dies war durchaus gewollt, denn die hessische Landesregierung

ren beendet war. Verletzungen dieser Meldepflicht wurden jedoch nicht unter Strafe gestellt. Nach § 5 Notaufnahmegesetz konnte die Regierung den ersten Wohnsitz der Aufgenommenen bestimmen. Diese rechtlich festgelegte Verteilung von Flüchtlingen auf die Bundesländer lässt sich auch in dem 1953 verabschiedeten Gesetz über die Angelegenheiten von Vertriebenen und Flüchtlingen (Bundesvertriebenengesetz)<sup>14</sup> finden. Dieses nennt in § 26 die mögliche Umsiedlung von Flüchtlingen zur Entlastung einzelner überbelasteter Bundesländer. Die Teilnahme an der Umsiedlung sollte nach § 27 Bundesvertriebenengesetz jedoch »freiwillig« stattfinden.

Die Flüchtlingslager der frühen Nachkriegszeit waren bereits der Kritik ausgesetzt, eine desintegrierende Funktion auszuüben und die Bewohner schlechten Lebensbedingungen auszusetzen.<sup>15</sup> Dies galt insbesondere für sogenannte »Illegalen«,<sup>16</sup> die in eigenen Lagern untergebracht wurden und einen schlechteren rechtlichen Status hatten.<sup>17</sup> Zur Verbesserung der Lebensverhältnisse der Vertriebenen und Geflüchteten erließ die Bundesregierung der BRD deshalb schon bald nach Kriegsende mehrere Verordnungen zur Umsiedlung von Flüchtlingen sowie 1951 das Umsiedlungsgesetz,<sup>18</sup> das sozialen Wohnungsraum zur Verfügung stellen und die Lager zum Großteil auflösen sollte.

störte sich nicht nur an den Baracken, sondern auch an der Bezeichnung ›Lager‹. [...] Doch eine Umbenennung gestaltete sich schwierig, weil die Bezeichnung ›Lager‹ im Notaufnahmegesetz festgeschrieben war«, Laak, Einrichten im Übergang (2017), S. 113.

<sup>14</sup> Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) vom 19.05.1953, BGBl I Nr. 22 1953, S. 201.

<sup>15</sup> Beer, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 66ff; Carstens, Die Flüchtlingslager der Stadt Kiel (1992), S. 13.

<sup>16</sup> Als »Illegalen« wurden staatenlose Flüchtlinge bezeichnet, z.T. auch Flüchtlinge, die einen Pass besaßen, der in Deutschland nicht gültig war: »Die Rechtsstellung der sogenannten Illegalen ist unterschiedlich. Sie haben überall da eine geminderte Rechtsstellung, wo die Geltendmachung von Rechten oder Ansprüchen an eine befugte Wohnsitznahme geknüpft ist. Sie werden infolgedessen nicht als Wohnungssuchende in die Wohnungslisten eingetragen. Sie erhalten keine Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz und dem Gesetz zu Artikel 131 GG und, soweit sie Vertriebene sind, keinen Vertriebenen-(Flüchtlings-)ausweis«, BT-Drucks. 1/2959, Bericht über Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 27.12.1951, S. 4. Vgl. auch Bayerischer Landtag, Stenographischer Bericht der 155. Sitzung vom 17.07.1953, S. 1827f.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 1/2959, Bericht über Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 27.12.1951, S. 4.

<sup>18</sup> Gesetz zur Umsiedlung von Heimatvertriebenen aus den Ländern Bayern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein vom 22.05.1951, BGBl I Nr. 24 1951, S. 350.

1955 gab es noch 3008 Lager in der BRD, von denen ein Großteil sogenannte Wohnlager waren, d.h. Lager, die im Gegensatz zu den Grenzdurchgangslagern<sup>19</sup> für einen längeren Zeitraum genutzt werden sollten.<sup>20</sup> Im Januar 1960 zählte die Bundesregierung noch 2281 »Lagerreste« und stellte die Prognose auf, dass das »Lagerauflösungsprogramm« bis 1965 abgeschlossen sei.<sup>21</sup> Dieses Ziel konnte jedoch nicht erreicht werden. So fanden die Notaufnahmelager auch lange nach 1965 Verwendung für die Unterbringung von Flüchtlingen<sup>22</sup> und die zunehmende Zahl von Gastarbeitern.

## 2. Die Normalisierung der Gemeinschaftsunterkünfte: Anwerbeabkommen und Gastarbeiter

Der Bau der Berliner Mauer 1961 und der abrupte Stopp des Zustroms von Flüchtlingen aus der sowjetischen Besatzungszone verknüpfte die Lagergeschichte der westdeutschen Nachkriegszeit mit wirtschaftlichen Interessen. Der wirtschaftliche Aufschwung führte dazu, dass die deutschen Unternehmen vermehrt auf günstige Arbeitskräfte angewiesen waren, die durch die abflauende Migration in die BRD allerdings fehlten.<sup>23</sup> Ab Mitte der 1950er Jahre wurde deshalb der Zuzug von ausländischen »Gastarbeitern« mit Hilfe von Anwerbeabkommen gefördert. Der Mustervertrag, der in den Anwerbeabkommen vereinbart wurde, besagte unter anderem, dass den Gastarbeitern »eine vom zuständigen Arbeitsamt für angemessen befundene Unterkunft zur Verfügung« gestellt werden sollte.<sup>24</sup> Diese musste von den Arbeitnehmenden selbst bezahlt werden und bestand meist aus Schlafplätzen in den Baracken

<sup>19</sup> Die Durchschnittsverweildauer in einem der größten Grenzdurchgangslager der BRD, dem Lager Friedland, betrug beispielsweise zwischen zwei Tagen und einer Woche. *Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Grenzdurchgangslager Friedland 1945 – 2005*, Dezember 2005, S. 6.

<sup>20</sup> *Beer*, in: Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland: Migration, Politik, Erinnerung (2014), S. 59.

<sup>21</sup> Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 106. Sitzung vom 09.01.1964, S. 4829. Zum »Barackenauflösungsprogramm« der Stadt Kiel siehe *Carstens*, Die Flüchtlingslager der Stadt Kiel (1992), S. 85ff.

<sup>22</sup> Das Grenzdurchgangslager Friedland etwa wird auch heute noch als Aufnahmeeinrichtung für Geflüchtete genutzt, vgl. *Landesaufnahmebehörde Niedersachsen*, Der Standort GDL Friedland.

<sup>23</sup> *Herbert*, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 159.

<sup>24</sup> Zum Beispiel: Regelung der Vermittlung türkischer Arbeitnehmer nach der Bundesrepublik Deutschland vom 30.10.1961, *Bundesarbeitsblatt*, Nr. 3 13. Jahrgang, S. 70.

ehemaliger Flüchtlingslager, die nun der Unterbringung der Gastarbeiter dienten.<sup>25</sup> Die Bedingungen der Unterbringung waren anfangs unge regelt und wurden dem jeweiligen Arbeitgeber überlassen;<sup>26</sup> erst in der Ausführungsverordnung zum Gesetz über die Unterkünfte bei Bauten<sup>27</sup> wurden 1959 Standards für die neuen Unterkünfte festgeschrieben. Diese besagten nach § 3 und 4, dass pro Zimmer eine Belegung von maximal 6 Personen erlaubt war, 10 m<sup>3</sup> Luft pro Person und eine Bettstelle pro Person zur Verfügung stehen musste. Die Bettstellen konnten nach § 4 mit Strohsäcken ausgestattet sein, und statt sanitärer Anlagen war eine Waschschüssel oder eine Zapfstelle für je fünf Arbeiter vorgesehen.

1962 wohnten zwei Drittel der Gastarbeiter in Gemeinschaftsunterkünften,<sup>28</sup> die sowohl von städtischen Behörden als auch Unternehmen und Privatpersonen betrieben wurden.<sup>29</sup> Dabei waren die Zustände in den »Gastarbeiterlagern« teilweise katastrophal,<sup>30</sup> weshalb die Unterbringung der Gastarbeiter zum Inhalt zahlreicher Proteste wurde und zu »einem wichtigen Kristallisierungspunkt migrantischen Widerstandes«.<sup>31</sup> Aufgrund der erfolgreichen Proteste verbesserte sich die rechtliche Wohnsituation der Gastarbeiter: Als Reaktion auf die Kritik erließ der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung zunächst »Richtlinien

25 *Herbert*, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 184. Für die türkischen Gastarbeiter in Köln hält Jörg Huwer fest: »Noch 1971 war ein Drittel der türkischen Bevölkerung in Köln, also mehr als 5000 Personen, in nur 17 Gebäuden untergebracht, d.h. in Heimen, in denen mehr als 250 (überwiegend männliche) Türken einquartiert waren. Das größte befand sich nahe dem Ford-Werk im Stadtteil Weidenpesch und verfügte damals über 1.300 Bettplätze«, *Huwer*, »Gastarbeiter« im Streik (2013), S. 26.

26 *Pieper*, Die Gegenwart der Lager (2013), S. 32.

27 Ausführungsverordnung zum Gesetz über die Unterkunft bei Bauten vom 21.02.1959, BGBl I Nr. 7 1959, S. 44.

28 BT-Drucks. 4/859, Bericht der Bundesregierung über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik vom 21.12.1962, S. 6.

29 *Herbert*, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 202.

30 *Herbert*, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 184. »Beispielsweise gerieten 1970 die Ford-Werke in die Kritik, nachdem der Betriebsrat beim nordrhein-westfälischen Sozialministerium gegen die – per Ausnahmerlass gebilligte – Unterschreitung der Mindestquadratmeterzahl pro Person und Zimmer protestiert hatte. Statt der vorgeschriebenen acht wurden vom Landesarbeitsamt fünf Quadratmeter als ausreichend betrachtet«. *Huwer*, »Gastarbeiter« im Streik (2013), S. 28.

31 *Pieper*, Die Gegenwart der Lager (2013), S. 32. Zu den wilden Gastarbeiterstreiks allgemein siehe *Jung/Bessau*, Die Septemberstreiks 1969 (1969); *Huwer*, »Gastarbeiter« im Streik (2013).

für die Unterkünfte ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik«, die jedoch nicht zwingend waren.<sup>32</sup> Erst 1973 wurde das Gesetz über die Mindestanforderungen an Unterkünfte für Arbeitnehmer<sup>33</sup> erlassen, das Mindeststandards für Gemeinschaftsunterkünfte festlegte. Laut Artikel 1 des Gesetzes wurden der Gesundheit und dem sittlichen Empfinden der Arbeitnehmer nicht entsprochen

bei 1. unzureichender Grundfläche und lichter Höhe und ungeeigneter Lage der Räume. 2. unzureichender natürlicher und künstlicher Beleuchtung und unzureichendem Luftwechsel, Feuchtigkeits-, Wärme- und Lärmschutz, 3. unzureichenden Wasser- und Energieversorgungsanschlüssen, Kochgelegenheiten, Beheizungs- und sanitären Einrichtungen.

Das Gesetz legte somit für Standards für die Gemeinschaftsunterkünfte zumindest eine vage Untergrenze fest.

Währenddessen war die Unterbringung während des asylrechtlichen Verfahrens immer noch zentral geregelt. § 39 des Ausländergesetzes<sup>34</sup> (AuslG) besagte, dass »die Bundesregierung [...] im Benehmen mit der zuständigen Landesregierung die Sammellager für Ausländer« bestimmte. Der Bund stellte in Absprache mit den Bundesländern die zentralen Sammellager zur Verfügung; bis Ende der 1960er lag das zentrale Aufnahmelaager in Zirndorf, Bayern.<sup>35</sup> Die Asylbegehrenden mussten nach

<sup>32</sup> Die Richtlinien für die Unterkünfte ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland vom 29.03.1971 (BAnz. Nr. 63 vom 1. April 1971). Vgl. auch BT-Drucks. 7/262, Entwurf eines Gesetzes über die Mindestanforderungen der Unterkünfte für Arbeitnehmer vom 26.02.1973, S. 1: »Seit einiger Zeit häufen sich die öffentlichen Klagen über Mißstände bei der Unterbringung ausländischer Arbeitnehmer. Die vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung herausgegebenen 'Richtlinien für die Unterkünfte ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland' sind nicht zwingend, und sie kommen immer dann nicht zum Zuge, wenn die Arbeitnehmer nicht von der Arbeitsverwaltung vermittelt werden«.

<sup>33</sup> Gesetz über die Mindestanforderungen an Unterkünfte für Arbeitnehmer vom 23.07.1973, BGBl I 62 1973, S. 905.

<sup>34</sup> Ausländergesetz vom 28.04.1965, BGBl I Nr. 19 1965, S. 353.

<sup>35</sup> »Nach einer Vereinbarung vom April 1955 zwischen dem Bundesminister des Innern, dem Bayerischen Staatsministerium des Innern und dem US Escapee-Programm (UEP) stellte das UEP die unter Beschlagnahme stehende Gendarmeriekaserne in Zirndorf nach vorheriger Instandsetzung unentgeltlich dem Freistaat Bayern für ein vom Bund zu bestimmendes Sammellager für Ausländer zur Verfügung. Dieses Anwesen, das damals eine Aufnahmekapazität von 350 Plätzen besaß, wurde 1955 im Einvernehmen mit dem Freistaat Bayern von der Bundesregierung als Sammellager für Ausländer bestimmt (GMBL 1955 S. 319). 1961 wurden im Zusammenhang mit der Auflösung des sogenannten Valka-Lagers im Lager Zirndorf weitere Unterkunftsgebäude

§ 40 Abs. 1 AuslG ihren Aufenthalt im Bezirk des Lagers nehmen, allerdings gab es immer noch keine Pflicht, im Lager selbst zu wohnen.<sup>36</sup>

### 3. »Asylmissbrauch« und »Überfremdung«: Flüchtlingslager werden zum politischen Instrument

Erst zu Beginn der 1970er Jahre trafen mehrere Umstände zusammen, die die Entwicklung des heutigen dezentralen Unterbringungssystems sowie die Verpflichtung zum Wohnen in Flüchtlingsunterkünften in die Wege leiteten. Einerseits stieg die Zahl der Asylsuchenden an, so dass das zentrale Aufnahmelaager Zirndorf mit einer Kapazität von 700 Plätzen stark überlastet war.<sup>37</sup> Gleichzeitig folgte auf den Anwerbestopp der Regierung 1973<sup>38</sup> ein vermehrter Druck durch die Arbeitgeberverbände, die weiterhin auf günstige Arbeitnehmer angewiesen waren.<sup>39</sup> Aus diesen Gründen beschloss die Innenministerkonferenz bereits 1974, dass vor Beginn des Asylverfahrens eine dezentrale Verteilung der Asylbegehrenden auf die Bundesländer stattfinden solle.<sup>40</sup> Damit einher ging zunächst auch die Zulassung der Asylbegehrenden zum Arbeitsmarkt:

Asylsuchende wurden somit nach dem Anwerbestopp des Jahres 1973 bis zum Arbeitsverbot 1980 zur arbeitsmarktpolitischen Ersatzgruppe für die billigen Arbeitskräfte aus Südeuropa, deren Einreise nunmehr – mit Ausnahme der nachzugsberechtigten Familienangehörigen – unterbunden wurde.<sup>41</sup>

vom Bund errichtet. In Absprache mit dem Bayer. Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung wurde dabei für das erweiterte Lager von einer Gesamtkapazität von 500 Plätzen, im Notfall 700 Plätzen, ausgegangen«. BT-Drucks. 8/448, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Wittmann (München) u.a. vom 16.05.1977, S. 6f.

<sup>36</sup> § 40 Abs. 1 AuslG besagte: »Ausländern, die aus einem Land, in dem sie politisch verfolgt werden, in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einreisen und die Anerkennung als Asylberechtigter begehren, wird der Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Beschränkung auf den Bezirk des Lagers bis zur Entscheidung über den Antrag auf Anerkennung gestattet«.

<sup>37</sup> Münch, Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1992), S. 65.

<sup>38</sup> Herbert, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 219.

<sup>39</sup> Wolken, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1988), S. 344.

<sup>40</sup> Schwarze, Das Arenen-Verhandlungsmodell – Deutsche Asylpolitik im europäischen Kontext von 1989 bis 1993 (2001), S. 55.

<sup>41</sup> Wolken, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1988), S. 345; Pieper, Die Gegenwart der Lager (2013), S. 44.

Erste dezentrale Erstaufnahmelager entstanden in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen.<sup>42</sup>

Mit dem zunehmenden Nachzug der Familienangehörigen von Gastarbeitenden änderte sich parallel dazu deren Status von temporären Gastarbeitern zu dauerhaften Einwandernden.<sup>43</sup> Dieser Prozess führte unter anderem dazu, dass die Gastarbeitsfrage mit der Frage nach Asyl vermischt wurde. Diskurse um Migration waren nun von einer steigenden Angst vor »Überfremdung« und »Asylmissbrauch« geprägt.<sup>44</sup> Die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, wie sie von Gastarbeitern bereits bekannt war, wurde nun als Forderung an Asylbegehrende gestellt. Die Flüchtlingsunterbringung sollte nicht mehr eine Hilfestellung des Staates sein, zu der er sich verpflichtete, sondern der Abschreckung von »Scheinasylanten« dienen.<sup>45</sup>

Die negativen Assoziationen mit dem Konzept des Lagers und dem »homo barackensis«<sup>46</sup> sollten daher zwar in den Gesetzesentwürfen für das neue Asylverfahrensgesetz vermieden werden,<sup>47</sup> gleichzeitig waren

42 *Wolken*, Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1988), S. 61.

43 *Herbert*, Geschichte der Ausländerbeschäftigung in Deutschland 1880 bis 1980 (1986), S. 220f.

44 *Pieper*, Die Gegenwart der Lager (2013), S. 45f. Exemplarisch lässt sich dies in der zweiten und dritten Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über das Asylverfahren von 1982 nachverfolgen, in der etwa der Ministerpräsident von Rheinland-Pfalz zur Begründung der Beschleunigung des Asylverfahrens die Gastarbeitermigration und die Fluchtmigration im Sinne einer gelingenden Integration verband: »Entscheidend ist, daß die immer noch zu hohe Zahl der ins Land einströmenden Asylbewerber – doch für jeden erkennbar – eine Belastung für unsere ganze Integrationspolitik darstellt und dazu beiträgt, daß die Eingliederung der ausländischen Arbeitnehmer der zweiten und dritten Generation noch mehr erschwert oder gar unmöglich gemacht wird«, Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 101. Sitzung vom 14.05.1982, Plenarprotokoll 9/101, S. 6101f.

45 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 101. Sitzung vom 14.05.1982, Plenarprotokoll 9/101, S. 6090.

46 »Homo barackensis« bildete sich als Bezeichnung der lokalen Bevölkerung für die Bewohnerinnen und Bewohner der Barackenlager in den 60er Jahren heraus. Vgl. hierzu *Doßmann et al.*, in: Auszug aus dem Lager (2007).

47 Ursprünglich sah der Gesetzesentwurf des § 23 vor, »Ausländer« in »Sammelunterkünften« unterzubringen, in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wird zudem auch von »Sammellagern« gesprochen. Der Vermittlungsausschuss entschied sich jedoch für den Begriff der »Gemeinschaftsunterkunft«, BT-Drucks. 9/1630, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 06.05.1982, S. 23; BT-Drucks. 9/1792, Beschlussempfehlung des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß), S. 4.

es aber gerade diese Bilder, die die Asylsuchenden abhalten sollten, nach Deutschland zu migrieren. Dabei reichten die Aussagen der Politikerinnen und Politiker der CDU/CSU von einer Verhinderung der »Attraktivität« des Asylverfahrens durch die Unterbringung in Sammellagern, um die »unerwünschte Integration in die deutschen Lebensverhältnisse« zu vermeiden,<sup>48</sup> bis hin zu expliziten Bezügen auf Lagerassoziationen wie die des damaligen Ministerpräsidenten von Baden-Württemberg, Lothar Späth: »Die Zahl der Asylbewerber<sup>49</sup> ist erst gesunken, als die Buschtrommeln signalisiert haben – geht nicht nach Baden-Württemberg, dort müsst ihr ins Lager«.<sup>50</sup> Die Idee der Flüchtlingsunterbringung als

- 48 *Münch*, Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1992), S. 73.
- 49 Der Begriff der Asylbewerber oder Asylsuchenden muss mit Blick auf die immer schon bestehende Migration und die historische Entwicklung des Flüchtlingsbegriffs mit der Entstehung von Territorialstaaten und Grenzkontrollen (siehe hierzu Kapitel C II 1 a) verortet werden: Die Unterscheidung zwischen Fluchtmigration und anderer Migration ist (auch) juristisch konstruiert, und die Begriffe Asylbewerber und Asylsuchende nehmen diese Markierung dabei immer wieder von Neuem vor. In sprachlicher Hinsicht manifestiert sich im Begriff Asylbewerber zudem, dass Asyl ein Privileg ist, auf das man sich bewerben muss. Auch der Begriff des Flüchtlings wird in diesem Zusammenhang dafür kritisiert, die aktive Entscheidung der Flucht zu verschleieren und Migration zu verniedlichen, weshalb dann von »Geflüchteten« gesprochen wird. Zur Kritik an Begriffen, die im Kontext von Migration verwendet werden, siehe etwa *Hossain et al.*, Partizipation – Migration – Gender (2016), S. 20 ff.; *Bischoff et al.* (Hg.), Exil, Flucht, Migration (2022); *Koval et al.*, Migration und Teilhabe (2018). In der Rechtswirklichkeit lassen sich die Motive von Migration jedoch nicht immer klar unterscheiden, und gerade die historische Verwobenheit der Gastarbeiter-Migration mit der Fluchtmigration in Deutschland zeigt, dass dem Fokus auf Fluchtmigration und Migration etwa aus wirtschaftlichen Gründen eine politische Unterscheidung von »guter« und »schlechter« Migration zugrunde liegt. Im Verlauf dieser Arbeit wird der Begriff »Asylbewerber« immer wieder in Zitaten oder etwa mit dem Verweis auf das Asylbewerberleistungsgesetz verwendet. Auch der Begriff der Asylsuchenden wird verwendet und greift dabei die Relevanz der Unterbringung innerhalb eines spezifisch juristischen Verfahrens, dem Asylverfahren, auf. Der Begriff des Flüchtlings wird insbesondere in Bezug auf Flüchtlingslager und die spezifische Figur »des Flüchtlings« als Anderem des Rechts benutzt. Die Entscheidung, dabei nicht etwa von Geflüchtetenlagern zu sprechen, folgt der Annahme der Autorin, dass die Konstruktion dieser Räume gerade auf die Herstellung passiver »Flüchtlinge« zielt (siehe hierzu Kapitel B IV 3 b). Diejenigen, die in den Lagern wohnen (müssen), werden, wenn sie zur Sprache kommen, jedoch primär in der Rolle adressiert, die für den (Wohn)Raum der Flüchtlingsunterkunft zu selten sichtbar wird: als Bewohnerinnen und Bewohner.
- 50 Lothar Späth, Schwäbisches Tagblatt, zitiert nach *Pieper*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2004, S. 22. Dass das Sammellager als

Instrument zur Abschreckung und die daraus folgenden Ambivalenzen zwischen Fürsorgepflicht und Abschreckungsgedanken waren geboren.

1982 erfolgte die Einführung der Wohnpflicht in dezentralen Sammelerunterkünften, die mit neuen Regelungen zur Residenzpflicht einhergingen. Asylsuchende »sollten« nach § 23 des neuen Asylverfahrensgesetzes in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden. Nach § 20 wurden Asylantragsstellende zudem verpflichtet, in einer bestimmten Gemeinde oder Unterkunft zu wohnen. Die Möglichkeit der Residenzpflicht gab es auch schon im vorangegangenen Ausländergesetz, das zudem bis zu einem Jahr Haft im Falle eines Verstoßes gegen Auflagen vorsah, § 47 Abs. 1 Nr. 5 AuslG. Das neue Asylverfahrensgesetz buchstabierte die im Ausländergesetz unbestimmten »möglichen Auflagen« jedoch aus, indem es die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften zur Regel machte und die Zuwiderhandlung gegen die Wohnsitz- bzw. Unterkunftsauflage als Straftatbestand definierte, der mit bis zu einem Jahr Haft bestraft werden konnte, § 34 Abs. 1 Nr. 5 AsylVfG. Exemplarisch lässt sich diese Funktionalisierung der Unterbringung zur Abschreckung unerwünschter Migration in einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983, das heißt ein Jahr nach der Einführung der gesetzlichen Wohnverpflichtung, nachlesen:

Mit der in AsylVfG § 23 ausdrücklich vorgesehenen Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften ist u.a. auch die Absicht verbunden, den Asylbewerbern sowohl für ihre eigene Person als auch im Hinblick auf mögliche künftige Asylantragsteller vor Augen zu führen, daß mit dem Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter vor dessen unanfechtbarer Stattgabe kein Aufenthalt im Bundesgebiet zu erreichen ist, wie er nach allgemeinem Ausländerrecht eingeräumt wird.<sup>51</sup>

Schon 1983 wurde das neue dezentrale Unterbringungssystem vom UNHCR im sogenannten Toscani-Bericht als Teil »einzigartiger

Abschreckungsmaßnahme Effekte zeigte verkündete Lothar Späth auch in der Bundesratssitzung kurz nach der Eröffnung der dezentralen Lager in Baden-Württemberg: »Interessant ist, daß die Zahl 5000 in Baden-Württemberg im Juni auf nur noch 1.400 abgesunken ist und eine weiter sinkende Tendenz aufweist. Der Grund ist ganz einfach: Die Türken bleiben in Baden-Württemberg aus, weil sie keine Arbeitserlaubnis erhalten und nicht mehr ihre Kontaktadressen anlaufen können, sondern sich in Sammellager begeben müssen«. Zugleich weist er schon damals auf die Schwierigkeiten hin, die sich aus der Organisation der Flüchtlingsunterbringung im föderalen Bundesstaat ergeben: »Wir sollen jetzt mit den Gemeinden die Sammellager installieren. Wir wissen noch nicht einmal, wie wir das rechtlich machen sollen, weil es im Sinne des Ausländergesetzes nur Bundessammellager gibt.« Bundesrat, Bericht über die 491. Sitzung vom 18.07.1980, Plenarprotokoll 491, S. 361f.

<sup>51</sup> BVerfG, Dreierausschussbeschl. v. 20.09.1983 – 2 BvR 1445/83 – Orientierungssatz (juris).

Abschreckungsmaßnahmen« bezeichnet.<sup>52</sup> Der anfangs interne Bericht der UNHCR wurde zu einem öffentlichen Skandal,<sup>53</sup> zog jedoch keine unmittelbaren Verbesserungen für die Unterbringung der Asylsuchenden nach sich.

#### 4. Das System der deutschen Flüchtlingsunterbringung: Vom »Asylkompromiss« bis heute

Die bereits in den 1970ern begonnene Diskussion über Asylmissbrauch wurde Mitte der 1980er Jahre aufgegriffen<sup>54</sup> und verschärfte sich nochmals nach der deutschen Wiedervereinigung. Rechte Parolen gegen Ausländer wurden vermehrt verbreitet und die CDU/CSU startete ihre Anti-Asylkampagne.<sup>55</sup> Im Fokus rechtsradikaler Gruppierungen standen Asylbewerberberichte, die vermehrt Ziel von mitunter tödlichen

<sup>52</sup> Der Toscani-Bericht wurde 2008 im *Refugee Survey Quarterly* veröffentlicht. Er verweist vermehrt auf ausländerfeindliche Bemerkungen der zuständigen Behördenmitarbeiter und Politiker. Im Fazit heißt es unter Punkt 29 und 30: »Although the right of asylum for political persecutees is embodied in Article 16 of the FRG Constitution promulgated in 1949, dissuasive measures unique in Europe have been brought to bear against asylum-seekers, through forced internment in centres, severe restrictions of freedom of movement 5/, prohibition of work, obligatory labour in certain instances 6/, and non-recognition of the family unity concept (unequal status of members) 7/. A certain discrimination has been introduced in these measures, as prohibition to work affects East European asylum-seekers for one year, and others for two years«. Und als finale Bemerkung: »Despite several reports received from our Branch Office in Bonn, it was difficult to imagine how bad the conditions actually are in the centres in the FRG without actually seeing them. The accommodation, although unsatisfactory, is not the main problem as it is probably not worse than in Traiskirchen (Austria) or Latina (Italy). In these camps, however, the inmates know they are in transit towards a resettlement country, the atmosphere is supportive and several voluntary agencies provide effective social counseling and resettlement assistance. The psychological climate in the centres in the FRG and the prospect for the future are totally different and this is the true cause for concern«. UNHCR, *Refugee Survey Quarterly* 2008, S. 157, 163. Eine frühe Kritik an den Sammellagern in Baden-Württemberg findet sich bei *Wießner*, *Informationsbrief Ausländerrecht* 1981.

<sup>53</sup> *Spörl*, *Politisches Asyl: Empörung mit Methode*. Ein interner Bericht über die Bonner Praxis verärgert den Innenminister, Zeit vom 22.11.2012.

<sup>54</sup> *Wolken*, *Das Grundrecht auf Asyl als Gegenstand der Innen- und Rechtspolitik in der Bundesrepublik Deutschland* (1988), S. 69ff.

<sup>55</sup> *Pieper*, *Die Gegenwart der Lager* (2013), S. 58ff. Vgl. hierzu *Anon.*, Der Druck muß sich erst noch erhöhen, Spiegel vom 24.08.1986; *Anon.*, Offenes Bekenntnis, Spiegel vom 17.02.1985; *Jakobs*, CDU plante die Antiasyl-debatte, taz vom 08.10.1991.

Brandanschlägen wurden.<sup>56</sup> Die Regierung versuchte durch asylrechtliche Verschärfungen »den sozialen Frieden«<sup>57</sup> wiederherzustellen, während die Gerichte einen teilweisen Verteilungsstopp von Asylsuchenden in Bundesländer mit hohen Brandanschlagszahlen aussprachen,<sup>58</sup> der jedoch nicht lange aufrechterhalten wurde.<sup>59</sup> Der Reihe an Beschleunigungsgesetzen zur Verkürzung des Asylverfahrens nach Verabschiedung des Asylverfahrensgesetzes 1982<sup>60</sup> folgte schließlich eine umfassende Neuregelung des Asylrechts 1993, der sogenannte »Asylkompromiss«. Zeitgleich mit der starken Einschränkung des Grundrechts auf Asyl aus Art. 16 GG wurde das Asylbewerberleistungsgesetz<sup>61</sup> eingeführt, das die rechtliche Regelung der Sozialleistungen für Asylsuchende aus dem gängigen Sozialrecht ausglierte. Zusätzlich wurde im neuen Art. 16a Abs. 3 GG<sup>62</sup> sowie § 29a Abs. 1 Asylverfahrensgesetz<sup>63</sup> das Konzept der sicheren Herkunftsländer

- 56 *Demirtas et al.* (Hg.), Solingen, 30 Jahre nach dem Brandanschlag (2023). Eine ausführliche Dokumentation des Verfahrens zum tödlichen Brandanschlag auf zwei von türkischen Familien bewohnte Häuser findet sich bei *Cords*, Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht Schleswig über die Anschläge in Mölln im November 1992 (1994). Zum Brandanschlag auf die Zentrale Aufnahmestelle für Asylbewerber in Rostock-Lichtenhagen siehe *Schmidt*, Politische Brandstiftung (2002). Eine mediale Aufarbeitung der Angriffe auf ein Vertragsarbeiterwohnheim sowie eine Geflüchtetenunterkunft in Hoyerswerda findet sich bei *Quinkert/Jäger*, Warum dieser Haß in Hoyerswerda? (1994). Sozialgeschichtlich werden die Angriffe analysiert bei *Wouttscherk*, Was wird, wenn die Zeitbombe hochgeht? (2014).
- 57 Die Wahrung des »sozialen Friedens« als Begründung für die Asylrechtsverschärfungen wurde in der Debatte um die Grundrechtsänderung insbesondere von den Regierungsparteien der CDU/CSU und FDP angeführt. Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 160. Sitzung vom 20.05.1993, Plenarprotokoll 12/160.
- 58 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.10.1991 – 17 B 1462/91.A.
- 59 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 31.03.1992 – 17 B 305/92.A.
- 60 Das Asylverfahrensgesetz wurde bis 1993 viermal geändert: Erstes Gesetz zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes vom 11.07.1984, BGBl I Nr. 29 1984, S. 874; Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften vom 06.01.1987, BGBl I Nr. 3 1987, S. 89; Gesetz über das Asylverfahren vom 09.04.1991, BGBl I Nr. 23 1991, S. 870; Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens vom 26.06.1992, BGBl I 1992 Nr. 29, S. 1126. Die Unterscheidung in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte stammt aus der Gesetzesänderung 1992.
- 61 Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber vom 30.06.1993, BGBl I Nr. 33 1993, S. 1074.
- 62 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.06.1993, BGBl I Nr. 31 1993, S. 1002.
- 63 Asylverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.07.1993, BGBl I Nr. 41 1993, S. 1361.

eingeführt,<sup>64</sup> dessen Hierarchisierung von Geflüchtetengruppen auch heute noch für die Unterbringung eine Rolle spielt (siehe C II 1 b). Das Asylbewerberleistungsgesetz stützte die Pflicht, in Unterkünften zu wohnen, indem es die Unterkunft in § 3 AsylbLG als (zum Teil zwingende) Sachleistung festschrieb; eine rechtliche Norm, die noch heute besteht.

Die Grundrechtsänderung und die Gesetzesreformen wurden heftig kritisiert, unter anderem von den Oppositionsparteien. Die Grünen, die PDS und Teile der SPD lehnten die asylrechtlichen Neuerungen ab.<sup>65</sup> Und nicht zuletzt die Tatsache, dass der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes eine Debatte über die Aussetzung des Verbots, Proteste innerhalb der Bannmeile um den Bundestag durchzuführen, vorgeschaltet war, zeigt, wie stark der zivilgesellschaftliche Protest gegen die Gesetzesänderungen war.<sup>66</sup> Am 26.05.1993 wurden die Änderung des Grundgesetzes sowie die restlichen Gesetzesvorschläge mit den erforderlichen Mehrheiten im Bundestag beschlossen.<sup>67</sup>

Das deutsche Unterbringungssystem für Geflüchtete, bei dem einerseits das Wohnen in Unterkünften verfahrensrechtlich verpflichtend, andererseits diese Art der Unterbringung als Sachleistung im Asylbewerberleistungsgesetz festgeschrieben ist, hat sich seitdem nicht grundlegend geändert. Als wichtiger Einschnitt in die bestehende Praxis kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2012 gesehen werden, die die Höhe der Leistungsbeträge für Asylsuchende als zu niedrig beanstandete.<sup>68</sup> Nach dem Urteil hob der Gesetzgeber die Leistungssätze zeitweise an.

Seitdem sind die zwei wichtigsten Stellschrauben der rechtlichen Regelung zur Unterbringung von Asylsuchenden zum einen die Art der Leistungsgewährung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz in den Unterkünften und zum anderen die Länge des verpflichtenden Aufenthalts in Sammelunterkünften nach asylverfahrensrechtlichen Vorgaben. So

64 Das Bundesverfassungsgericht entschied 1996, dass die Neuregelung des Asylgrundrechts mittels sicherer Herkunftsstaaten verfassungsgemäß ist, BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1507/93 – Rn. 63ff. (juris). Das Konzept der sicheren Herkunftsstaaten wurde und wird für seine migrationspolitische Vereinnahmung und die ausufernde Anwendung kritisiert, *Pelzer/Pichl*, Kritische Justiz 2016; *Roth*, Zeitschrift für Ausländerrecht 1998; *Thym*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2020.

65 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 160. Sitzung vom 20.05.1993, Plenarprotokoll 12/160, S. 13593.

66 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 160. Sitzung vom 20.05.1993, Plenarprotokoll 12/160, S. 13499ff.

67 Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 160. Sitzung vom 20.05.1993, Plenarprotokoll 12/160.

68 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10 – Rn. 81 (juris). Ausführliche Ausführungen hierzu finden sich in Kapitel C II 2.

wurden im Zuge der Asylpakete I<sup>69</sup> und II<sup>70</sup> 2015 und 2016 sowie dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017<sup>71</sup> die Möglichkeit einer unbefristeten Wohnpflicht in Unterkünften für Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten eingeführt, die Möglichkeit einer bis zu 24-monatigen Wohnpflicht für alle Asylsuchenden geschaffen, das Sachleistungssystem wieder verstärkt und der gesetzliche Bargeldbedarf (bei Sanktionierungen bis unter das menschenwürdige Existenzminimum) reduziert. Statt von »Asylmissbrauch« wie in den 1970ern oder von »Scheinasylanten« in den 1990ern wird in den Gesetzesentwürfen der letzten Asylrechtsverschärfungen von einer Vermeidung von »Fehlanreizen« und »Missbrauch« gesprochen.<sup>72</sup>

Die Instrumentalisierung der Unterbringung für Abschreckungszwecke, die 1982 als politische Idee in der BRD Einzug in das Asylverfahrensrecht hielt, hat sich seitdem etabliert und wurde in jüngster Zeit primär durch das Europarecht herausgefordert. Sie spannt sich in ein Netz von verschiedenen föderalen und ökonomischen Interessen ein und wird zuletzt auch durch die Modernisierungsmaßnahmen deutscher Verwaltungsinstitutionen beeinflusst. Wie die rechtliche Ausgestaltung der Unterbringung jedoch genau aussieht, und wie unterschiedliche rechtliche Rationalitäten die Rechtswirklichkeit der Flüchtlingslager formen, soll im Folgenden erörtert werden.

## II. Rechtliche Rationalitäten: Wohnen als Gegenstand einer souveränen Ordnungspolitik

Vor dem Hintergrund der historischen Entstehung der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung lassen sich also bereits rechtliche Rationalitäten nachvollziehen, die bis in die Gegenwart nachwirken. Wie diese Rationalitäten sich heute in der gesetzlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung darstellen, wird im Folgenden untersucht. Zunächst wird die Studie der Rationalität der ordnungspolitischen Unterbringung nachgehen, dann der Unterbringung als Gewährleistungsrecht und schließlich europarechtliche Einflüsse untersuchen.

69 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz I vom 20.10.2015, BGBl. I Nr. 40 2015, S. 1722.

70 Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11.03.2016, BGBl. I Nr. 12 2016, S. 390.

71 Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.07.2017, BGBl. I Nr. 52 2017, S. 2780.

72 BT-Drucks. 18/6185, Entwurf eines Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 29.09.2015, S. 1; BT-Drucks. 18/7538, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 16.02.2016, S. 2.

Abschließend wird sie die Kollision der Rationalitäten und deren Auswirkungen auf die Rechtswirklichkeit anhand der Corona-Pandemie und der Debatte um den Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung in Aufnahmeeinrichtungen in den Blick nehmen. Dabei werden die Gesetzestexte selbst, aber auch Gerichtsentscheidungen und die rechtsdogmatische Literatur im Fokus stehen.

## 1. Wohnen als Ordnungspolitik

Die deutsche Flüchtlingsunterbringung lässt sich in einem ersten Schritt aus der Perspektive des Ordnungsrechts und damit als ordnungsrechtliche Maßnahme der Gefahrenabwehr verstehen, die auf der Idee der territorialen und personellen Souveränität des deutschen Rechtsstaats fußt. Dieses Verständnis der Unterbringung lässt sich im sogenannten Migrationsverwaltungsrecht,<sup>73</sup> speziell im AsylG und AufenthG, nachvollziehen. Wie genau die Idee territorialer Souveränität mit der rechtlichen Regelungen der deutschen Flüchtlingsunterbringung zusammenhängt und was in diesem Kontext mit »Ordnungspolitik« gemeint ist, wird im Folgenden erörtert.

### a. Flüchtlingsunterbringung und territoriale Souveränität

Die Geschichte des neuzeitlichen Begriffs der Souveränität<sup>74</sup> ist eng mit der Entstehung des Territorialstaats verbunden: Mit der Transformation der spätmittelalterlichen Ordnung der Ständesellschaft hin zur Territorialherrschaft geht die Entstehung des Konzepts einer »zentrale[n] und höchste[n] Gewalt«<sup>75</sup> einher. Der Begriff der Souveränität stellte in diesem Zusammenhang die Möglichkeit eines abstrakten Herrschaftsbegriffs dar, bei dem sich mit der Säkularisierung der christlichen Lehren vom Leib Christi als zugleich sterblichem und spirituellem Körper die ehemals göttliche hin zu einer kontingenten irdischen Autorität wandelte,<sup>76</sup> die als zentrale

<sup>73</sup> *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht (2010).

<sup>74</sup> Der Begriff der Souveränität unterliegt einer eigenständigen Genealogie. Er fand in Europa bereits im Mittelalter Verwendung, jedoch nicht im Sinne einer zentralen Gewalt. *Grimm*, Souveränität (2009), S. 16ff. Die Bedeutung von Souveränität als letztinstanzlicher Entscheidungsgewalt erlangte der Begriff laut Grimm nach dem Erscheinen von Jean Bodins Werk »Les six livres de la république«, *Grimm*, Souveränität (2009), S. 24.

<sup>75</sup> *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 69.

<sup>76</sup> *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 73ff.; *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit (2019), S. 92ff.

Gewalt über das Territorium verfügte.<sup>77</sup> Als *neuzeitliches Konzept* lässt sich die weitere Entwicklung des Begriffs in Europa dabei nicht von der europäischen Kolonialgeschichte trennen: In der Abgrenzung zur »negativen Konstruktion nicht-europäischer Anderer« stabilisiert sich die souveräne Identität; sie bedarf der Fiktion des ›Anderen‹.<sup>78</sup> Als *Rechtsbegriff* ist der Begriff der Souveränität heute in den deutschen und internationalen Rechtswissenschaften stark umstritten;<sup>79</sup> das Konzept staatlicher Souveränität wird im Zuge zunehmender Globalisierung als einem Erosionsprozess unterliegend beschrieben.<sup>80</sup> Wenn überhaupt findet der Souveränitätsbegriff in Bezug zu seinen territorialen Ursprüngen Anwendung: Im Völkerrecht wird der souveräne Staat als Voraussetzung zum Abschluss internationaler Verträge gesehen;<sup>81</sup> mit Verweis auf die Staatslehre Georg Jellineks wurde dem Rechtsstaat vom Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil eine »gebietsbezogene Staatsgewalt« zugesprochen.<sup>82</sup> Wenn der Begriff der Souveränität verwendet wird, dann oftmals

- 77 Oftmals wird in diesem Zusammenhang auf den Westfälischen Frieden von 1648 als Geburt der Völkerrechtsordnung und damit des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffs verwiesen, vgl. *Grimm, Souveränität* (2009), S. 81.
- 78 Hardt und Negri beschreiben dies wie folgt: »Der Kolonialismus konstruiert Gestalten der Alterität und sorgt dafür, dass sie in eine komplexe dialektische Struktur einfließen. Letztlich ist es diese negative Konstruktion nicht-europäischer Anderer, welche die europäische Identität begründet und aufrecht erhält«. *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 137. Und weiter: »Sobald das koloniale Subjekt als absolut Anderer konstruiert ist, kann es innerhalb einer größeren Einheit aufgehoben (im doppelten Wortsinn: negiert und auf eine höhere Stufe gehoben) werden. Der absolut Andere spiegelt sich im Eigensten wider. Nur in Opposition zum Kolonisierten kann das metropolitane Subjekt wirklich es selbst werden«. *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 141.
- 79 Für eine Übersicht zur internationalen Debatte zum Begriff bis 2009 siehe *Grimm, Souveränität* (2009), S. 99. Schon 1967 schilderte Häberle den Stand der Debatte zum Souveränitätsbegriff in den Rechtswissenschaften wie folgt: »Ein ›vieux fétiche‹, die ›radix malorum‹, ein ›Popanz‹, die Häresie unserer Zeit, obrigkeitstaatliches Überbleibsel, antiquierter Begriff, der möglichst zu eliminieren, wenn nicht gar schon tot sei, dogmatisch unergiebig, vieldeutig – das ist die Souveränität den einen; den anderen bedeutet sie das Fundament staatstheoretischen Ansatzes und ein ›völkerrechtlicher Strukturbegriff‹ ersten Ranges, der das Miteinander weltanschaulich verschiedenartiger Staaten ermöglicht«. *Häberle, Archiv des öffentlichen Rechts* 1967, S. 259.
- 80 *Dauvergne, The Modern Law Review* 2004, S. 593; *Bogdandy*, in: *Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge* (2013), § 232 Rn. 8.
- 81 *Becker*, in: *Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge* (2013), § 230 Rn. 16ff.
- 82 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Rn. 344 (juris).

jedoch in Form eines »gebundenen Souveräns«,<sup>83</sup> der nicht unabhängig von Internationalen (Menschen-)Rechtsverträgen gedacht werden könne. Aus der territorialen Souveränität folge aber die Legitimität, über die Ein- und Ausreise von Ausländern zu bestimmen.<sup>84</sup>

Mit der Entstehung des Territorialstaats und dem Begriff der territorialen Souveränität entsteht auch das Konzept des Flüchtlings, der (etwa in Hinsicht auf das Non-Refoulement-Gebot der Genfer Flüchtlingskonvention)<sup>85</sup> eine Ausnahme zur territorialen Souveränität darstellt.<sup>86</sup> Migration in das nationalstaatliche Territorium wird in diesem Zusammenhang zum Gegenstand territorialer Souveränität, die ordnend in diese eingreift – teilweise gilt die Kontrolle über Migration heute als »letzte Bastion« territorialer Souveränität überhaupt.<sup>87</sup> Dabei ist interessant, dass die Idee territorialer Souveränität lange Zeit ohne die Kontrolle von Migration Bestand hatte.<sup>88</sup> Die Umsetzung des territorialen Souveränitätsanspruchs in Form von Grenzkontrollen wurde erst durch die Entstehung des modernen Interventionsstaats ermöglicht:

83 *Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 267 Rn. 50; *Becker*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge (2013), § 230 Rn. 40; *Randlzhofner*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 2: Verfassungsstaat (2004), § 17 Rn. 23; *Cohen*, Globalization and Sovereignty (2012), S. 320ff.; *Grimm*, Souveränität (2009), S. 106. So auch schon *Häberle*, Archiv des öffentlichen Rechts 1967, S. 286f.

84 »Mit seiner Einreise in das Staatsgebiet, auf die vorbehaltlich besonderer Regelungen für den Ausländer kein Anspruch besteht, ordnet dieser sich in einem freiwilligen Akt der Regelungszuständigkeit des Staates unter«. *Becker*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 11: Internationale Bezüge (2013), § 230 Rn. 76.

85 Vgl. *Farahat/Markard*, German Law Journal 2016, S. 924.

86 *Schmalz*, Refugees, Democracy and the Law (2020), S. 15ff.

87 *Dauvergne*, The Modern Law Review 2004, S. 594. Dies lässt sich auch bei den Staatsrechtichern Depenheuer und Grabenwarter in Bezug auf die sogenannte Flüchtlingskrise 2015 nachlesen: »Die säkulare Flüchtlingswelle des Jahres 2015 wirft Grundfragen des Staatsrechts in seltener Prägnanz auf: Die Staatsgrenzen stehen offen und zehntausende von Menschen erreichen Woche für Woche ungesteuert und weitgehend unkontrolliert das Land. Die Staatsgewalt erscheint ratlos [...]«. *Depenheuer/Grabenwarter*, in: Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016), S. 7.

88 »The founding fathers of international law further underlined that the very notion of state sovereignty was not concomitant with the one of migration control. On the contrary, both sovereignty and hospitality did coexist during several centuries as two central features of the law of nations«. *Chetail*, in: Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations (2017), S. 902.

Die Durchsetzung des staatlichen Monopols auf die legitimen Mittel der Mobilität ist eine historische Bedingung der Möglichkeit modernen Aufenthaltsrechts, die dem Übergang vom 19. zum 20. Jahrhundert entstammt und damit weit jünger ist als der Souveränitätsbegriff der Westfälischen Staatenordnung.<sup>89</sup>

Erst das im 20. Jahrhundert entstehende Aufenthaltsrecht verfügte mit Mitteln des Ordnungsrechts, das heißt Ge- und Verboten, über die Ein- und Ausreise von Ausländern in das territoriale Staatsgebiet:

Das Aufenthaltsrecht, wie es sich an der Schwelle des Übergangs zum modernen Interventionsstaat entwickelt hat, meint also die systematische ordnungsrechtliche Kontrolle grenzüberschreitender Mobilität ausländischer Staatsangehöriger sowie die Festlegung der Bedingungen ihrer Anwesenheit im Inland, insbesondere im Hinblick auf die Ausübung einer Beschäftigung. Dies erfolgt typischerweise in der Gestalt eines Genehmigungsrechts, das um Erlaubnisvorbehalte für drei Regelungskomplexe gebaut ist: den Grenzübertritt, den Inlandsaufenthalt und die Erwerbstätigkeit [...].<sup>90</sup>

Teil dieser Regelungskomplexe ist nach wie vor auch die Flüchtlingsunterbringung. Die Flüchtlingsunterbringung kann in dieser Rationalität als Teil eines Migrationsverwaltungsrechts verstanden werden, das nach wie vor einem »hoheitlich-imperativen Fundament«<sup>91</sup> aufsitzt und Migrantinnen und Migranten als »Ordnungsproblem« bzw. Störer im Sinne eines Gefahrenabwehrrechts sieht: Als solche werden sie zur

potenzielle[n] Bedrohung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, als ein polizeilich zu lösendes Ordnungsproblem. Diese soziale Konstruktion stand an der Wiege der Entstehung des Aufenthaltsrechts als ›Fremdenpolizei‹ und ist für seine rechtlichen Strukturen bis heute vielfach prägend.<sup>92</sup>

Das migrationsrechtliche Grundmodell strukturiert nach wie vor »jeden Migrationsvorgang rechtlich als Prozess des Statuswandels« und bleibt »am ordnungsrechtlichen Muster einer hoheitlichen Eingriffsverwaltung ausgerichtet: Das Verhältnis der Verwaltung zum Bürger wird vom imperativen Befehl und nicht vom kooperativen Miteinander geprägt; hoheitliche Handlungsmacht charakterisiert die staatliche Aufgabenwahrnehmung in eigener Verantwortung, nicht deren Übertragung auf private Akteure«.<sup>93</sup> Sofern die Flüchtlingsunterbringung als Teil dieses »rechtlichen

89 *Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung* (2011), S. 25. Siehe auch *Farahat/Markard, German Law Journal* 2016, S. 924.

90 *Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung* (2011), S. 28.

91 *Thym, Migrationsverwaltungsrecht* (2010), S. 37.

92 *Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung* (2011), S. 75ff.

93 *Thym, Migrationsverwaltungsrecht* (2010), S. 37f.

chen Prozesses des Statuswandels« verstanden wird, unterliegt auch sie den Grundmodi<sup>94</sup> der hoheitlichen Eingriffsverwaltung.

Diese ordnungsrechtliche Perspektive auf die Flüchtlingsunterbringung lässt sich auch anhand der Leitentscheidung zur Flüchtlingsunterbringung während des Flughafenverfahrens im Transitbereich von Flughäfen nachvollziehen. In der Entscheidung von 1996 nennt das Bundesverfassungsgericht den Begriff der territorialen Souveränität zwar nicht explizit, stellt jedoch fest, dass »jeder Staat [...] berechtigt ist, den freien Zutritt zu seinem Gebiet zu begrenzen und für Ausländer die Kriterien festzulegen, die zum Zutritt auf das Staatsgebiet berechtigen«.<sup>95</sup> Insbesondere solange der Flüchtlingsstatus nicht festgestellt wurde, steht dieser Berechtigung auch kein Völkerrecht entgegen. Da es keinen Anspruch auf eine Einreise gebe, sei auch der Schutzbereich der Freiheitsbeschränkung nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht einschlägig, da die faktische Unmöglichkeit der Ausreise für die Asylantragsstellenden nicht dem deutschen Staat zuzurechnen sei:

Daran ändert auch die Stellung eines Asylantrags nichts. Dieser begründet weder nach Völkerrecht noch nach deutschem innerstaatlichen Recht einen Anspruch auf Einreise. Der Raum der Bundesrepublik Deutschland ist Asylbewerbern, die ihn ohne entsprechende Reisedokumente erreichen, vor der Feststellung ihrer Asylberechtigung rechtlich nicht zugänglich. Die Tatsache, daß sie sich bei Ankunft auf einem Flughafen schon auf deutschem Staatsgebiet befinden, ändert nichts daran, daß über die Gewährung der Einreise erst noch zu entscheiden ist. Abgesehen davon ergibt sich für Asylsuchende am Flughafen die tatsächliche Begrenzung ihrer Bewegungsfreiheit aus ihrer Absicht, in der Bundesrepublik Deutschland um Schutz nachzusuchen und das hierfür vorgesehene Verfahren zu durchlaufen. Zwar kann ihnen in dieser Lage eine Rückkehr in den Staat, der sie möglicherweise verfolgt, nicht angesonnen werden. Die hieraus folgende Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist jedoch nicht Folge einer der deutschen Staatsgewalt zurechenbaren Maßnahme.<sup>96</sup>

94 Zum Begriff der Grundmodi siehe *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012).

95 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 – Rn. 115 (juris).

96 BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 – Rn. 116 (juris). In der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von Fixierungsmaßnahmen psychisch kranker Untergebrachter wird Freiheitsbeschränkung im Anschluss an die Entscheidung zum Aufenthalt im Flughafentransitbereich definiert und die *rechtliche* Möglichkeit zum Aufenthalt integriert: »Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten,

Die Unterbringung im Flughafentransitbereich, die es verbietet, den Transitbereich für die Zeit des Asylverfahrens zu verlassen, während die andauernde Gefahr im Herkunftsland eine Rückkehr unmöglich macht, wird in dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur rein ordnungsrechtlichen Frage darüber, ob die asylantragsstellende Person einreisen darf oder nicht. Anders als in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Freiheitsbeschränkungen und Flughafenverfahren<sup>97</sup> nimmt das Bundesverfassungsgericht keine Eröffnung des Schutzbereiches der Freiheitsbeschränkung an; relevant ist lediglich das souveräne Recht des Staates, zu entscheiden, wer einreisen darf, das die Möglichkeit eines faktischen Grundrechtseingriffs<sup>98</sup> verdrängt. Die freiheitseinschränkende Flüchtlingsunterbringung während des Flughafenverfahrens erhält so eine rein ordnungspolitische Funktion für das Verfahren der Einreise. In dieser Funktion wird sie auch im aktuellen Migrationsverwaltungsrecht kodifiziert, wie im Folgenden gezeigt werden wird.

- der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich wäre«, BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15 – Rn. 67 (juris).
- 97 »Sowohl die Unterbringung in der Transitzone als auch die Erstaufnahme auf der Insel Lampedusa hat er [der EGMR] als Freiheitsbeschränkung eingordnet, die von Art. 5 EMRK geschützt wird und je nach Art, Dauer und Auswirkungen der Durchführung zu einem Freiheitsentzug werden könne. Dabei könnten verschiedene Faktoren, die für sich genommen keinen Freiheitsentzug darstellen, in ihrer Kombination zu einem faktischen Freiheitsentzug führen. Insbesondere genügt die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise nicht, um eine Verletzung von Art. 5 EMRK auszuschließen, da diese rein ›theoretischer‹ Natur sei, sofern andere Länder mit einem vergleichbaren Schutz die Einreise verweigern«. Engler, Zeitschrift für Ausländerrecht 2019, S. 326. Siehe auch EGMR, Urt. v. 06.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi/Italien) – Rn. 95 (hudoc); EGMR, Urt. v. 25.06.1996 – 19776/92 (Amuur/Frankreich) – Rn. 42, 48 (hudoc); EGMR, Urt. v. 08.10.2019 – 15428/16 (O.M./Ungarn) – Rn. 53 (hudoc); EGMR, Urt. v. 15.12.2016 – 16483/12 (Khlaifia und Andere/Italien).
- 98 Diesen faktischen Freiheitsentzug stellte der EGMR im Fall Guzzardi gegen Italien fest, bei dem der Beschwerdeführer auf einen Teil einer Insel verbannt war, auf dem er sich zwar frei bewegen konnte, jedoch sozial isoliert war: »Ohne Zweifel erlaubt keines dieser Elemente, für sich von einer ›Freiheitsentziehung‹ zu sprechen; zusammengenommen und in Kombination werfen sie jedoch das schwerwiegende Problem der Subsumtion unter Art. 5 auf. Die gerügte Behandlung erinnert in einzelnen Aspekten an die Internierung in einem ›offenen Gefängnis‹ oder die Versetzung in eine Strafkompanie [...]«, EGMR, Urt. v. 06.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi/Italien) – Rn. 95 (Hudoc). Siehe hierzu auch die kritische Entscheidungskommentierung von Lübbe-Wolf, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 825.

### *b. Ordnungsrechtliche Konkretisierung im deutschen Migrationsrecht*

Ende 2017 lebten von 469.000 Geflüchteten, die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bezogen, 55,6% in Sammelunterkünften.<sup>99</sup> Mit den steten rechtlichen Änderungen des Asylgesetzes, die auch die Länge der Wohnverpflichtung in Erstaufnahmeeinrichtungen ausdehnten, dürfte sich diese Quote noch einmal erhöht haben. Die Unterbringung ist dabei zwar ein zentraler räumlicher Steuerungsmechanismus des deutschen Asylverfahrens, bei dem nicht zuletzt mit dem Konzept der AnkER-Zentren versucht wurde, das Asylverfahren inklusive aller behördlicher Prozesse am Ort der Erstaufnahmeeinrichtung zu konzentrieren. Zugleich bleibt sie in der Rechtsdogmatik der deutschen Rechtswissenschaft erstaunlich unbeleuchtet. Das deutsche Migrationsverwaltungsrecht normiert die Unterbringung primär im Rahmen des Asylverfahrens und konstruiert die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte dabei als klassische Befehlsempfängerinnen und -empfänger der hoheitlich-imperativen Verwaltung. Konkrete Erwähnung findet die Unterbringung von Geflüchteten im Asylgesetz<sup>100</sup> (AsylG), Aufenthaltsrechtsgesetz<sup>101</sup> (AufenthG) und Asylbewerberleistungsgesetz<sup>102</sup> (AsylbLG) (zur Unterbringung als Leistung siehe C II 2 b). Während das Asylgesetz die Verpflichtung zum Wohnen in Erstaufnahmeeinrichtungen, § 47 AsylG, und die Folgeunterbringung, § 53 AsylG, festschreibt, erwähnt das Aufenthaltsrecht die Möglichkeit der Länder zur Schaffung von Ausreisezentren, § 62 AufenthG, für Geflüchtete, deren Asylantrag abgelehnt wurde.

#### *(1) Die Pflicht zur Wohnsitznahme und die Wohnsitzauflage im Asylgesetz*

Das Asylgesetz unterscheidet grundsätzlich zwei Arten der Unterbringung von Asylbegehrenden. § 47 AsylG nennt zunächst die

99 *Statistische Ämter des Bundes und der Länder* (Hg.), Soziale Mindestsicherung in Deutschland 2017 (2019), S. 26.

100 Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.09.2008 (BGBl. I S. 1798), das zuletzt durch das Gesetz vom 21.12.2022 (BGBl. I S. 2817) m.W.v. 01.01.2023 geändert worden ist.

101 Aufenthaltsrechtsgesetz (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.02.2008 (BGBl. I S. 162), das zuletzt durch Gesetz vom 21.12.2022 (BGBl. I S. 2847) m.W.v. 31.12.2022 geändert worden ist.

102 Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.08.1997 (BGBl. I S. 2022), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23.05.2022 (BGBl. I S. 760) geändert worden ist.

Aufnahmeeinrichtung, § 53 nennt im Anschluss die Folgeunterbringung in Gemeinschaftsunterkünften. Dass es sich bei Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften um unterschiedliche Arten der Unterbringung handelt, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, leitet sich aber aus der Systematik des Asylgesetzes her, aus der sich ergibt, dass Aufnahmeeinrichtungen als Erstaufnahmeeinrichtungen zur Unterbringung von Asylsuchenden direkt nach Stellung des Asylantrags gedacht sind, während Gemeinschaftsunterkünfte der Folgeaufnahme dienen.<sup>103</sup> Der Sinn und Zweck der Unterbringung sowohl in Aufnahmeeinrichtungen als auch Gemeinschaftsunterkünften besteht laut Literatur in der Beschleunigung und Straffung des Asylverfahrens;<sup>104</sup> aus historischer Perspektive wird auf die Funktion der Abschreckung verwiesen,<sup>105</sup> wobei diese Ziele in der aktuellen Rechtsprechung teilweise durch die desintegrierende Funktion<sup>106</sup> ersetzt werden. Dabei wird die Unterbringung in Sammelunterkünften in der Literatur teilweise nicht zweifelsfrei als zweckmäßig bewertet, um das Ziel der Beschleunigung der Asylverfahren zu erreichen, was jedoch nicht zu einer Verfassungswidrigkeit führe.<sup>107</sup> Während dabei die Unterbringung in der Erstaufnahmeeinrichtung

<sup>103</sup> *Hailbronner*, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 44 AsylG Rn. 1; *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022), § 44 AsylG Rn. 2; *Heusch*, in: *BeckOK Ausländerrecht*, 36. Aufl. (2023), § 44 AsylG Rn. 3.

<sup>104</sup> *Heusch*, in: *BeckOK Ausländerrecht*, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 1; *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022), § 53 AsylG Rn. 7; *Giesler*, in: *Huber/Mantel. Aufenthaltsrecht/Asylgesetz*, 3. Aufl. (2021), § 47 AsylG Rn. 1; *Funke-Kaiser*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz* (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023), § 47 Rn. 8; *Marx*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 47 Rn. 1; *Engler*, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2019.

<sup>105</sup> *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022), § 53 AsylG Rn. 7.

<sup>106</sup> VG Arnsberg, Beschl. v. 11.04.2022 – 9 L 228/22 – Rn. 25 (juris); VG Düsseldorf, Urt. v. 09.11.2009 – 23 K 4949/08 – Rn. 58 (juris); VG München, Beschl. v. 10.11.2008 – M 24 E 08.5019 – Rn. 26 (juris).

<sup>107</sup> »Eine *Beschleunigung* der Asylverfahren kann durch die Vorschrift des Abs. 1 S. 1 kaum erzielt werden; die Erreichbarkeit der Asylbewerber wird durch das Zusammenleben mit anderen nicht automatisch verbessert, eher kann es dadurch zu unerwünschten Absprachen für das Asylvorbringen kommen oder aber zu Auseinandersetzungen zwischen verfeindeten Gruppen, die sich ebenfalls ungünstig auf die Art und Weise auswirken können, wie Asylverfahren betrieben werden. Nach alledem muss *ernstlich bezweifelt* werden, ob die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften allgemein als sinnvoll angesehen werden kann. Hierauf kommt es indes für die Geltung und insbesondere die *Verfassungsmäßigkeit* dieser Vorschrift letztlich nicht an«. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl.

durch die gesetzliche Wohnverpflichtung mit dem Asylverfahren explizit über ein Set von Ge- und Verboten sowie rechtlichen Sanktionen verknüpft wird, steht die Gestaltung der Unterbringung in der Gemeinschaftsunterkunft stärker im Ermessen der Behörde. So wurden die repressiven Pflichten während des Wohnens in Erstaufnahmeeinrichtungen seit 2015 sukzessive verschärft. In Bezug auf die Folgeunterbringung in Gemeinschaftsunterkünften lassen sich aber auch Tendenzen hin zur stärkeren Einbeziehung der Lebensumstände der Geflüchteten finden, wie sich im Folgenden zeigen wird.

### (a) Erstaufnahmeeinrichtung

Insbesondere die Unterbringung in der Erstaufnahme wird demnach durch die ordnungsrechtlichen Pflichten der Asylantragsstellenden dominiert. § 47 Abs. 1 S. 1 AsylG verpflichtet Geflüchtete, die einen Asylantrag gestellt haben,

bis zur Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag und im Falle der Ablehnung des Asylantrags bis zur Ausreise oder bis zum Vollzug der Abschiebungsandrohung oder -anordnung, längstens jedoch bis zu 18 Monate, bei minderjährigen Kindern und ihren Eltern oder anderen Sorgeberechtigten sowie ihren volljährigen, ledigen Geschwistern längstens jedoch bis zu sechs Monate, in der für ihre Aufnahme zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen.

Die ehemalige Höchstdauer der Wohnverpflichtung von drei Monaten wurde 2015 im Rahmen des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes<sup>108</sup>

(2022), § 53 AsylG Rn. 8. Anders sieht es Heusch in Bezug auf die Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen: »Die Wohnpflicht soll – wie sich auch aus § 47 Abs. 3 AsylG ergibt – gewährleisten, dass der Ausländer für die zuständigen Behörden und Gerichte (jederzeit) erreichbar ist [...]. Dies ist gerade in Zeiten unverändert hoher Asylbewerberzahlen und des damit verbundenen organisatorischen und verfahrensmäßigen Aufwands unverzichtbar. Nur so ist sichergestellt, dass der Ausländer für die in dieser Phase vorgesehene persönliche Anhörung nach § 25 AsylG auch kurzfristig bereit steht«, *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 1. Kritischer ist Heusch jedoch in Bezug auf Gemeinschaftsunterkünfte: »Freilich hängt es wesentlich von den konkreten Einzelumständen ab, ob eine Gemeinschaftsunterkunft für die Allgemeinheit kostengünstiger ist als eine andere Form der Unterbringung. Zweifel sind auch angebracht, ob nicht die Umstände einer Gemeinschaftsunterkunft die Durchführung des Asylverfahrens erschweren können«, *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 53 AsylG Rn. 3.

<sup>108</sup> Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015, BGBl. I Nr. 40 2015, S. 1722.

auf sechs Monate<sup>109</sup> und 2019 im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>110</sup> auf 18 Monate erhöht, wobei schon 2017 durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>111</sup> die Möglichkeit geschaffen wurde, die Höchstdauer der Wohnpflicht durch Landesgesetze bis auf 24 Monate zu erhöhen, § 47 Abs. 1b AsylG. Für Asylsuchende aus einem sicheren Herkunftsstaat<sup>112</sup> gilt seit 2015<sup>113</sup> die Verpflichtung, in einer Erstaufnahmeeinrichtung zu wohnen, nach § 47 Abs. 1a AsylG in jedem Fall bis zur Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge über den Asylantrag.<sup>114</sup> Die Länge der gesetzlichen Wohnpflicht richtet sich also in diesem Zusammenhang nach der von der Bundesregierung veranschlagten Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Asylverfahrens (1a) bzw. der von den Ländern gesetzlich bestimmten Länge (1b) und folgt damit rein ordnungsrechtlichen Prämissen des Asylverfahrens.<sup>115</sup> Sie ist fundamentaler Bestandteil der

<sup>109</sup> Art. 1 Nr. 15 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015, BGBl. I Nr. 40 2015, S. 1722.

<sup>110</sup> Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019, BGBl. I Nr. 31 2019, S. 1294.

<sup>111</sup> Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.07.2017, BGBl I Nr. 52 2017, S. 2780.

<sup>112</sup> Die Liste der sicheren Herkunftsstaaten ist in Anlage II zum Asylgesetz zu finden. Am 21.05.2018 waren dies etwa: Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, ehemalige jugoslawische Republik Montenegro, Senegal, Serbien.

<sup>113</sup> Art. 1 Nr. 15 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz I vom 20.10.2015, BGBl. I Nr. 40 2015, S. 1722.

<sup>114</sup> Flüchtlingsorganisationen äußerten hierzu starke Kritik. Pro Asyl verfasste in diesem Rahmen einen offenen Brief, *Pro Asyl*, Offener Brief zur Abstimmung zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, Pressemitteilung vom 14.10.2015.

<sup>115</sup> Heusch sieht darin trotz Zweifel an der Effektivität der Regelung keine rechtlichen Bedenken: »Rechtliche Bedenken gegen diese Vorschriften bestehen nicht. Im Gegenteil: Im staatlichen Interesse wie der ohnehin durch die Menge der unterzubringenden Asylbewerber hoch belasteten Kommunen liegt es, wenn eine Verteilung auf diese vermieden werden kann. Ob die Regelung die erhofften Effekte hat, erscheint derzeit freilich zweifelhaft, jedenfalls bis die Länder über hinreichend große Aufnahmekapazitäten verfügen«. Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 Asyl G Rn. 12a. Ähnlich Bergmann: »Die durch das AsylVfBeschlG 2015 eingeführte Möglichkeit der ggf. längeren Wohnverpflichtung nach Abs. 1a und die für die Länder nach ihrem politischen Ermessen – ohne Beschränkung auf bestimmte Fall- oder Staatengruppen – durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht 2017 eingeführte entsprechende spezielles gesetzliche Möglichkeit gemäß Abs. 1b sollte dazu beitragen, dass der Aufenthalt bei nicht schutzbedürftigen Antragstellern bzw. Antragstellern ›ohne

Verschärfungen in der Flüchtlingsunterbringung seit 2015 und wurde vom federführenden Innenminister Horst Seehofer in der Verteidigung des Haushalts 2018 als »Asylwende« und damit eine erfolgreiche Migrationspolitik angeführt.<sup>116</sup>

Nach § 46 Abs. 1 S. 1 AsylG ist zunächst die Aufnahmeeinrichtung, bei der sich die Asylbegehrenden gemeldet haben, um Asyl zu beantragen, für ihre Unterbringung zuständig. Ist eine Unterbringung dort nicht möglich, erfolgt eine Verteilung auf eine zuständige Aufnahmeeinrichtung nach dem Königsteiner Schlüssel, §§ 22 Abs. 1 S. 2, 45 Abs. 1, 46 Abs. 2 AsylG. Die Asylbegehrenden sind sodann verpflichtet, zu der zugewiesenen Aufnahmeeinrichtung zu reisen, um dort ihren Wohnsitz zu nehmen und den Asylantrag zu stellen. Um diese Pflicht zur Wohnsitznahme in der zugewiesenen Aufnahmeeinrichtung durchzusetzen, stellt das Asylgesetz mehrere Sanktionsmöglichkeiten bei Nicht- oder nicht rechtzeitiger Meldung in der zugeteilten Aufnahmeeinrichtung zur Verfügung: Die Asylsuchenden müssen beispielsweise innerhalb von zwei Wochen in der zugeteilten Aufnahmeeinrichtung der am nächsten gelegenen Außenstelle des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge erscheinen,

Bleibeperspektive *rascher als bisher beendet* werden kann. Zudem sollte wohl i.V.m. dem Sachleistungsprinzip in den Einrichtungen eine Art *Ab-schreckungseffekt* erzielt werden, aus asylfremden Gründen nach Deutschland zu kommen. Dass hierdurch die Rechtpflicht zur Durchführung eines »fairen Asylverfahrens« verletzt würde, kann nicht generell erkannt werden«, Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 47 AsylG Rn. 3. Anders jedoch Giesler: »Die vor allem generalpräventiv begründeten Sonderregelungen für Asylsuchende aus sicheren Herkunftsstaaten begegnen gleichheitsrechtlichen Bedenken«, Giesler, in: Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021), § 47 AsylG Rn. 8.

<sup>116</sup> »Schließlich Arbeitsnachweis Nummer fünf – ich habe leider nicht mehr Zeit, sonst müsste ich noch weitere sieben Arbeitsnachweise vortragen –: Das ist die Migrationspolitik. [...] Einrichtung von Transitzentren, aus denen Asylbewerber in kürzester Zeit direkt in die zuständigen Länder zurückgewiesen werden (Zuruf von der LINKEN: Buh! – Andrea Nahles [SPD]: Das wollen wir nicht! Jetzt reicht's mir aber!) Lassen Sie mich aus Zeitgründen hierzu nur einen Satz sagen: Es sind keine geschlossenen Anstalten. Unser Grundgesetz sieht vor, dass die Zurückführung innerhalb von 48 Stunden erfolgen muss. Es sind deshalb keine geschlossenen Anstalten, weil man zwar nicht in die Bundesrepublik Deutschland einreisen darf, aber jederzeit zurückreisen darf in jedes andere Land, in das man zurückzureisen wünscht. [...] Das ist eine echte Asylwende, die hier eingeleitet wird«. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht von der 46. Sitzung, Plenarprotokoll 19/46, S. 4806. Auch hier findet sich insofern die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Flughafentransitbereich bereits erwähnte Argumentation wieder, nach der deshalb keine Grundrechtseingriffe vorlägen, da eine Ausreise theoretisch möglich sei (siehe Kapitel C, Fn. 96).

um den Asylantrag zu stellen, da sonst etwa die Aufenthaltsbestimmung nach § 67 Abs. 1 Nr. 2 AsylG erlischt. Kommen die Antragsstellenden der Weiterleitung an die für sie zuständige Aufnahmeeinrichtung nicht »unverzüglich« nach, wird zudem angenommen, dass sie das Asylverfahren nicht betreiben und das Asylverfahren wird eingestellt, § 22 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 33 Abs. 1 AsylG.<sup>117</sup>

Die allgemeine Pflicht zum Wohnen in Erstaufnahmeeinrichtungen wird in § 47 Abs. 3 AsylG konkretisiert, der die Funktion der gesetzlichen Wohnpflicht für das Asylverfahren expliziert: »Für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, ist der Ausländer verpflichtet, für die zuständigen Behörden und Gerichte erreichbar zu sein«. Diese Pflicht zur Erreichbarkeit umfasst nach einhelliger Meinung dabei nicht die Pflicht zur ständigen Anwesenheit,<sup>118</sup> gelegentliche Abwesenheiten über Nacht oder tagsüber führen nicht zu einer Verletzung der Pflicht zur Wohnsitznahme. Andererseits reicht eine schriftliche oder telefonische Erreichbarkeit nicht, da sie eine schnelle Reaktion auf etwaige Einladungen für persönliche Anhörungen im Asylverfahren nicht gewährleistet.<sup>119</sup> Die Sicherstellung der Erreichbarkeit, zum Beispiel durch die Streichung der Auszahlung des Geldbetrags für jeden Tag, an dem die

<sup>117</sup> Die Antragsstellenden können jedoch die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen, § 33 Abs. 5 S. 1 AsylG. Vergehen mehr als neun Monate, wird der Asylantrag als Folgeantrag, § 71 AsylG, behandelt, § 33 Abs. 5 S. 5 Nr. 1 AsylG. Die ursprünglichen Fluchtgründe (des ersten Asylantrags) können dann nicht mehr geltend gemacht werden. Bis 2016 galt dies auch vor dem Ablauf von neun Monaten, vgl. VG Magdeburg, Urt. v. 8.07.2015 – 9 A 268/14 – Rn. 22 (juris).

<sup>118</sup> Vgl. *Funke-Kaiser*, in: Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023), § 47 Rn. 40; *Hailbronner*, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 47 AsylG Rn. 6; *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 6; *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022), § 47 AsylG Rn. 6. Siehe auch VG Münster, Beschl. v. 16.07.2021 – 6 L 412/21 – Rn. 12 (juris). Zu dieser Pflicht zählt nach dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen auch, dass Bewohnerinnen und Bewohner, die in andere Erstaufnahmeeinrichtungen verlegt werden, einen Wechsel ihres Wohnorts melden müssen, OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 04.12.2001 – 11 A 3003/01.A – Rn. 13 (juris).

<sup>119</sup> *Hailbronner*, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 47 AsylG Rn. 29; *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022), § 47 AsylG Rn. 6. Erreichbar ist ein Bewohner demnach etwa auch dann nicht, wenn er sich zwar in der 2000 Schlafplätze-großen Unterkunft aufhält, allerdings nicht in seinem Zimmer bzw. an einem für die Behörden nicht erkennbaren Ort, OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 14.09.2018 – 1 LA 40/18 – Rn. 9 (juris). Dies wiederum ist für die Zustellung von asylrechtlichen Bescheiden nach § 10 Absatz 4 S. 4 AsylG relevant, siehe hierzu

Asylsuchenden nicht in der Unterkunft anwesend waren, ist laut Rechtsprechung jedoch rechtswidrig.<sup>120</sup> Ebenso dürfen kurze Abwesenheiten nicht auf die Länge der Wohnverpflichtung nach § 47 Abs. 1 S. 1 AsylG angerechnet werden.<sup>121</sup>

Dass die gesetzliche Wohnpflicht in Erstaufnahmeeinrichtungen dabei den ordnungspolitischen Prämissen der Verfahrensbeschleunigung folgt, zeigt sich auch darin, dass die gesetzliche Wohnpflicht selbst als Sanktion eingesetzt wird. So wird ein Fernbleiben von der Erstaufnahmeeinrichtung nicht nur durch asylrechtliche Statusveränderungen sanktioniert, sondern andersherum wird der Verbleib in der Erstaufnahmeeinrichtung selbst als Sanktion bei Verstößen gegen verfahrensrechtliche Pflichten eingesetzt: Die Höchstdauer der Wohnverpflichtung in der Erstaufnahmeeinrichtung von 18 Monaten kann nach § 47 Abs. 1 S. 3 Nr. 1, 2 AsylG etwa dann überschritten werden, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkunft den Mitwirkungspflichten am Asylverfahren nach § 15 AsylG nicht nachkommen. Diese beinhalten beispielsweise die Pflicht zu Passbeschaffung, § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylG. In der Literatur<sup>122</sup> und Rechtsprechung<sup>123</sup> werden die Sanktionsmaßnahmen, wenn überhaupt, kurz erwähnt und begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dass hier jedoch de facto eine Verlängerung des Minderbedarfs Sammelunterkunft vorgenommen wird (hierzu mehr unter C II 2 c), wird nicht beanstandet.

An die Wohnverpflichtung in der Aufnahmeeinrichtung ist ebenfalls eine räumliche Beschränkung auf den Bezirk der Aufnahmeeinrichtung geknüpft, § 56 Abs. 1 AsylG, die erst erlischt, wenn die Asylantragsstellenden nicht mehr verpflichtet sind, in der Erstaufnahmeeinrichtung zu wohnen, § 59 a Abs. 1 S. 2 AsylG. Die gesetzliche Wohnpflicht endet

auch *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 7.

<sup>120</sup> VG Magdeburg, Urt. v. 20.01.2003 – 6 A 672/02 MD.

<sup>121</sup> So jüngst vom VG Münster entschieden in einem Fall, in dem die zuständige Behörde den Kläger verpflichten wollte, über die 18-Monatsfrist des § 47 Abs. 1 S. 2 AsylG hinaus in der Erstaufnahmeeinrichtung zu bleiben, da er durch Krankenhausaufenthalte und gelegentliche Abwesenheiten 132 Abwesenheitstage gesammelt habe, die auf die 18 Monate anzurechnen seien, VG Münster, Beschl. v. 16.07.2021 – 6 L 412/21. Kurze Abwesenheiten verletzen dabei auch keine Mitwirkungspflichten des Asylantragsstellenden am Asylverfahren nach § 15 AsylG, VG Arnsberg, Beschl. v. 11.04.2022 – 9 L 228/22 – Rn. 38 (juris).

<sup>122</sup> *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 9; *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 47 AsylG Rn. 3; *Giesler*, in: Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021), § 47 AsylG Rn. 7.

<sup>123</sup> VG Arnsberg, Beschl. v. 11.04.2022 – 9 L 228/22 – Rn. 22 (juris).

unter anderem regulär, wenn der Asylantrag positiv beschieden wurde, § 48 Nr. 2 AsylG.

Mit der Normierung der Unterbringung als ordnungsrechtliche Verpflichtung im Rahmen des Asylverfahrens scheint es folgerichtig, dass das AsylG keine Gewährleistungsgehalte der Unterbringung, wie etwa in Form von gesetzlichen Mindeststandards, festlegt.<sup>124</sup> Problematisch ist insofern jedoch, dass dies auch nicht im (leistungsrechtlichen) Asylbewerberleistungsgesetz nachgeholt wird, sondern dieses vielmehr auf das AsylG verweist. Teile der Kommentarliteratur verweisen in diesem Zusammenhang lediglich auf die grundrechtlichen Grenzen der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG,<sup>125</sup> und orientieren sich an der vereinzelten älteren Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Beschaffenheit von Gemeinschaftsunterkünften,<sup>126</sup> ohne darüber hinausgehende Maßstäbe zu entwickeln. Vereinzelt wird die Frage zu den Mindeststandards jedoch unter Bezugnahme grundrechtlicher Grenzen sowie des Europarechts ausgearbeitet<sup>127</sup> (hierzu mehr unter B 3). Die Regelung zum Schutz

<sup>124</sup> Bergmann hebt in diesem Zusammenhang die Funktion der Regelungen zur Unterbringung im AsylG hervor: »Das Gesetz [§ 44 AsylG] regelt dagegen – von Abs. 3 abgesehen – nicht die *Beschaffenheit* dieser Einrichtungen und auch nicht die Art und Weise, wie die Länder ihren Verpflichtungen unter Beachtung des jeweiligen Verfassungs- und Kommunalrecht nachkommen sollen. Sinn und Zweck des gesamten Verteilungs- und Unterbringungssystems und die Verpflichtungen des BAMF zur Schaffung von Außenstellen nach § 5 III zwingen aber jedes Land zur Bereitstellung mindestens einer Aufnahmeeinrichtung«, Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 44 AsylG Rn. 3.

<sup>125</sup> Funke-Kaiser, in: Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023), § 44, Rn. 20; Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 44 AsylG Rn. 9.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu die Kommentierung von Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 44 AsylG Rn. 9 mit Verweis auf VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 15. Mai 1986 – A 12 S 364/86 (Leitsatz: »Ein Verstoß gegen die Menschenwürde (GG Art 1 Abs 1) liegt nicht schon deshalb vor, weil Asylbewerber während der Dauer des Asylverfahrens in beengten Verhältnissen untergebracht sind.«); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.06.1986 – 19 B 1020-1021/86. Dass dabei teilweise auf Rechtsprechung zurückgegriffen wird, die noch vor der Einführung des Asylbewerberleistungsgesetzes und der Verabschiedung der Aufnahmerichtlinie liegt, ist sicherlich dem allgemeinen Mangel an Rechtsprechung zur Frage der Mindeststandards von Aufnahmeeinrichtungen geschuldet.

<sup>127</sup> Mit Verweis auf die aktuellen Fragen zum Grundrechtsschutz in Aufnahmeeinrichtungen nach Art. 13 GG sowie den Vorgaben der europäischen Aufnahmerichtlinie stellt der Beitrag von Giesler wohl eine der ausführlichsten Auseinandersetzungen in der Kommentarliteratur dar, Giesler, in: Huber/

schutzbedürftiger Gruppen in den Aufnahmeeinrichtungen nach § 44 Abs. 2 a AsylG ist dabei eine Ermessensvorschrift, die den Asylbegehrer den keine stärkere Rechtsstellung verschafft; die Länder »sollen geeignete Maßnahmen treffen, um bei der Unterbringung [...] den Schutz von Frauen und schutzbedürftiger Personen zu gewährleisten«. Sie stellt nach der herrschenden Literaturmeinung keinen Anspruch auf eine gesonderte Unterbringung besonders schutzbedürftiger Asylbegehrender dar.<sup>128</sup>

Die rechtliche Regelung der Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen orientiert sich demnach primär an etwaigen Asylverfahrensprämissen wie etwa einer effizienten Durchführung durch die Erreichbarkeit der Bewohnerinnen und Bewohner und knüpft die Unterbringungsart an den asylrechtlichen Status bzw. im Falle der Asylantragsstellenden aus sicheren Herkunftsländern an Wahrscheinlichkeitsquoten für den Erfolg des Asylverfahrens. Die Bewohnerinnen und Bewohner treffen dabei viele Pflichten, faktisch besitzen sie jedoch nur wenige Rechte.

Schon die rechtliche Pflicht zur Rechtsaufklärung verschafft den Asylbegehrenden dabei keine stärkere rechtliche Position. Zwar ist die Leitung der Unterkunft nach § 47 Abs. 4 AsylG verpflichtet, innerhalb von 15 Tagen nach der Ankunft in der Erstaufnahmeeinrichtung die Asylsuchenden mit Informationen über Rechte und Pflichten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sowie über möglichen Rechtsbeistand und Beratungsstellen zu medizinischer Versorgung in einer ihnen kenntlichen Sprache, notfalls mündlich, auszustatten. An die Nicht-Einhaltung der Vorschrift sind jedoch keine rechtlichen Folgen geknüpft,<sup>129</sup> so dass diese als subjektiver

Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021), § 44 AsylG Rn. 2ff. Ebenso Marx, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 44, Rn. 10; Bender/Bethke, in: Hofmann. Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 44 AsylG Rn. 2ff.

128 »Die Vorschrift ist bewusst als an die Länder gerichtete Sollregelung ohne strikten Verpflichtungscharakter konzipiert. [...] Eigenständige Rechtsansprüche von Asylbewerbern lassen sich aus Abs. 2 a nicht ableiten«, Hailbronner, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 44 AsylG Rn. 15. Dem zustimmend mit dem Hinweis auf die Gefahr eines »Show-Rechts«: Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 44 AsylG Rn. 4. Giesler meint in diesem Zusammenhang, »die Umsetzung als Soll-Vorschrift wird der unionsrechtlichen Verpflichtung nicht gerecht«, Giesler, in: Huber/Mantel. Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021), § 44 AsylG Rn. 5. Zum europarechtlichen Ursprung der Begriffe der Schutzbedürftigkeit und Vulnerabilität siehe Kapitel C II 3 a, b. Zur Umsetzung eines präventiven Gewaltschutzes in den Unterkünften siehe Kapitel C III 4 a.

129 Anders ist dies etwa in § 66 Abs. 3 SGB I geregelt, der rechtliche Folgen an einen fehlenden Hinweis knüpft: »Sozialleistungen dürfen wegen fehlender Mitwirkung nur versagt oder entzogen werden, nachdem der

Anspruch ins Leere läuft: Sofern die Einhaltung und somit die Rechtsaufklärung eingeklagt wird, haben die betroffenen Asylbegehrenden bereits eigenständig einen Rechtsbeistand aufgesucht und sich über ihre Rechte informiert. In der Praxis findet diese rechtliche Aufklärung zudem regelmäßig nicht statt.<sup>130</sup> Es gibt auch keinen Anspruch auf einen unmandatierten Zugang von Rechtsberatungen zu den Unterkünften.<sup>131</sup>

Des Weiteren besteht auch kein allgemeiner Rechtsanspruch auf Zuteilung zu einer bestimmten Aufnahmeeinrichtung; § 46 Abs. 2 a AsylG dient primär der »Lastenverteilung zwischen den Ländern«.<sup>132</sup> § 46 Abs. 3 AsylG sieht jedoch vor, dass Familienangehörige als »Gruppe« registriert und in dieselbe Aufnahmeeinrichtung verteilt werden. Zur Gruppe der Familienangehörigen zählen allerdings nach Teilen der Rechtsprechung lediglich Ehe- oder Lebenspartnerinnen und Lebenspartner sowie eigene Kinder, mit Verweis auf die Regelungen zum Familiennachzug nach § 26 AsylG nicht aber andere Familienangehörige wie etwa Geschwister.<sup>133</sup> Darüber hinaus kann mit einer entsprechenden Anwendung des § 15a Abs. 1 S. 6 AufenthG eine Nicht-Verteilung auf spezifische Aufnahmeeinrichtungen, in der den Asylbegehrenden Gefahr für die körperliche Unversehrt-heit droht, »aus zwingenden Gründen« beantragt werden.<sup>134</sup>

Leistungsberechtigte auf diese Folge schriftlich hingewiesen worden ist und seiner Mitwirkungspflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist nachgekommen ist«. Siehe zu den Voraussetzungen der Hinweispflicht BSG, Urt. v. 12.10.2018 – B 9 SB 1/17 R – Rn. 32 (juris).

<sup>130</sup> Keine der für diese Arbeit interviewten Bewohnerinnen oder Bewohner hatte zum Zeitpunkt der Interviews eine solche rechtliche Aufklärung erhalten.

<sup>131</sup> Dies hat das Bundesverwaltungsgericht am 28.03.2023 entschieden. Weder aus § 12a AsylG noch aus Art. 18 Abs. 2 Buchst. c der Aufnahmegerichtlinie (RL 2013/33/EU) ergebe sich ein von vorheriger Mandatierung unabhängiger Anspruch von Trägern der Asylverfahrensberatung auf Zugang zu Aufnahmeeinrichtungen, BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 – I C 40/21 – Rn. 19ff., 47ff. (juris).

<sup>132</sup> VG Bayreuth, Beschl. v. 08.06.2017 – B 3 E 17.32078 – Rn. 28 (juris); VG Trier, Urt. v. 05.03.2020 – 10 K 5062/19.TR – Rn. 28 (juris).

<sup>133</sup> Im Fall eines volljährigen Asylsuchenden, der in die Aufnahmeeinrichtung seiner Geschwister weiterverteilt werden wollte, urteilte das VG Trier: »Auch führen weder die ›unzureichenden Deutschkenntnisse‹ noch die – nicht näher dargelegten – psychischen Probleme aufgrund der Trennung von seiner Familie zu einer besonderen Härte für den Kläger, vielmehr betreffen solche Probleme die weit überwiegende Mehrheit der Asylsuchenden«, VG Trier, Urt. v. 05.03.2020 – 10 K 5062/19.TR – 29 (juris). Ähnlich das VG Würzburg zu einem Weiterleitungswunsch einer volljährigen Antragstellerin mit posttraumatischer Belastungsstörung in das Bundesland, in dem ihre Familie wohnt, bei dem es eine analoge Anwendung des § 51 AsylG ablehnt, VG Würzburg, Beschl. v. 01.03.2021 – W 2 E 21.30197 – Rn. 25 (juris).

<sup>134</sup> Die Verwaltungsgerichte haben insofern eine Regelungslücke des Asylgesetzes geschlossen, indem sie § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG entsprechend

Die zeitlichen Grenzen der Wohnverpflichtung in Erstaufnahmeeinrichtungen vermitteln dabei nicht zwingender Weise einen rechtlichen Anspruch auf eine Beendigung der Verpflichtung. Denn ob sich in Bezug auf die Höchstdauer der Wohnverpflichtung<sup>135</sup> ein Anspruch der Bewohnerinnen und Bewohner auf eine Umverteilung in eine Gemeinschaftsunterkunft herleiten lässt, ist umstritten. Ein Teil der Literatur spricht sich für einen Rechtsanspruch auf Entlassung nach Verstreichen der 18-Monats-Frist aus,<sup>136</sup> während andere an einer Wohnverpflichtung

anwenden. Dieser gilt vom Wortlaut her nur für illegal Eingereiste, das heißt eben gerade nicht für Asylantragsstellende, nennt jedoch in Abs. 1 S. 6 »zwingende Gründe«, die gegen eine Verteilung sprechen können. Das AsylG selbst sieht eine solchen Einbezug der Interessen der Asylantragsstellenden bei der Verteilung auf Aufnahmeeinrichtungen nicht vor, weshalb die Gerichte eine planwidrige Regelungslücke annehmen, deren Bestand gegen Verfassungsrecht verstößt, und deshalb auf § 15 Abs. 1 S. 6 AufenthG zurückgreifen. Unter zwingenden Gründen subsumieren die Verwaltungsgerichte dabei insbesondere ernsthafte Gesundheitsgefährdungen. Das VG Magdeburg wandte § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG analog an, um einen »zwingenden Grund« nach § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG bei einer Asylantragsstellenden anzunehmen, der nach der Flucht vor ihrem gewalttägigen Ehemann aus Saudi-Arabien eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit in einer Unterkunft drohte, in der gebündelt die Verfahren von Asylsuchenden aus Saudi-Arabien behandelt werden, VG Magdeburg, Beschl. v. 22.01.2015 – 9 B 464/14 – Rn. 13 (juris). Das VG Bremen nahm »zwingende Gründe« nach § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG analog an, die gegen die Weiterleitung eines Antragsstellers sprachen, der unter einem chronifizierenden psychiatrischen Krankheitsbild litt, das psychiatrisch dringend behandlungsbedürftig war, »da andernfalls ernsthafte Schäden für Gesundheit und Leben des Antragstellers durch eine Verfestigung und Verschlimmerung der Traumafolgestörungen bis hin zu verstärkter Suizidalität drohten«, VG Bremen, Beschl. v. 02.06.2020 – 4 V 382/20 – Rn. 11 (juris). Zwingende Gründe stellen auch die Notwendigkeit einer speziellen medizinische Versorgung aufgrund einer Genitalverstümmelung dar, VG Ansbach, Beschl. v. 25.06.2015 – AN 3 S 15.30853 – Rn. 18 (juris). Die analoge Anwendung des § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG bejaht auch das VG Bremen, Beschl. v. 13.08.2014 – 4 V 837/14. Anderer Ansicht das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, das stattdessen auf § 51 AsylG zurückgreifen will, OVG Bremen, Beschl. v. 04.08.2021 – 2 B 298/21 – Rn. 4 (juris).

<sup>135</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang das Urteil des VG München, das sich mit der Frage, für welche Asylantragsstellenden nach den vielen gesetzlichen Änderungen welche zeitlichen Grenzen für die gesetzliche Wohnverpflichtung gelten, VG München, Urt. v. 04.03.2016 – M 24 K 15.5815.

<sup>136</sup> *Hailbronner*, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 47 AsylG Rn. 8; *Marx*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 47

auch nach Verstreichen dieser Frist festhalten.<sup>137</sup> Ab wann ein solcher Anspruch überhaupt besteht, hängt auch von den jeweiligen Landesaufnahmegerichten ab, die die Wohnpflicht in Erstaufnahmeeinrichtungen auf bis zu 24 Monate erhöhen können (s.o.). Das VG Karlsruhe stellte 2017 fest, dass Asylsuchende nach Verstreichen der (2017 noch geltenden) 6-Monatsfrist zwar einen Anspruch auf Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung, aber keinen Anspruch auf Umverteilung in eine Gemeinschaftsunterkunft haben:

Der Asylbewerber, der über sechs Monate in einer Aufnahmeeinrichtung wohnt, wird nicht ungebührlich in Anspruch genommen. § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG regelt gerade, dass die Verpflichtung, in der zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, nur für höchstens sechs Monate gilt und daher spätestens dann endet. Der Asylbewerber ist hiernach frei, einen anderen Wohnsitz zu nehmen. [...] Hierzu bedarf es keiner Umsetzung durch behördliche Verfügung. [...] Dass ein Asylbewerber aus faktischen Gründen mehr als sechs Monate in einer Aufnahmeeinrichtung verweilen muss, solange er nicht umverteilt wurde, stellt hingegen keinen staatlichen Eingriff dar, der einen Anspruch auf Umverteilung zufolge hätte. Die Behörden müssen lediglich dafür Sorge tragen, dass ein angemessener Lebensstandard gewährleistet wird, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet (vgl. Art. 17 Abs. 2 RL 2013/33/EU). Darüber hinaus hingegen besteht kein Anspruch auf eine andere oder gar bessere Unterkunft.<sup>138</sup>

Da es allen Asylsuchenden nach § 61 Abs. 1 S. 1 AsylG in der Regel verboten ist zu arbeiten, solange sie verpflichtet sind, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, wird die Möglichkeit, sich nach Verstreichen der Frist eine Wohnung außerhalb der Gemeinschaftsunterkünfte zu nehmen, wohl nur auf einen sehr kleinen Teil der Asylbegehrenden zutreffen. Für die restlichen Asylsuchenden bedeutet die Verwehrung eines Platzes in einer Gemeinschaftsunterkunft bzw. die Erstattung der Kosten einer Privatwohnung eine faktische Pflicht, auch länger als sechs bzw. 18 Monate in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Auffällig ist hier die Parallelität zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Unterbringung im Flughafentransitbereich (s.o.). Die Rechtseinschränkung

Rn. 11; *Funke-Kaiser*, in: Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023), § 47 Rn. 42.

<sup>137</sup> *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022), § 47 AsylG Rn. 3; *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 47 AsylG Rn. 12.

<sup>138</sup> VG Karlsruhe, Beschl. v. 29.08.2017 – A 4 K 7956/17 – Rn. 4f. (juris). Andere Ansicht: OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.04.2003 – 17 A 3163/01 – Rn. 37 (juris); VG Düsseldorf, Urt. v. 05.07.2019 – 1 K 15351/16 – Rn. 44 (juris).

durch die *faktische* Unmöglichkeit, aus der Erstaufnahmeeinrichtung zu ziehen, sofern es an einem Umverteilungsbescheid fehlt, und damit die Einschränkung der Asylantragsstellenden in ihrem Unterkunftsbedarf, wird mit Verweis auf den mangelnden subjektiven Anspruch auf die Unterbringung in einer anderen Unterkunft abgelehnt. Aus dem Ende der Verpflichtung folgt laut dem VG Karlsruhe kein *subjektives* Recht. Es handelt sich aus dieser Perspektive um eine primär *objektive*, das heißt ordnungspolitische, Norm.

Wo Spielräume für die Asylbegehrenden eröffnet werden, beispielsweise über den Ort oder die Art der Unterbringung, sind diese eng gefasst und orientieren sich an »Härtefällen«, die ein Abweichen von der gesetzlichen Wohnpflicht nach § 47 AsylG erlauben können. Die in § 49 Abs. 2 AsylG genannten Gründe für einen frühzeitigen Auszug aus der Erstaufnahmeeinrichtung orientieren sich dabei primär an ordnungsrechtlichen Gründen: So »kann [die Verpflichtung] aus Gründen der öffentlichen Gesundheitsvorsorge sowie aus sonstigen Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder aus anderen zwingenden Gründen beendet werden«. Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung können sich beispielsweise aus gewalttätigen Auseinandersetzungen in der Unterkunft ergeben.<sup>139</sup> Die Gründe der öffentlichen Gesundheitsvorsorge sowie öffentlichen Sicherheit und Ordnung bilden primär objektiv-rechtliche Maßstäbe. In Zusammenhang mit der Frage nach der gesetzlichen Wohnpflicht in Erstaufnahmeeinrichtungen während der Corona-Pandemie stellten die Gerichte jedoch fest, dass bei der Frage nach dem Vorliegen von Gründen der öffentlichen Gesundheitsvorsorge auch individuelle Interessen der Asylantragsstellenden beachtet werden müssen, bejahten in einer Reihe von Fällen den Tatbestand von § 49 Abs. 2 Alt. 1 AsylG und nahmen eine Ermessensreduzierung auf Null an<sup>140</sup> (hierzu mehr unter C II 4 b). Vor allem aber der Zusatz der »anderen zwingenden Gründe« ermöglicht die Berücksichtigung individueller Lebensumstände, und damit einen Auszug in besonderen Härtefällen, § 49 Abs. 2 Alt. 2 AsylG.<sup>141</sup> Wann ein solcher Härtefall vorliegt, liegt dabei zunächst im Ermessen der Behörde; dieses kann gerichtlich nur bei Ermessensfehlern oder bei einer Ermessensreduzierung auf Null angefochten werden.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Marx, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 49 Rn. 6f.

<sup>140</sup> VG Münster, Beschl. v. 07.05.2020 – 6a L 365/20; VG Leipzig, Beschl. v. 22.04.2020 – 3 L 204/20.A; VG Dresden, Beschl. v. 24.04.2020 – 11 L 269/20.A.

<sup>141</sup> Marx, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 49 Rn. 7; Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 49 Rn. 5; Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 49 AsylG Rn. 9; Giesler, in: Huber/Mantel. Aufenthaltsrecht/Asylgesetz, 3. Aufl. (2021) § 49 AsylG, Rn. 6.

<sup>142</sup> Eine Ermessensreduzierung auf Null wurde 2015 beispielsweise im Fall eines an Lymphdrüsenerkrankten Mannes angenommen. Das zuständige

§ 50 AsylG sieht schließlich dann eine landesinterne Umverteilung auf die Folgeunterbringung vor, wenn nach § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AsylG der Asylantrag erfolgreich war, und nach Nr. 2 »das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Entscheidung des Bundesamtes angeordnet hat, es sei denn, der Asylantrag wurde als unzulässig nach § 29 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 [AsylG] abgelehnt«. Zudem erfolgt eine Verteilung nach § 50 Abs. 1 Satz 2 AsylG »wenn der Ausländer aus anderen Gründen nicht mehr verpflichtet ist, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen«, das heißt, etwa nach den §§ 47, 48, 49 AsylG. Mit dem Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>143</sup> 2019 hat der Gesetzgeber die zuvor bestehende Möglichkeit einer Entlassung aus der Erstaufnahme, wenn eine Entscheidung über den Asylantrag nicht »kurzfristig« möglich ist,<sup>144</sup> abgeschafft und das Gesetz insofern »grundlehrend geändert«, als eine länderübergreifende Verteilung während der Dauer der Verpflichtung zum Wohnen in einer Aufnahmeeinrichtung überhaupt nicht und danach nur ausnahmsweise nach § 51 erfolgt<sup>145</sup>.

### (β) Folgeunterbringung: Die Gemeinschaftsunterkunft

Im Rahmen der Folgeunterbringung in den Gemeinschaftsunterkünften finden die Interessen der Asylbegehrenden und damit persönliche Lebensumstände insbesondere über § 53 Abs. 1 S. 2 AsylG Einzug ins Gesetz. Die Rechtsstellung der Geflüchteten wird hier gestärkt, Wohnen wird jedoch weiterhin vor allem in seiner ordnungsrechtlichen Funktion für das Asylverfahren normiert.

Asylsuchende, die nicht mehr verpflichtet sind, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, werden nach § 50 Abs. 1 S. 1 AsylG landesintern

Gericht nahm trotz eines »Verteilungsstopps« von Kosovaren auf Gemeinschaftsunterkünfte an, dass zwingende Gründe vorlagen, die der Behörde keinen Ermessensspielraum zugestanden hätten: VG München, Beschl. v. 20.08.2015 – M 24 E 15.3558.

<sup>143</sup> Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019, BGBl I Nr. 31 2019, S. 1294.

<sup>144</sup> Der zuvorige § 50 Abs. 1 Nr. 1 AsylG (Das Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.09.2008 (BGBl. I, S. 1798), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist) sah eine Entlassung aus der Erstaufnahme vor, wenn »nicht oder nicht kurzfristig entschieden werden kann, dass der Asylantrag unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes in der Person des Ausländers oder eines seiner Familienangehörigen im Sinne des § 26 Absatz 1 bis 3 vorliegen«.

<sup>145</sup> Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 50 AsylG Rn. 2.

verteilt. Die Verteilung erfolgt nach den Vorgaben der Landesaufnahmegerichte oder Rechtsverordnungen, § 50 Abs. 2 AsylG, wobei nach § 50 Abs. 4 »die Haushaltsgemeinschaft von Familienangehörigen im Sinne des § 26 Absatz 1 bis 3 oder sonstige humanitäre Gründe von vergleichbarem Gewicht zu berücksichtigen« sind.

Nach § 53 Abs. 1 S. 2 AsylG sollen Asylsuchende »in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden«, wobei »das öffentliche Interesse als auch Belange des Ausländer zu berücksichtigen« sind, § 53 Abs. 2 AsylG. Dabei handelt es sich bei § 53 AsylG um eine ermessenslenkende Vorschrift; § 53 AsylG stellt keine Rechtsgrundlage zur Verteilung auf eine Gemeinschaftsunterkunft dar. Während die Pflicht zur Wohnsitznahme in einer Aufnahmeeinrichtung per Gesetz besteht, wird die Pflicht zur Wohnsitznahme in einer Gemeinschaftsunterkunft als Auflage von der regionalen Ausländerbehörde erlassen, deren Ermessensentscheidung von Landesgesetzen und Ausführungsverordnungen abhängt.<sup>146</sup> Die Ermächtigungsgrundlage für Behörden zur Wohnsitzverpflichtung in einer Gemeinschaftsunterkunft findet sich in § 60 Abs. 2 AsylG, der die Möglichkeit von Wohnsitzauflagen vorsieht.

Wie die Länder ihrer Fürsorgepflicht zur Unterbringung von Asylbehörenden nachkommen, liegt dabei in ihrer eigenen Verantwortung. Trotz der Regelvorgabe besteht keine zwingende Pflicht zur Schaffung von Gemeinschaftsunterkünften;<sup>147</sup> dass eine Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften politisch und ökonomisch sinnvoll sei, wird dabei nicht nur von NGOs und Geflüchtetengruppen, sondern auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur angezweifelt.<sup>148</sup> Ein Grundrecht auf eine Wohnung außerhalb der Gemeinschaftsunterkunft besteht indes laut Teilen der Literatur nicht, da es sich weder aus der Unantastbarkeit der Menschenwürde noch aus dem Grundrecht auf körperliche Unverletztheit herleiten lasse.<sup>149</sup> § 53 AsylG sei entsprechend verfassungskonform, jedoch unter der Voraussetzung, dass die Ermessensentscheidung im Einzelfall unter Vornahme einer Interessenabwägung stattfinde.<sup>150</sup>

Hierbei steht den privaten Interessen der Asylsuchenden zunächst »das öffentliche Interesse« entgegen, § 53 Abs. 1 S. 2 AsylG. Dass ein öffentliches Interesse an der Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften

<sup>146</sup> Zu den unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltungen siehe C III 1 a.

<sup>147</sup> Marx, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 53 Rn. 12; Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 8.

<sup>148</sup> Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 7; Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 53 AsylG Rn. 3; Hailbronner, Ausländerrecht (Aktualisierungslieferung 129/2023), § 53 AsylG Rn. 5.

<sup>149</sup> Zum Recht auf menschenwürdiges Wohnen siehe C II 2 a.

<sup>150</sup> Bodenbender, in: Gemeinschaftskommentar zum Asylgesetz (Aktualisierungslieferung Nr. 143/August 2023), § 53 Rn. 9; Bergmann, in: Bergmann/Dienelt.

besteht, ist durch den Hinweis »in der Regel« grundsätzlich anzunehmen.<sup>151</sup>

Dem gegenüber stehen die privaten Interessen der Asylsuchenden. Diese müssen in jedem Fall von den Asylbegehrenden vorgetragen werden und werden nicht eigenständig von der Behörde geprüft. Um einen Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft zu begründen, müssen sie demnach schwerer als das grundsätzliche öffentliche Interesse an der Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften wiegen. Gründe können nicht nur in verfassungsrechtlich geschützten Gütern liegen, sondern auch in Bedürfnissen kultureller, religiöser, gesundheitlicher oder wirtschaftlicher Art.<sup>152</sup> Zu beachten sind hier beispielsweise eine besondere Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen, psychische Belastungen oder sexistische oder rassistische Belästigungen in der Gemeinschaftsunterkunft.<sup>153</sup>

Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 8; *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 53 AsylG Rn. 4.

<sup>151</sup> *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 13; *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 53 AsylG Rn. 24. Als Gründe können dabei etwa Kosteneinsparungen oder Sicherheitsinteressen angeführt werden, *Marx*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 53 Rn. 15.

<sup>152</sup> Die in der Literatur angeführten »privaten Belange« sind durchaus breit gestreut, vgl. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht*, 14. Aufl. (2022) § 53 Rn. 12ff.; *Heusch*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 53 AsylG Rn. 20ff.; *Marx*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 53 Rn. 17ff. Beispiele aus der Rechtsprechung: Kein Anspruch einer fünfköpfigen Familie, die in einem 6-Bett-Zimmer mit einer Größe von 45 m<sup>2</sup> untergebracht ist, auf dezentrale Unterbringung bei behaupteter aber nicht bewiesener psychischer Belastung der kleineren Tochter, VG Greifswald, Urt. v. 6.12.2021 – 2 A 1580/21 HGW. Keine »begründete Ausnahme« nach § 4 Abs. 5 AufnG (Bayern) i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 2 AsylG nahm das VG Würzburg bei einem 23-Jährigen Schulgänger an, der nachts aufgrund des Lärms nicht schlafen konnte: »Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist das Gericht davon überzeugt, dass die Geräuschbelastung im vorliegenden Fall kein solches Ausmaß annimmt, dass die Wohnsitzverpflichtung die schulische Ausbildung des Klägers in unzumutbarer Weise erschweren oder gar unmöglich machen würde. Im hiesigen Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Verpflichtung zur Wohnsitznahme in einer Gemeinschaftsunterkunft eine grundsätzlich höhere Geräuschbelastung als bei einem privaten Wohnen, die sich regelmäßig etwa durch das engere Zusammenleben und die häufig große Zahl von untergebrachten Personen ergeben wird, in Kauf genommen hat. Insoweit handelt es sich diesbezüglich um den Regelfall und nicht um einen begründeten Ausnahmefall«. VG Würzburg, Urt. v. 08.11.2018 – W 1 K 18.31806 – Rn. 20 (juris).

<sup>153</sup> *Marx*, Kommentar zum Asylgesetz, 11. Aufl. (2022), § 53 Rn. 17.

Nach Teilen der Literatur müssten diese persönlichen Interessen keine unumgehbar Dringlichkeit besitzen.<sup>154</sup> Die aktuelle Rechtsprechung nimmt zusammen mit einigen Literaturstimmen einen Anspruch auf eine dezentrale Unterbringung im Falle gesundheitlicher Gründe jedoch zum Teil nur dann an, wenn das Ermessen auf Null reduziert ist,<sup>155</sup> und beurteilt das Vorliegen einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG größtenteils restriktiv.<sup>156</sup> Zu beachten ist auch, dass die Landesaufnahmegesetze sich in dieser Frage erheblich unterscheiden.<sup>157</sup> Die Asylbegehrenden können für das Vorbringen ihrer Interessen demnach weder auf eine einheitliche Rechtslage noch auf eine einheitliche Rechtsprechung zurückgreifen. Dass es sich, zumindest im Fall des Auszugs aus der Gemeinschaftsunterkunft, dabei auch um eine gewährleistungsrechtliche Frage handelt, haben die Sozialgerichte erkannt und beanspruchen insofern teilweise die sachliche Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Auszug (siehe zur genaueren Darstellung S. 168f.).

Die Verpflichtung zum Wohnen in der Gemeinschaftsunterkunft endet nach § 53 Abs. 2 AsylG »sofern durch den Ausländer eine anderweitige

<sup>154</sup> Bergmann, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 53 AsylG Rn. 18.

<sup>155</sup> Vgl. VG Bayreuth, Beschl. v. 29.06.2009 – B 3 K 09.265 – Rn. 27 (open-Jur), so auch VG Kassel, Beschl. v. 17.03.2021 – 4 L 430/21.KS – Rn. 20 (juris). »Kann eine Krankheit in einer Gemeinschaftsunterkunft aber medizinisch ebenso gut behandelt werden wie außerhalb, gibt es keinen Grund für eine anderweitige Unterbringung«, Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 53 AsylG Rn. 20.

<sup>156</sup> Anders VG Freiburg, Urt. v. 18.12.2003 – 1 K 2104/02 – Rn. 13 (juris): »Einer strengen, gewissermaßen alle Zusatzwirkungen und synergetische Bedingungen ausschließenden medizinischen Indikation kann es im grundrechtsrelevanten Bereich nicht bedürfen (i.d.S. auch VG Gera und VG Göttingen, a.a.O.), solange – wie hier belegt – davon auszugehen ist, dass die gesundheitliche Situation des Klägers (und seiner Kinder) sich in einer Privatunterkunft eher als in einer Gemeinschaftsunterkunft stabilisieren und bessern wird«. Ebenso VG Göttingen, Gerichtsbescheid v. 10.05.1996 – 4 A 4049/96 – Rn. 31 (juris).

<sup>157</sup> Während das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen bei einer Schwangerschaft keine hinreichende Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit annimmt, LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 23.10.2008 – L 11 AY 111/08 ER – L 11 B 35/08 AY, ist die Möglichkeit des Auszugs aus der Gemeinschaftsunterkunft im Rahmen einer Schwangerschaft teilweise gesetzlich festgeschrieben, wie etwa in Bayern. Das bayerische Aufnahmegesetz besagt in Art. 4 Abs. 5 Nr. 2 AufnG: »in begründeten Ausnahmefällen kann die zuständige Behörde den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft gestatten. Ein begründeter Ausnahmefall liegt insbesondere vor, wenn 2. auf Grund [sic] Schwangerschaft die Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft unangemessen ist«.

Unterkunft nachgewiesen wird und der öffentlichen Hand dadurch Mehrkosten nicht entstehen«, spätestens mit der Anerkennung als Asylberechtigte oder Asylberechtigter bzw. der Zuerkennung des Flüchtlingsstatus durch das BAMF.

## (2) Ausreisezentren im Aufenthaltsgesetz

Mit der Ablehnung des Asylantrags durch das BAMF wird das Wohnen der Geflüchteten zu einer reinen Pflicht im Rahmen der Abschiebung. Wurde der Asylantrag abgelehnt oder ist Deutschland nach der Dublin-Verordnung<sup>158</sup> nicht für das Asylverfahren zuständig und sind die Asylsuchenden vollziehbar ausreisepflichtig, kann die Ausländerbehörde erneut eine Wohnpflicht in einer Sammelunterkunft als milderes Mittel zur Abschiebehaft bestimmen, § 62 Abs. 1 S. 1 AufenthG. So können die Länder nach § 61 Abs. 2 AufenthG Ausreisezentren schaffen,<sup>159</sup> in denen »durch Betreuung und Beratung die Bereitschaft zur freiwilligen Ausreise gefördert und die Erreichbarkeit für Behörden und Gerichte sowie die Durchführung der Ausreise gesichert werden [sollen]«. Diese erneute Pflicht zum Wohnen in einer Unterkunft wird im Rahmen einer Ordnungsverfügung nach § 46 AufenthG Abs. 1 i.V.m. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz<sup>160</sup> als Wohnsitzauflage sowie Pflicht zur Rückkehrberatung erlassen.

<sup>158</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (ABl. L 180 S. 31, ber. 2017 L 49 S. 50).

<sup>159</sup> 2015 existierten diese in »Bayern mit den beiden Zentralen Rückführungsstellen (ZRS), der ZRS Südbayern in München und der ZRS Nordbayern in Würzburg, Niedersachsen mit der Landesaufnahmebehörde in Braunschweig (LAB NI), Rheinland-Pfalz mit der Landesunterkunft für Ausreisepflichtige in Trier (Lufa), Sachsen-Anhalt mit dem Zentralen Ausreisezentrum in Halberstadt im Rahmen der Zentralen Anlaufstelle für Asylbewerber (ZAST) sowie Schleswig-Holstein mit dem Landesamt für Ausländerangelegenheiten in Neumünster«. Grote, Irreguläre Migration und freiwillige Rückkehr – Ansätze und Herausforderungen der Informationsvermittlung (2015), S. 23.

<sup>160</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, GMBl 2009, S. 878.

*c. Die ordnungspolitische Rationalität  
in der Flüchtlingsunterbringung*

Die rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung im Asylgesetz ist insofern von einer ordnungspolitischen Rationalität geprägt, die das Münchner Verwaltungsgericht 2008 in einem Verfahren zur Frage, ob sich aus §§ 47, 53 AsylG ein Anspruch auf Unterbringung in einer Erstaufnahmeeinrichtung oder Gemeinschaftsunterkunft ergebe, treffend zusammenfasste. In seinem Beschluss verneinte das Gericht einen generellen Anspruch auf Unterbringung aus den verfahrensrechtlichen Regelungen, da diese eine rein ordnungspolitische Funktion besäßen:

Denn sowohl die Vorschriften der § 47 und § 53 AsylVfG (jetzt AsylG) [...] vermitteln lediglich der Behörde die Befugnis, Asylbewerber bzw. sonstige Ausländer, die unter § 1 Abs. 1 AsylbLG fallen, gegebenenfalls auch gegen ihren Willen zu verpflichten, in Aufnahmeeinrichtungen bzw. Gemeinschaftsunterkünften zu wohnen. [...] Die Bestimmungen haben allein eine ordnungspolitische Funktion, die einerseits der Steuerung und Verteilung von Flüchtlingsströmen und der zügigen Bewältigung der zeitweise zahlreichen Asylverfahren durch die Behörden dienen sollte und gegebenenfalls auch wieder dienen soll, andererseits aber auch – ebenso wie Arbeitsverbote – Anreize für die Einreise und den Verbleib von Ausländern mindern soll, die ihre Heimat nicht als Verfolgte verlassen haben.<sup>161</sup>

Eine solch explizite Funktionalisierung der Unterbringung zu Abschreckungszwecken dürfte nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum menschenwürdigen Existenzminimum 2012 (hierzu mehr unter C II 2 a) verfassungswidrig sein. Die Idee einer Pflicht der Asylsuchenden, zunächst einen Mangel an Unterkunft auszuhalten, bevor über den Asylantrag entschieden wurde, trägt jedoch weiter; teilweise tauchen Motive der Abschreckung etwa in der Verlängerung der gesetzlichen Wohnfrist

<sup>161</sup> VG München, Beschl. v. 10.11.2008 – M 24 E 08, 5019 – Rn. 26 (juris). Diese Auslegung hat das VG München 2010 wiederholt: »Zweck der Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft ist neben dem finanziellen Interesse an einer kostengünstigen Unterbringung insbesondere die Sicherstellung der Erreichbarkeit des Asylbewerbers und die Absicht, ihm vor Augen zu führen, dass allein mit der Stellung des Asylantrags noch kein allgemeines Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verbunden ist«, VG München, Beschl. v. 01.02.2010 – M 24 E 09.6090 – Rn. 13 (juris). Ähnlich mit Verweis auf die Isolationsfunktion der Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften auch VG Düsseldorf, Urt. v. 09.11.2009 – 23 K 4949/08 – Rn. 58 (juris). Gegenzeitig mit Verweis auf die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften zur »Vermeidung von integrationshemmende Konzentration [sic] von Ausländern mit der gleichen Herkunft« das VG Kassel, Beschl. v. 17.03.2021 – 4 L 430/21.KS – Rn. 16 (juris).

als Sanktionierung nach § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG auf, wie eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Arnsberg zeigt:

Die 2019 durch das zunächst sog. ‚Geordnete-Rückkehr-Gesetz‘ eingeführte generelle Verlängerung der Aufenthaltsfrist von maximal sechs auf maximal 18 Monate und nach § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG u. a. bei den sog. ‚Nichtmitwirkern‘ auch grundsätzlich unbegrenzt darüber hinaus entspricht der Idee, dass alle Flüchtlinge ohne Bleiberecht möglichst lange in der Aufnahmeeinrichtung verbleiben sollen, um die Integration in die bundesdeutsche Gesellschaft zu vermeiden.<sup>162</sup>

Die Bewohnerinnen und Bewohner der Flüchtlingsunterkünfte werden in dieser Rationalität primär zum Zweck des effizienten Asylverfahrens in den Blick genommen und als Befehlsempfänger normiert. Flüchtlingsunterbringung wird damit Teil einer gefahrenabwehrrechtlichen Rationalität des Aufenthaltsrechts, bei dem die Bewohnerinnen und Bewohner als potenzielle Störer, etwa aufgrund eines abgelehnten Asylantrags, zur Gefahrenabwehr möglichst intensiv durch den Staat kontrolliert werden müssen. Mit *Baer* lässt sich das Rechtssubjekt dieser von Pflichten dominierten Verwaltungs rationalität als Untertan bezeichnen, dessen Wohnraum auf seine Funktion für die symbolhafte Aufrechterhaltung territorialer Souveränität reduziert wird. Der rechtliche Raum der Flüchtlingsunterkunft wird damit nicht zum Raum, auf den die ihn Bewohnenden ein Recht haben, sondern in dem sie verpflichtet sind, sich aufzuhalten. Diese ordnungspolitische Rationalität ist jedoch nicht die einzige, die sich in der deutschen Flüchtlingsunterbringung finden lässt. Mit der Entwicklung von sozialstaatlichen Gewährleistungsrechten und deren Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht drängt sich eine weitere Rationalität in die deutsche Flüchtlingsunterbringung, mit der sich das Wohnen der Geflüchteten als Teil eines Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verstehen lassen könnte. Die konkrete rechtliche Ausgestaltung dieser Rationalität, so wird im Folgenden gezeigt, ist jedoch nach wie vor durch die Dominanz eines ordnungspolitischen Verständnisses der Unterkünfte geprägt.

## 2. Unterbringung als Gewährleistungsrecht

Die deutsche Flüchtlingsunterbringung lässt sich in einer zweiten Perspektive als Teil einer sozialstaatlichen Rationalität und damit als individuelles Gewährleistungsrecht verstehen, dessen Untergrenze aufgrund des Menschenwürdegehalts nicht einschränkbar ist. In dem Maße, in dem sozialstaatliche Leistungen dabei als potenzielle unerwünschte

<sup>162</sup> VG Arnsberg, Beschl. v. 11.04.2022 – 9 L 228/22 – Rn. 25 (juris).

»Pull-Faktoren«<sup>163</sup> der Migration definiert werden, hat sich ein Spannungsverhältnis zwischen der ordnungspolitischen Kontrolle der Migration und dem prinzipiell universell gedachten menschenwürdigen Existenzminimum entwickelt.<sup>164</sup> Dieses Spannungsverhältnis zwischen den rechtlichen Rationalitäten zeigt sich auch in der deutschen Flüchtlingsunterbringung: Insofern als eine sozialstaatliche Integration Migration vermeintlich fördert, wird der Aufenthalt in Lagern als Mittel der Beschleunigung und (zumindest in der Gesetzgebung nach wie vor) Abschreckung funktionalisiert, um den »Pull-Faktor Wohnen« zu minimieren. Das Spannungsverhältnis zwischen universellen sozialen Rechten und konkreter Gefahrenabwehr wird so zugunsten des ordnungspolitischen Zugriffs auf Migration aufgelöst, wie sich im Folgenden zeigen wird.

*a. Flüchtlingsunterbringung als Teil des Menschenrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*

Die Industrialisierung und mit ihr die Entwicklung der Massenkultur führten zu Veränderungen in der Gesellschaft, die sich auf die Konzeption

<sup>163</sup> Das Konzept, Migrationsbewegungen als Ergebnis verschiedener Faktoren im Herkunfts- und Zielland zu beschreiben, stammt von Everett S. Lee, *Lee, Demography* 1966. Studien des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) verweisen zwar bereits darauf, dass das Modell der Pull- und Pushfaktoren als Analyse für Migrationsströme zu statisch ist und insbesondere nicht belegt ist, dass soziale Sicherungssysteme einen Pull-Faktor darstellen; vgl. hierzu *Scholz*, Warum Deutschland? Einflussfaktoren bei der Zielstaatssuche von Asylbewerbern – Ergebnisse einer Expertenbefragung (2013), S. 22ff., 43. Dennoch wird der Erhalt sozialstaatlicher Leistungen in Gesetzesbegründungen nach wie vor als entscheidender Pull-Faktor markiert (vgl. hierzu etwa Kapitel C, Fn. 72).

<sup>164</sup> Diane Sainsbury beschreibt dieses Spannungsverhältnis für Migrantinnen und Migranten in Großbritannien wie folgt: »The logics of the British welfare regime and incorporation regime are both contradictory and complementary. A major tension has existed between the longstanding restriction on the entry of aliens not able to support themselves and their families and the universalism of the British welfare state. The principle of universal entitlement strengthened immigrants' access to services and benefits, but the doctrine of no recourse to public funds has gradually gained ground since 1980. At least initially, the effectiveness of these restrictive measures was limited because they amounted to a gatekeeper strategy. Once admitted to the country, immigrants' social rights were generally on a par with the rest of the population because most social legislation does not distinguish between aliens and citizens (Morris 2002). However, by specifying the benefits that qualified as public funds, newcomers have been effectively barred from benefits, contrary to the tenets of universalism«. *Sainsbury*, in: *Welfare States and Immigrant Rights* (2012), S. 46.

des Rechtsstaats auswirkten und neue Staatsaufgaben schufen. Der nun entstehende Wohlfahrts-<sup>165</sup> bzw. soziale Rechtsstaat<sup>166</sup> antwortet auf die »Komplexität der Lebensverhältnisse in der Industriegesellschaft«, indem er nicht länger »in Form einer kompakten Einheit«<sup>167</sup> agiert: »Die einst imaginierte Beziehung zwischen Staat und Bürger, das ursprüngliche Abhängigkeitsverhältnis des Untertanen gegenüber der öffentlichen Gewalt, wird in horizontale Kommunikationsbeziehungen zwischen einer Mehrzahl von Rechtssubjekten verwandelt, von denen der Staat nur noch ein Subjekt unter vielen ist«.<sup>168</sup> In diesem Zusammenhang erweiterte sich »die klassisch-liberale Kernaufgabe Gefahrenabwehr«<sup>169</sup> um »neue Aufgaben der sozialen Leistung und Lenkung«.<sup>170</sup> Individuelle Rechte werden in dieser Hinsicht nicht mehr nur als Abwehr gegen staatliche Eingriffe gedacht, sondern als Gewährleistungsrechte. So schafft

<sup>165</sup> Vesting unterscheidet den Begriff des Sozialstaats von dem des Wohlfahrtsstaats insofern, als letzterer sich nicht nur auf staatliche Maßnahmen, »die auf die Folgen der Industrialisierung für das persönliche Leben schicksal des Einzelnen reagieren«, begrenzt, während mit dem Wohlfahrtsstaat die umfassende »Erweiterung von staatlichen Aufgaben und Leistungen verbunden werden« kann. *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 138.

<sup>166</sup> Während der soziale Rechtsstaat in den deutschen Rechtswissenschaften zunächst als Antagonismus eines durch die Verfassung gebundenen Rechtsstaats und einem außerhalb der Verfassung stehenden Sozialstaats diskutiert wurde (siehe für eine historische Aufarbeitung der Staatsrechtsdebatte zum Sozialstaat insbesondere *Thurn, Welcher Sozialstaat?* (2013), S. 22ff.), hat sich inzwischen ein materielles Rechtsstaatsverständnis etabliert, dessen Inhalt über den Schutz formal-rationaler Abwehrrechte gegen den Staat hinausgeht: »Die verfassungsrechtliche Verbürgung eines sozialen Rechtsstaats lässt sich daher nicht mehr als Antagonismus verstehen, sondern als Synthese, die zum einen als Gegenentwurf zum ›reinen Rechtsstaat‹ ein materielles Rechtsstaatsverständnis von Verfassung wegen vorgibt und zum anderen die Gestaltung des Sozialstaats in rechtsstaatlichen Formen und Bahnen verlangt«. *Wallrabenstein*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive* (2021), § 7 Rn. 59, 68f. Siehe hierzu auch *Benda*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts* (1994), § 17 Rn. 1ff.; *Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit* (2019), S. 143ff. Die von Menke propagierte Gegenüberstellung von formalem Rechtsstaat und intervenierendem Sozialstaat (siehe B 2 c) dürfte als aussagekräftige Analyse insofern zumindest in weiten Teilen der deutschen Rechtswissenschaft überholt sein.

<sup>167</sup> *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 138.

<sup>168</sup> *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 139.

<sup>169</sup> *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 12 Rn. 27.

<sup>170</sup> *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 12 Rn. 15.

der Staat im Rahmen der »Daseinsvorsorge«<sup>171</sup> und durch existenzsichernde Leistungen erst die Voraussetzungen und Umverteilungen, unter denen sich der Einzelne und die Zivilgesellschaft innerhalb der freien Marktwirtschaft entwickeln können. Diese Entwicklung spiegelt sich auch in den deutschen Verfassungen des 20. Jahrhunderts wider: Die Weimarer Reichsverfassung kodifiziert eine Reihe sozialer Grundrechte, Art. 151 ff. WRV, und das Grundgesetz weist den deutschen Rechtsstaat in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG als einen sozialen Rechtsstaat aus. Den Einzelnen werden nicht mehr nur individuelle Abwehrrechte gegen den Staat garantiert, der Rechtsstaat gewährleistet auch Teilhaberechte, übernimmt Schutzpflichten und ermöglicht so die aktive Teilhabe seiner Bürgerinnen und Bürger an der Gesellschaft. Staat und Gesellschaft stehen sich nicht nur gegenüber, sondern bedingen sich auch gegenseitig.<sup>172</sup>

Die Transformation hin zu einem sozialen Rechtsstaat lässt sich auch in der Konkretisierung des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum in der Rechtsprechung nachvollziehen.<sup>173</sup> Dieses wurde im

<sup>171</sup> Zu den Anfängen der Daseinsvorsorge siehe *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge (2004), S. 28ff; *Eichenhofer*, in: Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl. (2019), Kapitel 1. Der Begriff der Daseinsvorsorge wurde für das Staatsrecht insbesondere von Ernst Forsthoff geprägt, der dann im NS-Staat die Verwirklichung einer kollektiven, politischen »Daseinsverantwortung« sah, *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge (2004), S. 40.

<sup>172</sup> Über die sich verschränkenden Verfassungsprinzipien im sozialen Rechtsstaat (s.o.) hinausgehend wird so eine grundlegendere Transformation des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft sichtbar: »Es gilt heute als herrschende, wenn nicht gar allgemeine Meinung, dass die Trennung von ›Staat‹ und ›Gesellschaft‹ im Zeichen der modernen Demokratie und der Entwicklung zum Sozialstaat praktisch überholt sei und theoretisch ihre Rechtfertigung verloren habe«. *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit (2019), S. 209.

<sup>173</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat etwa in einer Entscheidung von 1966 ausgeführt, dass das »Sozialhilferecht [...] die Pflicht des Staates zum Schutze der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG und § 1 Abs. 2 BSHG) und damit zugleich die Sozialpflichtigkeit des Staates, wie sie sich aus Art. 20 GG ergibt [konkretisiert]. Die Sozialhilfe soll eine Hilfsbedürftigkeit beseitigen, deren Fortbestehen die Menschenwürde des Hilfesuchenden verletzen würde«, BVerwG, Urt. v. 26.01.1966 – V C 88.64 – Rn. 26 (juris). Das Bundesverfassungsgericht ging dann 1975 davon aus, dass »die Fürsorge für Hilfsbedürftige [gewiss] zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates« gehöre, BVerfG, Beschl. v. 18.06.1975 – I BvL 4/74 – Rn. 44 (juris), und bestätigte dies in der folgenden Rechtsprechung: BVerfG, Beschl. v. 12.10.1976 – I BvL 9/74 – Rn. 34 (juris); BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – I BvL 14/76 – Rn. 146 (juris); BVerfG, Beschl. v. 29.05.1990 – I BvL 20/84 – Rn. 100 (juris); BVerfG, Beschl. v. 12.06.1991 (3. Kammer) – I BvR 540/91 – Rn. 4 (juris).

sogenannten »Hartz-IV-Urteil«<sup>174</sup> des Bundesverfassungsgerichts 2010 zum ersten Mal<sup>175</sup> als individuelles Gewährleistungsrecht,<sup>176</sup> bestehend aus der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG, verfestigt.

Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit [...] als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst.<sup>177</sup>

Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum spricht das Bundesverfassungsgericht dabei nicht nur *deutschen* Staatsbürgerinnen und -bürgern zu: In seinem Urteil zur Höhe der Leistungssätze des Asylbewerberleistungsgesetzes befand das Bundesverfassungsgericht am 18.07.2012 die Leistungssätze insofern als verfassungswidrig, als sie gegen das *Menschenrecht* auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verstießen.<sup>178</sup>

Zwei unterschiedliche Klageverfahren von Asylbegehrenden auf höhere staatliche Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz wurden 2012 vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt, das im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens zugunsten eines Menschenrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum urteilte und den Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auch ausländischen Staatsangehörigen zugestand.<sup>179</sup> Im aufgeladenen Spannungsfeld von nationalstaatlicher Souveränität und der universellen, sozialstaatlichen Gewährleistung

<sup>174</sup> BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – I BvL 1/09.

<sup>175</sup> Inwiefern das Bundesverfassungsgericht mit dem sogenannten Hartz-IV-Urteil also ein »neues« Grundrecht generiert hat, ist nach Rixen »eine Frage der Perspektive«, Rixen, Die Sozialgerichtsbarkeit 2010, S. 240. Davon überzeugt jedoch Schnath, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2010. Siehe zur Entstehung des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auch Berlit, Kritische Justiz 2010; Aubel, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2011); von Arnauld, in: Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts (2009).

<sup>176</sup> Der neue Begriff des Gewährleistungsrechts orientiert sich wohl weniger am Begriff des »Gewährleistungsstaats« (siehe hierzu Franzius, Der Staat 2003) als in der Abgrenzung des aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Abwehrrechts, Aubel, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2011), S. 276.

<sup>177</sup> BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – I BvL 1/09 – Rn. 135 (juris).

<sup>178</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10, I BvL 2/11.

<sup>179</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10, I BvL 2/11 – Rn. 62 (juris).

eines Existenzminimums, bei dem »die Umverteilung, die durch sozialstaatliche Leistungen erfolgt, als Ausdruck von Solidarität der Staatsbürger interpretiert wird«<sup>180</sup> fand es die Pflicht zur Gewährleistung eines Existenzminimums auch für Nicht-Deutsche<sup>181</sup> in ohnehin bereits bestehenden völkerrechtlichen Vorgaben: So sei der Gesetzgeber sowohl

<sup>180</sup> *Wallrabenstein*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 7 Rn. 149. Dass dabei schon die Entstehung einer entpersonalisierten Existenzsicherung mit der Herausbildung von Territorialstaaten verbunden war, zeigt *Eichenhofer*, in: Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl. (2019), Kapitel 1 Rn. 2. Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Lissabon-Urteil die sozialstaatliche Umverteilung als nationales Hohesrecht markiert, das der politischen Gestaltung der europäischen Mitgliedsstaaten unterliegt: »Eine das Demokratieprinzip und das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag in seinem substantiellen Bestimmungsgehalt verletzende Übertragung des Budgetrechts des Bundestages läge vor, wenn die Festlegung über Art und Höhe der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert würde. [...] Namentlich die Existenzsicherung des Einzelnen [...] muss primäre Aufgabe der Mitgliedsstaaten bleiben«, BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Rn. 256, 259 (juris). *Wallrabenstein* bemerkt insofern, dass »die sozialstaatlichen Institutionen in besonderer Weise zum Nation-Building beitragen«. *Wallrabenstein*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 7 Rn. 148. In diesem Kontext ist auch der von Balibar geprägt Begriff des Sozial-Nationalstaats zu verorten, *Balibar*, Gleichfreiheit (2012), S. 15. In der deutschen Rechtswissenschaft lässt sich die Verknüpfung von menschenwürdigem Existenzminimum und nationaler Staatsbürgerschaft exemplarisch in dessen Kommentierung nachvollziehen. Starck nimmt diese Verknüpfung etwa mittels einer potenziellen Bedrohung souveräner Grenzen vor: »Für außerhalb der deutschen Grenzen lebende Menschen ergibt sich kein Anspruch auf Existenzminimum an den deutschen Staat und auch kein Einreiserecht, um einen solchen Anspruch zu erlangen, freilich muss der deutsche Staat seine Grenzen kontrollieren können«, *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck. Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. (2018), Art. 1 Rn. 41. Kunig und Kotzur stellen hingegen die Frage, »ob ausschließlich das Band der Staatsangehörigkeit eine rechte- und pflichtenbegründende Nähebeziehung stiften kann, oder ob gestufte Formen bürgerlicher Teilhabe möglich sein können (Stichwort: ›Denizenship‹ oder ›Wohnbürgerschaft‹)«, *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig. Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. (2021), Art. 1 Rn. 53. Weiterführend für den deutschen Kontext hierzu: *Kingreen*, Soziale Rechte und Migration (2010); *Thym*, Der Staat 2018.

<sup>181</sup> Die Entwicklung der Europäischen Union hin zu einer Sozial-Union als »transnationales Geflecht sozialer Sicherheit für alle Unions-Bürger«, wie sie etwa von Buckel als Entstehungskontext transnationaler sozialer Rechte analysiert wurde (*Buckel*, Welcome to Europe (2013), S. 81ff.) sieht *Wallrabenstein* mit Verweis auf neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als »einstweilen gestoppt«, *Wallrabenstein*, in: Handbuch des

durch Europarecht,<sup>182</sup> wie etwa die Aufnahmerichtlinie<sup>183</sup> (siehe hierzu S. 178), als auch auf Grund von völkerrechtlichen Verträgen, wie dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt)<sup>184</sup> und dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes,<sup>185</sup> verpflichtet, ein Existenzminimum zu gewährleisten. Der Sozialpakt sieht dabei etwa in Art. 11 Abs. 1 das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard vor:

Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Die Vertragsstaaten unternehmen geeignete Schritte, um die Verwirklichung dieses Rechts zu gewährleisten, und erkennen zu diesem Zweck die entscheidende Bedeutung einer internationalen, auf freier Zustimmung beruhenden Zusammenarbeit an.<sup>186</sup>

Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 7 Rn. 150.

182 Die Europäische Grundrechtecharta (Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/02)) schreibt neben dem Recht auf Menschenwürde in Art. 1 EU-Charta in Art. 34 Abs. 3 EU-Charta auch das Recht auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung vor, bei dem »die Union [...] das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten« anerkennt. Gleichzeitig sollen die Mitgliedstaaten, »um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen [...] das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« achten. Hierbei gilt das Recht auf soziale Sicherheit zumindest auch für ansässig gewordene Drittstaatenangehörige, wie der EuGH im Rechtsfall Kamberaj feststellte, und muss bei der Auslegung der Aufnahmerichtlinie beachtet werden, EuGH, Urt. v. 24.04.2012 – C-571/10 (Kamberaj) – Rn. 80 (InfoCuria).

183 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl EU L 180 vom 29.06.2013, S. 96 (abgekürzt als AufnahmeRL).

184 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966, BGBl II Nr. 17 1976, S. 428 (abgekürzt Sozialpakt). Der Sozialpakt sieht etwa ein Recht auf soziale Sicherheit (Art. 12), ein Recht auf Fürsorge (Art. 13), ein Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste (Art. 14) sowie ein Recht auf Wohnen (Art. 31) vor.

185 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 02.09.1990, BGBl II Nr. 34 1992, S. 121.

186 Das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard beinhaltet laut des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in Verbindung

Dabei hat der Ausschuss für wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte darauf hingewiesen, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, zu gewährleisten, dass die im Sozialpakt niedergelegten Rechte frei von Diskriminierung ausgeübt werden können; hierzu zählt auch das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard.<sup>187</sup>

Wie das Bundesverfassungsgericht bereits im Hartz-IV-Urteil feststellte, verpflichte der individuelle Leistungsanspruch, der sich aus dem Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum ergebe, den Gesetzgeber zur verhältnismäßigen Ausgestaltung des Rechts; konkrete Bedarfe lassen sich aus dem Grundgesetz nicht ableiten. Zugleich führe der Menschenwürdegehalt des Gewährleistungsrechts zu einer Unverfügbarkeit des Rechts:

Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat.<sup>188</sup>

Das Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verpflichtet den Gesetzgeber demnach dazu, »konkrete Bedarfe zeit- und realitätsgerecht zu bestimmen«<sup>189</sup>, und verbiete es, »pauschal nach dem Aufenthaltsstatus«<sup>190</sup> zu differenzieren: »Ob sich wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfsempfängern

mit Art. 2 Abs. 2 Sozialpakt auch den gleichen Zugang für alle zum Wohnungsmarkt, UN, Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Bemerkung 20 – E/C.12/GC/20, Ziffer 8 b. Siehe hierzu auch *Cremer*, Menschenrechtliche Verpflichtungen bei der Unterbringung von Flüchtlingen (2014), S. 9.

<sup>187</sup> UN, Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Bemerkung 20 – E/C.12/GC/20 – Ziffer 8, 30. Die Sonderberichterstatterin für angemessenes Wohnen der Vereinten Nationen plädierte in ihrem letzten Bericht in diesem Zusammenhang für eine Wohnstrategie, die die Barrieren besonders benachteiligter Gruppen, wie etwa Migranten, berücksichtige, UN, General Assembly, Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context – A/HRC/37/53 – Ziffer 35. Entsprechend geht das Deutsche Institut für Menschenrechte davon aus, dass Art. 11 Sozialpakt den Asylsuchenden im Falle einer jahrelangen Unterbringung in Erstaufnahme- oder Gemeinschaftsunterkünften verwehrt wird, *Cremer*, Menschenrechtliche Verpflichtungen bei der Unterbringung von Flüchtlingen (2014), S. 9.

<sup>188</sup> BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – I BvL 1/09 – Rn. 133 (juris); BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 62 (juris).

<sup>189</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 74 (juris).

<sup>190</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 73 (juris).

mit Daueraufenthaltsrecht und Einschränkungen in der Leistungsberechtigung von Asylsuchenden« ergeben, müsse »nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können«.<sup>191</sup> Die Personengruppen, denen ein Minderbedarf zugerechnet wird, müssen zudem hinreichend bestimmt abgegrenzt sein.<sup>192</sup> Entsprechend wurden die damaligen Regelleistungen des Asylbewerberleistungsgesetzes, die zum Teil um 35 % unter den monatlichen Leistungen für deutsche Staatsangehörige nach dem Sozialgesetzbuch lagen, als verfassungswidrig erklärt – mit gemischten Reaktionen in der rechtswissenschaftlichen Literatur.<sup>193</sup> Das Verhältnis zwischen dem absoluten und unverfügbaren Kern des menschenwürdigen Existenzminimums und der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht seitdem in zwei weiteren Entscheidungen konkretisiert: Einschränkungen des Existenzminimums bedürfen strenger Anforderungen und sind zumindest dann nicht verhältnismäßig, wenn sie sich (im Falle der Harzt-IV Sanktionen<sup>194</sup>) nicht auf eine tatsächliche Wirkung oder (im Falle der Leistungskürzung für Bewohnerinnen und Bewohner von Aufnahmeeinrichtungen aufgrund eines vermeintlich gemeinsamen Wirtschaftens<sup>195</sup>) tatsächlich niedrigere Bedarfe stützen können:

Die pauschale Absenkung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 AsylbLG stützt sich nicht auf hinreichend tragfähige Erkenntnisse dazu, dass Bedarfe durch Verhalten der Betroffenen in diesem Umfang tatsächlich verringert werden können. Hier genügt die Annahme, die Betroffenen bildeten eine ›Schicksalsgemeinschaft‹ (BTDrucks. 19/10052, S. 24), nicht. Auch die Annahme, dass eine Obliegenheit, gemeinsam zu wirtschaften, tatsächlich erfüllt und dadurch Einsparungen in entsprechender Höhe erzielt werden könnten (vgl. BTDrucks. 19/10052, S. 24), ist nicht durch

<sup>191</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 74 (juris).

<sup>192</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 90ff. (juris).

<sup>193</sup> So begrüßten Pfersich und Rothkegel grundsätzlich die Entscheidung, wenn auch mit Bedenken hinsichtlich deren praktischer Umsetzbarkeit, *Pfersich*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2012, S. 344; *Rothkegel*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2012, S. 369. Ebenso: *Muckel*, Juristische Arbeitsblätter 2012, S. 794. Tiedemann begrüßt das Ergebnis des Urteils, bemängelt hingegen grundlegender die dogmatische Herleitung eines Menschenrechts auf menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art 20 I GG, *Tiedemann*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 1031. Ähnlich, wenn auch mit stärkerer politischer Skepsis gegenüber einem »ausufernden« Gewährleistungsrecht, *Isensee*, in: Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016), S. 231ff.

<sup>194</sup> BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – I BvL 7/16.

<sup>195</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – I BvL 3/21. Die strategische Prozessführung, die zu diesem für die deutschen Flüchtlingslager sehr relevanten Urteil führte, wird in Abschnitt C IV 2 a dokumentiert.

empirische Erkenntnisse belegt. Entsprechende Untersuchungen liegen auch drei Jahre nach Inkrafttreten der Regelung nicht vor.<sup>196</sup>

Der absolute und universelle Schutz der Menschenwürde wird hier mit einer faktischen Gewährleistung des Existenzminimums verbunden und beinhaltet eine Rationalität, die der ordnungspolitischen Rationalität des Asylverfahrens widerspricht: Im Mittelpunkt steht nicht die Abwehr einer *konkreten Gefahr* für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (etwa in Form von illegalen Grenzübertritten, s.o.), sondern die tatsächliche Umsetzung eines *universellen* und *sozialen* Rechts. Auch die Unterkunft ist Teil des Menschenrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum und damit Teil eines individuellen Leistungsrechts. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts statuiert auch für die Flüchtlingsunterbringung das Leistungsrecht des menschenwürdigen Existenzminimums, bei dem sich zwar keine klare Höhe an Bedarfen aus dem Grundgesetz ableiten lässt, das sich aber in seinem Menschenwürdegehalt nicht primär nach migrationspolitischen Prämissen richten darf: »Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren«.<sup>197</sup> Flüchtlingsunterbringung ist im Verständnis des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht nur als gefahrenabwehrrechtliche Verhinderung der unerlaubten Einreise zu verstehen, sondern als Leistungsrecht, das über die physische Existenz hinaus ein Mindestmaß an *tatsächlicher* sozialer Teilhabe garantiert.

#### *b. Die leistungsrechtliche Normierung der Flüchtlingsunterbringung im Asylbewerberleistungsgesetz*

Es stellt sich demnach die Frage, ob sich diese sozialstaatliche Rationalität des menschenwürdigen Existenzminimums in der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung wiederfinden lässt. Die leistungsrechtlichen Ansprüche während des Asylverfahrens setzt das 1993 eingeführte und bereits erwähnte Asylbewerberleistungsgesetz<sup>198</sup> fest. Während das Asyl- und Aufenthaltsgesetz das verwaltungsrechtliche bzw. gefahrenabwehrrechtliche Asylverfahren normiert, regelt das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), welche Leistungen Asylsuchende

<sup>196</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – I BvL 3/21 – Rn. 89 (juris). Ähnlich statuiert das Bundesverfassungsgericht für die Hartz-IV Sanktionen, dass Leistungsminderungen dann verhältnismäßig sind, »wenn die Belastungen der Betroffenen auch im rechten Verhältnis zur tatsächlichen Erreichung des legitimen Ziels stehen, die Bedürftigkeit zu überwinden«, BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – I BvL 7/16 – Rn. 133 (juris).

<sup>197</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10 – Rn. 95 (juris).

<sup>198</sup> Siehe Kapitel C, Fn. 102.

vom Staat erhalten – und das auch in Bezug auf die Unterkunft. Über die Einordnung des Asylbewerberleistungsgesetzes ins Sozialhilferecht besteht in der Literatur Uneinigkeit. Teile der Literatur betrachten das Asylbewerberleistungsgesetz nicht als »originär im Sozialhilferecht«<sup>199</sup> verankert. Vielmehr handele es sich um eine eigenständige Leistungsgrundlage mit »materiell-sozialhilferechtlichem Bezug«<sup>200</sup> bzw. um ein »besonderes Sicherungssystem«, was sich schon aus dem historischen Normzweck ergebe, der in der präventiven Eindämmung wirtschaftlicher Anreize zur Einreise nach Deutschland (sogenannte »Pull-Faktoren«, s.o.) sowie der Förderung der freiwilligen Ausreise lag.<sup>201</sup> Andere Stimmen fassen das AsylbLG zwar als »Sonder-Sozialhilferecht« auf, betonen jedoch ebenfalls die strukturellen Unterschiede zum Sozialgesetzbuch, die insbesondere bei der Auslegung des Asylbewerberleistungsgesetzes zu beachten seien.<sup>202</sup> Der ordnungsrechtliche Einfluss des Asylverfahrens auf die Konzeption des Gesetzes lässt sich jedenfalls schon in der Gesetzesbegründung zum Gesetzesentwurf von 1993 nachlesen:

Die Leistungen von Asylbewerbern werden nun außerhalb des Bundessozialhilfegesetzes geregelt. Dadurch können die Leistungen gegenüber der Sozialhilfe, die vom Individualisierungsgrundsatz ausgeht und ein existenziell gesichertes und sozial integriertes Leben des Leistungsberechtigten ›auf eigenen Füßen‹ in der Bundesrepublik Deutschland zum Ziel hat, vereinfacht und auf die Bedürfnisse eines hier in aller Regel nur kurzen, vorübergehenden Aufenthaltes abgestellt werden. Dadurch wird das Leistungsrecht wesentlich dem Ausländer- und Asylrecht angepaßt.

<sup>199</sup> *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 1 Rn. 2. Ähnlich Dollinger, der dem »2015 grundlegend novellierte[n] Gesetz« eine »Scharnierfunktion mit Näherungstendenzen sowohl zum SGB XII [...] als auch zum AufenthG und AsylG« zuschreibt, *Dollinger*, in: Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG, 2. Aufl. (2020), § 1 Rn. 9.

<sup>200</sup> *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 1 Rn. 2; Frerichs etwa nennt es »ein restriktives Sondergesetz zur Eindämmung illegaler Migration«, *Frerichs*, in: Juris PraxisKommentar SGB XII, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 1 AsylbLG Rn. 18.

<sup>201</sup> *Frerichs*, in: Juris PraxisKommentar SGB XII, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 1 AsylbLG Rn. 35. Während dabei die Gesetzesbegründung des Gesetzesentwurfs zur Einführung des AsylbLG 1993 den Aspekt der Anreizvermeidung nicht deutlich nennt, wird er im weiteren Gesetzgebungsverfahren explizit erwähnt, vgl. BT-Drucks. 12/5008, Be schlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie und Senioren vom 24.05.1993 zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P., S. 13, und tauchte auch in jüngster Zeit wieder in den Gesetzesentwürfen auf, vgl. BT-Drucks. 18/6185, Entwurf eines Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 29.09.2015, S. 1.

<sup>202</sup> *Hohm*, in: Sozialgesetzbuch XII, 19. Aufl. (2015) Vor § 1 AsylbLG Rn. 4.

[...] Die fürsorglichen Gesichtspunkte der Leistungen bleiben allerdings gewahrt. Im Kern handelt es sich aber um eine Regelung des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts von Ausländern nach dem Asylverfahrensgesetz.<sup>203</sup>

Auch die Tatsache, dass die Sonderzuweisung für Fragen des AsylbLG zu den Sozialgerichten erst 2005 erfolgte<sup>204</sup> und Fragen des AsylbLG zuvor entsprechend vor den Verwaltungsgerichten geklärt werden mussten, verweist auf den ordnungsrechtlichen Einfluss auf das Gesetz. Dieser wurde durch die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar erheblich in Frage gestellt, bleibt jedoch, wie sich im Folgenden zeigen wird, insbesondere für die staatliche Leistung »Unterbringung« bestehen.<sup>205</sup>

Flüchtlingsunterkünfte werden im Asylbewerberleistungsgesetz in zweierlei Hinsicht genannt. Zum einen sind sie sogenannte Sachleistungen im Rahmen der Grundleistungen nach § 3 Abs. 1 AsylbLG. Zum anderen wird die Art und Höhe der Leistungsgewährung im AsylbLG entlang der Unterbringungsform differenziert, § 3 Abs. 2 AsylbLG. In den Aufnahmeeinrichtungen nach § 47 AsylG sowie Gemeinschaftsunterkünften nach § 53 AsylG gelten andere Vorgaben für die Art und Höhe der Leistungsgewährung als in dezentralen Wohnungen. Dabei sind nach § 1 Abs. 1 AsylbLG Asylantragsstellende, die sich in einem laufenden Asylverfahren oder sogenannten Flughafenverfahren befinden, ausreisepflichtige Geflüchtete, Geduldete nach § 60a AufenthG und Folgeantragsstellende oder Zweitantragsstellende nach §§ 71, 71 a AsylG leistungsberechtigt, das heißt alle Personen, die auch verpflichtet sein können, in Erstaufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünften oder Ausreisezentren zu wohnen.

Grundsätzlich unterscheidet das Asylbewerberleistungsgesetz zwischen »notwendigem Bedarf«, § 3 Abs. 1 S. 1 AsylbLG, und »notwendigem persönlichem Bedarf«, § 3 Abs. 1 S. 2 AsylbLG. Während es sich

<sup>203</sup> BT-Drucks. 12/4451, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber vom 02.03.1993, S. 5.

<sup>204</sup> Art. 1 Nr. 5 Siebentes Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 09.12.2004, BGBl I Nr. 66 2004, S. 3302.

<sup>205</sup> Kötter beobachtet dabei ganz allgemein eine zunehmend ordnungsrechtliche Färbung des AsylbLG seit der sogenannten Flüchtlingskrise 2015: »Die Verbesserungen des leistungsrechtlichen Status der Anspruchsberechtigten auch durch das Rechtsstellungsverbesserungsgesetz vom 23.12.2014 wurden im Laufe einer unter dem Eindruck der hohen Zahlen von Schutzsuchenden immer hektischer werdenden Gesetzgebung in den Jahren 2015–2017 jedoch teilweise wieder zurückgenommen«. Kötter, in: Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl. (2019), Kapitel 34 Rn. 57. Ebenso Frerichs, in: Juris PraxisKommentar SGB XII, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 1 AsylbLG Rn. 40.

beim notwendigen Bedarf um das physische Existenzminimum handelt, soll der notwendige persönliche Bedarf (früher: Bargeldbedarf) das soziokulturelle Existenzminimum abdecken. Bereits die Trennung der Regelbedarfe wird in der Literatur als mit dem individuellen Leistungsanspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum unvereinbar kritisiert (hierzu mehr unter C II 2 c). § 3 Abs. 1 S. 1 AsylbLG zählt zum notwendigen Bedarf »Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheitspflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgüter des Haushalts«. Der notwendige persönliche Bedarf wird in § 3 Abs. 1 S. 2 AsylbLG als Bedarf zur Deckung »persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens« definiert. Darunter fallen beispielsweise Ausgaben für Verkehr, Bildung oder Freizeit und Kultur.<sup>206</sup> Unterschieden wird auch zwischen verschiedenen Arten der Leistungsgewährung: § 3 AsylbLG nennt Sachleistungen, Abrechnungen, Wertgutscheine sowie Geldleistungen. Bei Sachleistungen entscheidet die zuständige Behörde, wie der anfallende notwendige oder notwendige persönliche Bedarf zu decken ist, beispielsweise wenn statt Geld für Nahrungsmittel der notwendige Bedarf an Nahrung durch vorbereitete Mahlzeiten gedeckt wird oder statt Geld für die Anmietung einer Wohnung ein Schlafplatz in einer Gemeinschaftsunterkunft zur Verfügung gestellt wird.

### (1) Flüchtlingsunterbringung als Sachleistung

Allgemein orientiert sich die rechtliche Regelung über die Unterkunft der Leistungsberechtigten im Asylbewerberleistungsgesetz stark an der Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen sowie Gemeinschaftsunterkünften und stellt damit die Sachleistung »Sammelunterkunft« in den Fokus. Bei einer Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen nach § 44 AsylG muss die Unterkunft nach § 3 Abs. 2 S. 1 AsylbLG zwingender Weise als Sachleistung, das heißt in Form eines Schlafplatzes in einer Aufnahmeeinrichtung, erbracht werden. Ein Ermessen darüber, ob die Unterkunft als Sachleistung nach dem AsylbLG erbracht wird, wird den Behörden also nicht eingeräumt.<sup>207</sup>

Bei der Unterbringung außerhalb der Erstaufnahmeeinrichtung werden Unterkunft und Hausrat als gesonderte Leistungen erbracht, § 3 Abs. 3 S. 3 AsylbLG, und können als Geld- oder Sachleistung erbracht

<sup>206</sup> *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 105.

<sup>207</sup> *Fasselt*, in: *Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII*, 4. Aufl. (2009), § 3 AsylbLG Rn. 5; *Hohm*, in: *Sozialgesetzbuch XII*, 19. Aufl. (2015) § 3 AsylbLG Rn. 20; *Cantzler*, *Asylberwerberleistungsgesetz* (2019), § 3 Rn. 33; *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 89.

werden.<sup>208</sup> Der Behörde steht hier eine Ermessensentscheidung zwischen der Sachleistung »Folgeunterbringung« (in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften, s.o.) und Geldleistung zu. Da die Gewährung von Geldleistungen für die Unterkunft in der Regel die Anmietung privaten Wohnraums und den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft zur Folge hat, entstehen hier Fragen über die Auslegung des § 3 Abs. 3 S. 3 AsylbLG und dessen Verhältnis zu der ordnungspolitischen Ausrichtung des § 53 AsylG (s.o.), die in der Rechtsprechung und Literatur umstritten sind. Während Teile der Literatur<sup>209</sup> und Rechtsprechung<sup>210</sup> bisher davon ausgingen, dass sich die Ermessensentscheidung nach den Vorgaben des Asylgesetzes, und damit der »soll-Vorgabe« des § 53 AsylG richten muss, in der Regel also die Unterbringung als Sachleistung »Gemeinschaftsunterkunft« gewährt werden soll, um nicht einen asylrechtlich gesetzwidrigen Zustand herzustellen, lässt sich inzwischen ein Wandel in dieser Frage erkennen. Dabei haben verschiedene sozialgerichtliche Entscheidungen sowie Literaturmeinungen auf die eigenständige Prüfung des Unterkunftbedarfs bei einer Geldleistungsgewährung nach den leistungsrechtlichen Kriterien des § 3 Abs. 3 S. 3 AsylbLG verwiesen, bei der die Ermessensentscheidung gerade nicht an ordnungsrechtliche Vorgaben

<sup>208</sup> »Bei einer Unterbringung außerhalb von Aufnahmeeinrichtungen im Sinne des § 44 Absatz 1 des Asylgesetzes sind vorbehaltlich des Satzes 3 vorrangig Geldleistungen zur Deckung des notwendigen Bedarfs zu gewähren. [...] Der Bedarf für Unterkunft, Heizung und Hausrat sowie für Wohnungsinstandhaltung und Haushaltsenergie wird, soweit notwendig und angemessen, gesondert als Geld- oder Sachleistung erbracht«, § 3 Abs. 3 S. 1 u. 3 AsylbLG.

<sup>209</sup> Wahrendorf, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 3 Rn. 54; Fasselt, in: Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII, 4. Aufl. (2009), § 3 AsylbLG Rn. 5; Birk, in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie. Sozialgesetzbuch XII, 12. Aufl. (2020) AsylbLG § 3 AsylbLG Rn. 18.

<sup>210</sup> Vgl. etwa LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 15.04.2013 – L 20 AY 112/12 B – Rn. 8 (juris); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 08.07.2008 – L 20 B 49/08 SO ER – Rn. 45 (juris). Das VG Düsseldorf verwies in einem Urteil zu § 3 AsylbLG noch 2009 explizit auf die Isolationsfunktion der Unterbringung: »Das Sachleistungsprinzip gilt vor allem für die Unterbringung, d.h. die Leistungsberechtigten sind vorrangig in Aufnahmeeinrichtungen und vergleichbaren Einrichtungen wie Gemeinschaftsunterkünften unterzubringen. [...] Dies dient u.a. auch der Reduzierung der durch die Versorgung der Asylbewerber entstehenden Kostenlast und soll einer Verfestigung des Aufenthaltes entgegenwirken. Deshalb ist grundsätzlich der Bedarf an Unterkunft durch Sachleistung, d. h. durch Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften zu decken. Nur ausnahmsweise – und auch hier sind die Erwägungen zu § 53 AsylVfG heranzuziehen – ist eine Unterbringung außerhalb einer Gemeinschaftsunterkunft möglich, wobei dies im Ermessen der Behörde steht«, VG Düsseldorf, Urt. v. 09.11.2009 – 23 K 4949/08 – Rn. 58 (juris).

gebunden sei und »§ 3 Abs. 3 Satz 3 AsylbLG ermächtigt [...], die Bedarfe für Unterkunft und Heizung als Geld- oder Sachleistung zu decken, wobei beide Leistungsformen gleichberechtigt nebeneinander stehen«.<sup>211</sup> Allerdings spielen ordnungsrechtliche Erwägungen des Asyl- und Aufenthaltsrechts in den Ermessenserwägungen über die Entscheidung, ob die Behörde die Unterkunft in Form von Geldleistungen gewährt, eine große Rolle, wie sich im Folgenden zeigen wird.

Denn wie der notwendige Bedarf an Unterkunft innerhalb und außerhalb der Aufnahmeeinrichtungen zu fassen ist, definiert das Asylbewerberleistungsgesetz nicht. In dem Zeitraum, in dem die Leistungsempfängerinnen und -empfänger gesetzlich verpflichtet sind, in Erstaufnahmeeinrichtungen zu wohnen, § 47 AsylG, scheinen die Sozialgerichte in Bezug auf die rechtliche Regelung über den Auszug aus der Aufnahmeeinrichtung und insofern einem höheren Bedarf an Unterkunft keinen leistungsrechtlichen Gegenstand zu erkennen und die Zuständigkeit ausschließlich bei den Verwaltungsgerichten zu finden.<sup>212</sup> Sofern die Unterbringung jedoch nicht gesetzlich vorgegeben ist, die Leistungsempfängerinnen und -empfänger also in Gemeinschaftsunterkünften leben, liegt die Entscheidung über die Gewährung der Art des Unterkunftsbedarfs im Ermessen der Behörde. Anders als das reguläre Sozialhilfrecht nennt das Asylbewerberleistungsgesetz keine Mindestanforderungen an die durch Sachleistungen gewährte Unterkunft; weder auf die landesrechtlichen Wohnraumförderungsbestimmungen noch auf Verordnungen von Heimen kann zurückgegriffen werden. Die Rechtsprechung und Kommentarliteratur gehen dabei von einem »geringeren Bedarf« an Unterkunft aus, als er etwa im Sozialrecht durch das Kriterium der »Angemessenheit« für den Bedarf an Unterkunft nach § 35 SGB XII

<sup>211</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.07.2020 – L 8 AY 37/20 B ER – Rn. 12 (juris). So auch Landessozialgericht Berlin-Brandenburg in expliziter Abgrenzung zur ordnungsrechtlichen Auslegung des § 3 Abs. 3 S. 3 AsylbLG des SG Neuruppin, LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2022 – L 15 AY 13/22 B ER – Rn. 16, 54 (juris). Die Entscheidungen verweisen auf die entsprechende Kommentarliteratur: »Nach dem Gesetzeswortlaut stehen die Leistungsarten (Geld- oder Sachleistung) in einem Alternativverhältnis zueinander. Es besteht kein Rangverhältnis in dem Sinne, dass eine Sachleistungsgewährung Vorrang hätte«. *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 159. So auch *Korff*, in: *BeckOK Sozialrecht*, 67. Aufl. (2022), § 3 AsylbLG Rn. 23. Siehe insbesondere *Cantzler*, *Asylberwerberleistungsgesetz* (2019), § 3 Rn. 71 mit Verweis auf BT-Drucks. 18/3144, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern vom 11.11.2014, S. 16.

<sup>212</sup> Es gibt insofern schlichtweg keine sozialrechtlichen Entscheidungen über den Auszug aus der Erstaufnahmeeinrichtung.

festgeschrieben wird.<sup>213</sup> Folglich seien Unannehmlichkeiten bei der Unterbringung in Sammelunterkünften, wie etwa die räumliche Enge, zu erdulden.<sup>214</sup> Es besteht zwar ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Unterbringung in adäquatem Wohnraum.<sup>215</sup> Dieser muss jedoch individuell geltend gemacht werden. So soll sich der notwendige Bedarf an Unterkunft an den konkreten Umständen des Einzelfalls bemessen, insbesondere an der Zahl der Familienangehörigen, ihrem Alter und ihren jeweiligen Grundbedürfnissen.<sup>216</sup> Beachtet werden

<sup>213</sup> *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 3 Rn. 30; *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 150; *Cantzler*, Asylberwerberleistungsgesetz (2019), § 3 Rn. 75. *Korff* bemerkt insofern: »Dem Leistungsträger steht damit ein weiter Gestaltungsspielraum zu, so lange die gewährte Unterkunft menschenwürdig ist und die körperliche Integrität des Betroffenen wahrt«, *Korff*, in: *BeckOK Sozialrecht*, 67. Aufl. (2022), § 3 AsylbLG Rn. 24. In der Rechtsprechung scheint hier teilweise noch Uneinigkeit vorzuliegen. Der Kommentarliteratur zustimmend insofern LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.07.2020 – L 8 AY 37/20 B ER – Rn. 14 (juris); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.10.2015 – L 8 AY 40/15 B ER – Rn. 11 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 04.12.2003 – 4 ME 476/03 – Rn. 4 (juris). Laut dem Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen »kennt das AsylbLG von vornherein keine Begrenzung auf ein wie auch immer festzulegendes oberes Angemessenheitsniveau«, da die Leistungsträger aufgrund der Möglichkeit einer Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften »die Entstehung von Unterkunftskosten von vornherein der Höhe nach steuern«, LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 14.02.2011 – L 20 AY 46/08 – Rn. 75 (juris). Ebenso das SG Freiburg, Urt. v. 12.04.2022 – S 6 SO 3236/20 – Rn. 23 (juris). Beide Gerichte sprachen den Klangenden insofern eine Erstattung von Mietkosten nach dem AsylbLG zu, die über der Angemessenheitsgrenze des SGB XII liegen.

<sup>214</sup> *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 152; *Wahrendorf*, Asylbewerberleistungsgesetz (2017), § 3 Rn. 30; *Fasselt*, in: *Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII*, 4. Aufl. (2009), § 3 AsylbLG Rn. 6.

<sup>215</sup> *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 146; *Korff*, in: *BeckOK Sozialrecht*, 67. Aufl. (2022), § 3 AsylbLG Rn. 23.

<sup>216</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung hierzu: Eine Familie mit vier Kindern hat Anspruch auf eine größere Unterbringung als einen 20 m<sup>2</sup> großen Wohnraum auf unbestimmte Dauer, OVG Lüneburg, Beschl. v. 04.12.2003 – 4 ME 476/03. Der notwendige Bedarf für eine fünfköpfige Familie kann vorübergehend durch einen 41 m<sup>2</sup> großen Wohncontainer gedeckt werden, LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.10.2015 – L 8 AY 40/15 B ER – Rn. 11 (juris). Eine Familie mit vier Kindern hat keinen Anspruch auf eine Wohnung, die mehr als drei Wohnräume und 84 m<sup>2</sup> umfasst, SG Aachen, Urt. v.

soll auch das Vorliegen psychischer Erkrankungen, sozialer Spannungen in der Unterkunft und die Aufenthaltsdauer des Leistungsberechtigten in Deutschland.<sup>217</sup> Insbesondere das Kriterium der vergangenen und bevorstehenden Aufenthaltsdauer spielt dabei eine Rolle.<sup>218</sup> Darüber hinaus können in die Ermessenserwägungen weitere ordnungsrechtliche

25.01.2011 – S 20 AY 4/10. Eine alleinerziehende Mutter, die mehr als sieben Jahre in Erstaufnahmeeinrichtungen sowie Gemeinschaftsunterkünften lebt und unter neuropathischen Schmerzen leidet, hat keinen Anspruch auf eine dezentrale Unterbringung in einer Wohnung, LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2022 – L 15 AY 13/22 B ER.

217 Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat die Kriterien der Ermessensentscheidung in einer Entscheidung 2022 ausformuliert und zählt zu ihnen u.a. »die aufenthaltsrechtliche Stellung der Antragstellerinnen, die Dauer ihres bisherigen und künftigen Aufenthaltes [...], die Lebenssituation, insbesondere der Schulbesuch der Antragstellerin zu 2), Bemühungen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, gesundheitliche Aspekte, hier insbesondere die gesundheitliche Situation der Antragstellerin zu 1), Vorhandensein oder Nichtvorhandensein genügender Rückzugsmöglichkeiten, die räumlichen Gegebenheiten in der Gemeinschaftsunterkunft«. Ein Anspruch auf Auszug auf der Gemeinschaftsunterkunft bestehe indes nur, wenn das Ermessen der Behörde auf Null reduziert sei, LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2022 – L 15 AY 13/22 B ER – Rn. 52ff. (juris).

218 Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen zum Aufenthalt einer fünfköpfigen Familie in einem Wohncontainer: »Ein längerer Aufenthalt der Antragsteller im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin erscheint [...] auch nicht als wahrscheinlich. Unter diesen Umständen begegnet die Ermessensentscheidung über die Art der Unterbringung durch die Gewährung dieser (Sach-) Leistung mit Blick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer der Antragsteller in Deutschland keinen durchgreifenden Bedenken«. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.10.2015 – L 8 AY 40/15 B ER – Rn. 11 (juris). Siehe auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2022 – L 15 AY 13/22 B ER – Rn. 54 (juris). Frerichs definiert die Aufenthaltsdauer für die Ermessensentscheidung über den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft als »von erheblicher Bedeutung«. So könne »bei mehrjährigem Aufenthalt ein erhöhter Unterkunfts- und Ausstattungsbedarf als notwendig anzuerkennen sein (z.B. Einräumen von weiteren Rückzugsmöglichkeiten, Unterbringung in einem Einzelzimmer oder in einer eigenen Wohnung etc.)«, Frerichs, in: Juris PraxisKommentar SGB XII, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 153. Ähnlich Cantzler: »Dabei ist auch der besonderen – zB ungeklärten aufenthaltsrechtlichen bzw. temporären – Situation des Leistungsberechtigten Rechnung zu tragen. Schon aus diesem Grund wird der Bedarf für Unterkunft und Heizung eines Leistungsberechtigten nach § 3 AsylbLG regelmäßig im Ergebnis nicht die Leistungshöhe ›angemessener‹ Aufwendungen nach § 35 Abs. 2 S. 1 SGB XII oder § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II erreichen«. Cantzler, Asylberwerberleistungsgesetz (2019), § 3 Rn. 75.

Erwägungen der Behörden im Sinne des Asyl- und Aufenthaltsrechts einfließen.<sup>219</sup>

Auch hier zeigt sich insofern die Grenzverwischung zwischen den fachgerichtlichen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte und Sozialgerichte sowie der Frage nach der Rechtsnatur der Normen, als in der Literatur wie auch Rechtsprechung zur Konkretisierung der Auslegung des Unterkunftsbedarfs nach § 3 Abs. 3 S. 3 AsylbLG sowohl auf sozialgerichtliche als auch verwaltungsgerichtliche Entscheidungen verwiesen wird.<sup>220</sup>

Inwiefern Grund- und Menschenrechte leistungsrechtliche Pflichten bzw. Grenzen vorgeben, bleibt in Bezug auf die Unterkunft weitgehend ungeklärt; die Kommentarliteratur geht nur vereinzelt auf grundrechtliche Grenzen hinsichtlich der Ausgestaltung der Aufnahme- und Gemeinschaftsunterkünfte sowie Ausreisezentren ein, erwähnt dabei jedoch nicht das Gewährleistungsrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.<sup>221</sup>

<sup>219</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen: »Die Ermessensentscheidung hat die Umstände des Einzelfalls, die besondere Situation eines Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland und die Besonderheiten des AsylbLG zu berücksichtigen. Ausschlaggebend können insbesondere Zweckmäßigkeitswägungen unter Berücksichtigung der Organisations- und Planungshoheit des Leistungsträgers und vorhandener Unterkunftskapazitäten sein, aber auch (ausländerrechtliche) Auflagen über die Wohnsitz- bzw. Wohnungnahme, Vorschriften über die Unterbringung (§§ 47, 53 AsylG) und ein Vergleich der ggf. in unterschiedlicher Höhe anfallenden Kosten«. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.07.2020 – L 8 AY 37/20 B ER – Rn. 13 (juris). Interessant ist hier auch die Entscheidung des SG Hildesheim, dem Kläger *keinen* Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft zu gewähren, weil dieser bereits nach § 1 a AsylbLG sanktioniert worden ist, SG Hildesheim, Beschl. v. 30.11.2010 – S 42 AY 157/10 ER.

<sup>220</sup> Vgl. exemplarisch das Urteil des Sozialgerichts Aachen, das sich zur Auslegung von § 3 AsylbLG primär an der Entscheidung des OVG Lüneburg orientiert, SG Aachen, Urt. v. 25.01.2011 – S 20 AY 4/10 – Rn. 20 (juris), sowie die Verweise bei *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 151ff. Die Notwendigkeit, auf verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zurückzugreifen, liegt sicherlich auch darin begründet, dass die Sonderzuweisung für Belange des AsylbLG nach § 51 Nr. 6a Sozialgerichtsgesetz erst 2005 eingeführt wurde (siehe Kapitel C, Fn. 204) und Fragen des AsylbLG insofern bis 2005 vor den Verwaltungsgerichten geklärt wurden. Auch hier zeigt sich also die historische Verknüpfung von ordnungsrechtlichen und leistungsrechtlichen Prämissen im AsylbLG.

<sup>221</sup> Wahrendorf erwähnt das gesundheitliche Wohl der Leistungsempfänger, *Wahrendorf, Asylbewerberleistungsgesetz* (2017), § 3 AsylbLG Rn. 30. Fasselt erwähnt die Achtung der Menschenwürde (Art. 1 GG) sowie die

Da der Unterkunftsbedarf aber im AsylG durch die gesetzliche Wohnverpflichtung für Erstaufnahmeeinrichtungen, § 47 AsylG, und die Regel-Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften im Anschluss, § 53 AsylG, vorgegeben ist, führt die Frage nach der Höhe des Unterkunftsbedarfs in der Rechtsprechung außerdem zu Uneinigkeit über die fachgerichtliche Zuständigkeit. Ob ein Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft als eine ordnungsrechtliche Frage des Asylgesetzes, und damit vor den Verwaltungsgerichten, oder eine sozialrechtliche Frage des AsylbLG, und damit vor den Sozialgerichten geklärt werden muss, bleibt umstritten.<sup>222</sup>

Sogar aus der Anpassung der Leistungssätze an die Regelsätze des Sozialgesetzbuches 18 Monate nach der Asylantragsstellung folgt kein

körperliche Integrität (Art. 2 GG), *Fasselt*, in: Fichtner/Wenzel. Kommentar zum SGB XII, 4. Aufl. (2009), § 3 AsylbLG Rn. 6. »Welcher Wohnbedarf notwendig oder angemessen ist, gestaltet das Gesetz nicht weiter aus und ist deshalb abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls«, *Siefert*, in: Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG, 2. Aufl (2020), § 3 Rn. 23. *Birk*, in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie. Sozialgesetzbuch XII, 12. Aufl. (2020), § 3 AsylbLG Rn. 7 mit Bezug auf Art. 18 Abs. 2a, Abs. 3 der AufnahmeRL (hierzu mehr unter C II 3 a) verweist auf »menschenwürdige Mindeststandards«. *Cantzler* meint, die Aufnahmeeinrichtung könne »mit Blick auf die üblicherweise nur kurze Unterbringungsdauer [...] einfach sein, muss aber dennoch menschenwürdig ausgestattet sein und die körperliche Integrität des Betroffenen wahren«, *Cantzler*, Asylbewerberleistungsgesetz (2019), § 3 Rn. 33.

- <sup>222</sup> Das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht verwies eine Klage über den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft für einen Empfänger von Analogleistungen nach § 2 Abs. 2 AsylG etwa mit folgender Begründung: »Macht die leistungsberechtigte Person in dieser Situation geltend, die auf gefahrenabwehrrechtliche Vorschriften gestützte Einweisung trage ihren Bedürfnissen an eine menschenwürdige Unterbringung nicht hinreichend Rechnung, kann sich der Anspruch auf Einweisung in eine andere Wohnung nach Ansicht des Senats allein nach gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften (Anspruch auf polizeiliches Einschreiten) richten. Solche Streitigkeiten sind nach § 40 Abs. 1 VwGO den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen«. LSG Schleswig-Holsteinisch, Beschl. v. 02.01.2017 – L 9 AY 226/16 B ER – Rn. 14 (juris). Das VG München stellt hingegen auf die dem Bescheid über die Auszugsversagung zugrundeliegende Norm im Sinne der *actus contrarius* Theorie ab, VG München, Urt. v. 10.11.2008 – M 24 E 08.5019 – Rn. 22 (juris), so auch VGH Bayern, Beschl. v. 17.10.2016 – 21 C 16.30043 – Rn 10 (juris). Insgesamt lässt sich in der Rechtsprechung eine Tendenz dahingehend feststellen, dass die Sozialgerichte ihre sachliche Zuständigkeit zumindest dann annehmen, wenn die Klägerinnen und Kläger nicht mehr in Aufnahmeeinrichtungen wohnen: »Rechtsgrundlage für die (leistungsrechtliche) Entscheidung über die Unterbringung bzw. die Leistungen für Unterkunft und Heizung ist bei Grundleistungsberechtigten, die sich

Recht auf eine Gewährung des notwendigen Bedarfs an Unterkunft als Geldleistung und die Möglichkeit des Auszugs aus der Sammelunterkunft. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AsylbLG ist auf Leistungsberechtigte, die sich ohne wesentliche Unterbrechung länger als 18 Monate in Deutschland aufhalten und die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich<sup>223</sup> beeinflusst haben, das Zwölftes Sozialgesetzbuch anzuwenden. In diesem Fall erhalten die Leistungsempfänger Leistungen analog zu denen des Sozialgesetzbuches. Daraus folgt auch, dass laufende Leistungen in der Regel als Geldleistungen zu gewähren sind.<sup>224</sup> Anders als angenommen werden könnte, hat dies jedoch nicht zur Folge, dass auch der Bedarf an Unterkunft in Geldleistungen gewährt werden kann und die Anmietung privaten Wohnraums ermöglicht wird. Dies wird unter anderem damit begründet, dass sich auch durch die Gewährung von Analogleistungen nach § 2 AsylbLG für die Unterbringung keine Privilegierung ergebe. Das folge bereits daraus, dass nach § 2 AsylbLG keine Gleichstellung von Leistungsempfängerinnen und -empfängern nach dem AsylbLG und dem Sozialgesetzbuch folge, sondern eine entsprechende Anwendung des Sozialgesetzbuches stattfinde.<sup>225</sup> So könne die Verpflichtung,

– wie die Antragstellerin – nicht (mehr) in einer Aufnahmeeinrichtung i.S. des § 44 AsylG aufhalten, § 3 Abs. 3 Satz 3 AsylbLG [...]. Ausländer- bzw. ordnungsrechtliche Rechtsgrundlagen oder solche des Niedersächsischen Gesetzes zur Aufnahme von ausländischen Flüchtlingen und zur Durchführung des AsylbLG (AufnG) vom 11.3.2004 (Nds. GVBl. 2004, 100, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.9.2016, Nds. GVBl. 2016, 190) finden nicht Anwendung, weil die angefochtene Verfügung des Antragsgegners sich nicht auf ordnungsrechtliche Grundlagen stützt und das AufnG über die Verteilung und Zuweisung von Ausländerinnen und Ausländern (vgl. § 1 AufnG) keine Regelungen über die konkrete Unterbringung der Personen enthält«, LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 02.07.2020 – L 8 AY 37/20 B ER – Rn. 11 (juris); so auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 18.08.2020 – 9 E 649/20, Rn. 11f. (juris); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.08.2015 – L 20 AY 50/15 B – Rn. 13f. (juris); SG Osnabrück, Beschl. v. 13.11.2020 – S 44 AY 104/20 ER – Rn. 18 (juris); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.01.2012 – L 20 AY 140/11 b – Rn. 19 (juris). In der Literatur ist die Thematik detailreich von Frerichs behandelt, der die gerichtliche Zuständigkeit nach dem »Eingriffscharakter« bzw. »konkreten Leistungsbegehrungen« unterscheiden will, *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 139f.

<sup>223</sup> Das AsylbLG definiert den Begriff »rechtsmissbräuchlich« nicht, zur Auslegung siehe *Oppermann/Filges*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 21.12.2022), § 2 Rn. 70ff.

<sup>224</sup> *Wahrendorf*, *Asylbewerberleistungsgesetz* (2017), § 2 Rn. 45; *Cantzler*, *Asylbewerberleistungsgesetz* (2019), § 2 Rn. 53.

<sup>225</sup> In diesem Rahmen lässt sich auch der Streit darüber einordnen, ob es sich bei § 2 AsylbLG um einen Rechtsfolgenverweis oder Rechtsgrundverweis

in einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen, auch für Analogempfängerinnen und -empfänger gelten;<sup>226</sup> für die Entscheidung über einen möglichen Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft müssten sich die Behörden auch bei Bezug von Analogleistungen an den bereits genannten Ermessensspielräumen (auch des Asylgesetzes) orientieren.

## (2) Die Aufnahmeeinrichtung als Kriterium der Leistungskürzung

Die Unterkunft ist aber nicht nur selbst ein Bestandteil des Leistungskatalogs zur Deckung des notwendigen Bedarfs, sondern auch Unterscheidungskriterium für die Art und Höhe der Leistungsgewährung im Asylbewerberleistungsgesetz. Neben dem Minderbedarf an Unterkunft normiert das AsylbLG auch einen Minderbedarf für alle anderen Bereiche, der an die Unterbringung in der Sammelunterkunft geknüpft ist. So sollen über die Unterkunft hinaus die restlichen Leistungen zur Deckung des notwendigen Bedarfs in den Aufnahmeeinrichtungen nach § 44 AsylG als Sachleistungen gewährt werden; Leistungen zur Deckung des persönlichen notwendigen Bedarfs sollen ebenfalls durch Sachleistungen gedeckt werden, »soweit mit vertretbarem Verwaltungsaufwand« möglich, § 3 Abs. 2 S. 4 AsylbLG. Wird der notwendige Bedarf als Geldleistung ausgegeben, so reduziert sich dieser für Alleinstehende, die in einer Aufnahmeeinrichtung oder einer

handelt, das heißt, ob Analogempfängerinnen und -empfänger dem Grunde nach Sozialhilfempfängerinnen und -empfängern gleichgestellt werden sollen, oder lediglich die Rechtsfolgen entsprechend angewendet werden, vgl. hierzu *Oppermann/Filges*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 21.12.2022), § 2 Rn. 147.

226 »§ 2 Abs. 2 AsylbLG räumt den zuständigen Behörden – was sich allerdings aus dem Wortlaut nicht ohne weiteres ergibt – unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 AsylbLG, zusätzlichen ›Spielraum‹ einzuräumen, ein Ermessen ein [...]. Auch nach Auffassung des LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 2. Juli 2020, Az. L 8 AY 37/20 B ER, juris Rn. 14, ist eine (Auswahl-) Ermessensentscheidung über die Form der Leistungen für Unterkunft und Heizung von der Leistungsbehörde bei Leistungsberechtigten nach § 2 Abs. 1 AsylbLG jedenfalls dann zu treffen, wenn die betroffene Person die Zuweisung einer anderen Unterkunft begeht.«, LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.11.2022 – L 15 AY 13/22 B ER – Rn. 51 (juris); so auch SG Hildesheim, das betont, dass aus dem Empfang von Analogleistungen kein Anspruch auf eine dezentrale Unterbringung außerhalb von Gemeinschaftsunterkünften entsteht, SG Hildesheim, Beschl. v. 03.09.2010 – S 42 AY 147/10 ER – Rn. 5 (juris). Diese Ansicht teilt Korff, *Korff*, in: *BeckOK Sozialrecht*, 67. Aufl. (2022), § 2 AsylbLG Rn. 17. Ihr widersprechend *Oppermann/Filges*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 21.12.2022), § 2 Rn. 229.

Gemeinschaftsunterkunft wohnen, von 202€ auf 182€, § 3a Abs. 2 Nr. 2 b AsylbLG und der notwendige persönliche Bedarf von 162€ auf 146€, § 3a Abs. 1 Nr. 2 b AsylbLG. Begründet wird die Herabsetzung der Regelsätze mit einem vermeintlichen »gemeinsamen Wirtschaften« in den Sammelunterkünften. Die Bewohnerinnen und Bewohner werden rechtlich als Bedarfsgemeinschaften behandelt.<sup>227</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat inzwischen in seiner Entscheidung vom 19.10.2022 zur Abstufung des Regelsatzes für Empfängerinnen und Empfänger von Analogleistungen nach § 2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 AsylbLG entschieden, dass eine Abstufung der Regelsätze aufgrund des Wohnens in Aufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften und einem vermeintlichen gemeinsamen Wirtschaften gegen das menschenwürdige Existenzminimum verstöße und die Leistungsempfänger insoweit Regelsätze nach der Regelbedarfsstufe 1 erhalten müssen.<sup>228</sup> Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ging im November 2022 davon aus, dass auch über die Beziehung von Analogleistungen nach § 2 AsylbLG hinaus allgemein die Absenkung der Regelsätze in Sammelunterkünften nach § 3a Abs. 2 Nr. 2 b AsylbLG sowie § 3a Abs. 1 Nr. 2 b AsylbLG verfassungswidrig ist.<sup>229</sup>

Bei einer Unterbringung außerhalb von Aufnahmeeinrichtungen sollen für die Deckung des notwendigen Bedarfs und des notwendigen persönlichen Bedarfs vorrangig Geldleistungen erbracht werden, § 3 Abs. 3 S. 1 AsylbLG. Erfolgt die Unterbringung außerhalb der Aufnahmeeinrichtung jedoch in einer Gemeinschaftsunterkunft, kann der notwendige persönliche Bedarf trotz des Vorrangs von Geldleistungen auch durch Sachleistungen gedeckt werden, § 3 Abs. 3 S. 6 AsylbLG.

*c. Kein eigenständiges Gewährleistungsrecht:  
Das ordnungsrechtliche Fundament der Unterbringung im AsylbLG*

Die Rationalitäten des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Asylgesetzes in der Frage der Unterbringung lassen sich vor diesem Hintergrund nicht voneinander trennen. Denn anders als bei der sonstigen

<sup>227</sup> BT-Drucks. 19/10052, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 10.05.2019, S. 24.

<sup>228</sup> »Für alleinstehende Erwachsene, die in einer Gemeinschaftsunterkunft im Sinne von § 53 Abs. 1 AsylG oder in einer Aufnahmeeinrichtung nach § 44 Abs. 1 AsylG untergebracht sind, wird unter den Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 Nr. 1 AsylbLG ein Regelbedarf nicht in Höhe der Regelbedarfsstufe 2, sondern in Höhe der Regelbedarfsstufe 1 anerkannt«, BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – I BvL 3/21 – Rn. 97 (juris).

<sup>229</sup> Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 72. Sitzung vom 30.11.2022, Plenarprotokoll 20/72, S. 8440.

Leistungsgewährung im Asylbewerberleistungsrecht wird der Bedarf an Unterkunft nicht abschließend geregelt, sondern orientiert sich vielmehr an den ordnungspolitischen Vorgaben des Asylgesetzes. Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität zeigt sich dabei schon in der rechtlichen Regelung für den Auszug aus der Erstaufnahmeeinrichtung, die sich lediglich auf gefahrenabwehrrechtliche Regelungen des AsylG stützen kann, und spinnt sich darüber hinaus im Streit der Rechtsprechung über die rechtliche Zuständigkeit beim Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft weiter. Durch die Einbeziehung des verfahrensrechtlichen Asylgesetzes, das die Deckung des Bedarfs an Unterkunft durch Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte normiert, wird »die Art der Unterbringung im AsylbLG bereits vorausgesetzt und nicht einheitlich geregelt«.<sup>230</sup> Der notwendige Bedarf an Unterbringung bleibt zudem undefiniert. Für alle drei Arten der Flüchtlingsunterbringung (Erstaufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünfte und Ausreisezentren) bestehen keine bundesgesetzlichen Regelungen zu deren Beschaffenheit oder einzuhaltenden Mindeststandards, die auf den Bedarf an Wohnraum schließen lassen. Die Idee von Minderbedarfen, die pauschal an den Aufenthaltsstatus anknüpfen, wird so insbesondere in der Flüchtlingsunterbringung wirksam: Asylbegehrer werden ein Minderbedarf an Unterkunft zugeschrieben, der die mitunter dauerhafte Sachleistung »Sammelunterkunft« rechtfertigt. Teilweise wird der Minderbedarf Unterkunft im Falle der zeitlichen Fristen für die Wohnverpflichtung sogar als Sanktion genutzt, etwa bei Verletzung der Mitwirkungspflichten, § 47 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 4 AsylG, ohne dass der Gesetzgeber ermittelt hat, inwiefern die Sanktion Leistungskürzung in der Unterbringung tatsächlich zu einer Beschleunigung des Asylverfahrens führen würde. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil 2012 bestätigt, dass das Existenzminimum durch Sachleistungen gedeckt werden darf, allerdings betont, dass die Minderbedarfe »sach- und realitätsgerecht« ermittelt werden müssen. Dazu gehört auch, dass Minderbedarfe, die der Gesetzgeber aufgrund eines kurzen Aufenthalts festsetzt, als solche ermittelt werden müssen, genauso wie die Wirksamkeit von Sanktionen (s.o.). Die Selbstverständlichkeit, mit der die Rechtsprechung sowie die Literatur jedoch einen Minderbedarf an Unterkunft für vermeintlich »kurze« Aufenthalte annehmen, deutet auf eine un hinterfragte Übernahme der ordnungspolitischen Motive der Gesetzgebung hin – die der Rechtsprechung zum menschenwürdigen Existenzminimum nicht gerecht wird.

Inwiefern verfassungsrechtliche Bedenken ganz allgemein gegen die gesetzlichen Regelungen des AsylbLG bestehen, ist dabei umstritten.

<sup>230</sup> Born, Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber (2014), S. 54.

Teile der Literatur<sup>231</sup> gehen mit der Rechtsprechung<sup>232</sup> von einer Verfassungsmäßigkeit des aktuellen AsylbLG aus; gleichzeitig finden sich vermehrt Stimmen, die dessen Verfassungsmäßigkeit<sup>233</sup> bzw. Europa-rechtskonformität<sup>234</sup> anzweifeln. Umstritten ist dabei die Ausgliederung einer Personengruppe aus dem Sozialhilferecht, da das AsylbLG nach wie vor an der Idee der »Minderbedarfe« für einen kurzen Aufenthalt festhalte und damit gegen das Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verstößt.<sup>235</sup> Zudem verstößt die Schlechterstellung in Höhe und Art der Leistungsgewährung gegen den Gleichheits-satz nach Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>236</sup> Während jedoch die Leistungskürzungen

<sup>231</sup> Exemplarisch *Hohm*, in: Sozialgesetzbuch XII, 19. Aufl. (2015) § 3 AsylbLG Rn. 13f; *Fasselt*, in: *Fichtner/Wenzel*, Kommentar zum SGB XII, 4. Aufl. (2009), Vor § 1 AsylbLG Rn. 2.

<sup>232</sup> Bayerisches LSG, Urt. v. 18.07.2017 – L 8 AY 18/15; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B 7 AY 1/16 R.

<sup>233</sup> Die Debatte zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit ist breit und hat seit dem Bundesverfassungsgerichtsurteil 2012 zugenommen. Sie kann hier entsprechend nur äußerst exemplarisch dargestellt werden: Vgl. *Judith/Brehme*, Kritische Justiz 2014, S. 335f; *Janda*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2003, S. 175; *Voigt*, Info Also 2016, S. 106. Frerichs sieht in der Trennung zwischen physischem und sozialem Existenzminimum einen Verstoß gegen die Konzeption pauschalisierter Leistungen, die einen Ausgleich zwischen verschiedenen Bedarfspositionen ermöglichen soll, *Frerichs*, in: *Juris Praxis-Kommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 56 ff.

<sup>234</sup> Exemplarisch: *Voigt*, info also 2016; *Oppermann*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2017. Mit Fokus auf § 1a AsylbLG: *Ganter*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020.

<sup>235</sup> *Kanalan/Classen*, info also 2010; *Janda*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2013; *Frerichs*, in: *Juris Praxis-Kommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 05.2023), § 3 AsylbLG Rn. 50ff.; *Voigt*, info also 2016.

<sup>236</sup> Dabei können laut Born sowohl der Sachgrund der Anreizvermeidung als auch der Eindämmung des Schleppertums für die Differenzierung der Höhe der Leistungssätze dem verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht standhalten, *Born*, Europa- und verfassungsrechtliche Anforde- rungen an die Leistungen für Asylbewerber (2014), S. 335f. Siehe auch *Kingreen*, der im Anschluss an das Hartz IV-Urteil im AsylbLG einen Verstoß gegen Art. 3 GG sieht, *Kingreen*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2010, S. 561. Ein rechtmäßiger Zweck zum Sachleistungsvorrang könne allenfalls bei der anfänglichen Unterbringung in Aufnahmeeinrichtungen vorliegen, da es den Geflüchteten direkt nach der Ankunft in Deutschland meistens an Kenntnissen der Sprache bzw. der örtlichen Infrastruktur fehle, *Born*, Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Leistungen für Asylbewerber, S. 335f., 404. Siehe hierzu auch: *Judith/Brehme*, Kritische Justiz 2014, S. 335f., *Frerichs*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und

des soziokulturellen Bedarfs nach § 1a AsylbLG in der Literatur stark umstritten sind,<sup>237</sup> werden die Sanktionen bei Verletzung der Mitwirkungspflichten in Form von Verlängerungen der gesetzlichen Wohnverpflichtung nach § 47 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 4 AsylG sowohl in der Literatur als auch bei den Gerichten unhinterfragt affiniert und nicht als eigenständiges Gewährleistungs – bzw. Verfassungsproblem diskutiert. Dies erstaunt umso mehr, als in der Debatte um den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft ja tatsächlich eine Sensibilität für leistungsrechtliche Fragen besteht und die Erreichung des Sinns und Zwecks der Verfahrensbeschleunigung durch den Minderbedarf Sammelunterkunft in der Literatur durchaus hinterfragt wird. Die Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen bleibt jedoch als vermeintlich rein gefahrenabwehrrechtlicher Gegenstand unangetastet.

Dass die Grundmodi<sup>238</sup> der ordnungsrechtlichen Normen sich nicht lupenrein von denen der leistungsrechtlichen Normen trennen lassen (so wie sich in der Verwaltung oftmals Mischformen der Ordnungs- und Leistungsverwaltung finden), ist kein Spezifikum des Asylbewerberleistungsgesetzes. Indem das Asylbewerberleistungsgesetz eine eigenständige Definition der Bedarfe an Unterbringung unterlässt und stattdessen die ordnungsrechtlichen Wohnverpflichtungen für Erstaufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte übernimmt, verliert es jedoch in Bezug auf die Flüchtlingsunterbringung seinen leistungsrechtlichen Gegenstand. Dies mag mit der historischen ordnungspolitischen Gesetzgebungsabsicht übereinstimmen. Es widerspricht jedoch der Idee eines individuellen Leistungsanspruchs, wie das Bundesverfassungsgericht ihn auch für das Asylbewerberleistungsgesetz statuiert hat, und der migrationspolitisch nicht zu relativieren ist. Es führt auch dazu, dass der stetigen Verlängerung der Wohnverpflichtungen nach 2015 scheinbar

Arbeitsrecht 2014. Aubel verweist hingegen auf den *lex specialis*-Charakter des Gewährleistungsrechts gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG; der Gleichheitssatz werde somit verdrängt, *Aubel*, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2011), S. 284.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu exemplarisch mit aktuellen Literaturverweisen *Oppermann*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, aktualisierter Werkstand: 27.02.2023), § 1a Rn. 229. Rn. 151 ff. m.w.N. Mit europarechtlichem Fokus *Ganter*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020. Das Bundesverfassungsgericht befand § 1a AsylbLG 2021 als mit verfassungsrechtlichen Anforderungen noch im Einklang stehend, BVerfG, Beschl. v. 12.05.2021 (3. Kammer) – 1 BvR 2682/17.

<sup>238</sup> »Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung sind typologisierte Modelle aufgabenpezifisch organisierten Verwaltungshandelns. [...] Als Typologisierungen sind sie nicht trennscharf i.S. gegenseitiger Ausschließlichkeit abgrenzbar«. *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 12 Rn. 1.

keine gewährleistungsrechtlichen Grenzen entgegenstehen: Die Länge der gesetzlichen Wohnverpflichtung in Erstaufnahmeeinrichtungen wird so nicht als Leistungseinschränkung des Unterkunftsbedarfs und damit als Frage des menschenwürdigen Existenzminimums diskutiert, sondern lediglich als ordnungsrechtliche Frage danach, inwiefern sie das Asylverfahren beschleunigt.<sup>239</sup> Es hat darüber hinaus Konsequenzen für die Konstruktion der Flüchtlingsunterkünfte als soziale Räume, wie sich im weiteren Verlauf zeigen wird. Zunächst soll jedoch auf eine dritte rechtliche Perspektive eingegangen werden, die die deutsche Flüchtlingsunterbringung prägt: die Europäisierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

### 3. Neue Impulse? Die Europäisierung der Flüchtlingsunterbringung

Über die spezifisch im deutschen Migrationsrecht angelegten ordnungsrechtlichen Rationalitäten der Gefahrenabwehr sowie der Unterbringung als Gewährleistung hinaus stellt sich die Frage, inwiefern die Europäisierung der Unterbringung neue Impulse schafft. Der deutsche Verfassungsstaat hat im Laufe der europäischen Integration eine Reihe von Hoheitsrechten übertragen.<sup>240</sup> Inwiefern die übertragenen Hoheits-

<sup>239</sup> Die Grenze des menschenwürdigen Existenzminimums wird etwa in den Debatten zum Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, das die Wohnverpflichtung auf reguläre 18 Monate verlängerte, in Bezug auf die Leistungseinschränkungen des notwendigen bzw. persönlichen Bedarfs nach § 3 AsylbLG, nicht aber in Bezug auf die Länge der Wohnverpflichtung für Erstaufnahmeeinrichtungen und AnkER-Zentren erwähnt, vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 105. Sitzung vom 07.06.2019, Plenarprotokoll 19/105, S. 12949; Bundesrat, Stenografischer Bericht der 979. Sitzung vom 28.06.2019, Plenarprotokoll 979, S. 273.

<sup>240</sup> Dies hat nicht zuletzt zu einem komplexen und sich stets weiterentwickelnden Verhältnis der Prüfungskompetenzen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs geführt, bei dem das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich den Vorrang des EU-Rechts anerkennt, solange dieses einen »wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten [kann], der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist« (BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, Leitsatz). Es behält sich jedoch den Schutz der »Verfassungidentität« sowie die Prüfung eines Verstoßes gegen den ultra-vires Grundsatz (die Kompetenz zur Kompetenzübertragung verbleibt stets beim Mitgliedsstaat) vor: »Der unübertragbaren und insoweit integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 79

rechte sich dabei zu einer »europäischen Souveränität« verdichten, ist durchaus umstritten.<sup>241</sup> Zumindest eröffnen sie aber einen Rechtsanwendungsbefehl der europäischen Rechtsordnung und führen damit zu einer Europäisierung des deutschen Rechts: »Der Rechtsanwendungsbefehl ›öffnet‹ die deutsche Rechtsordnung für Recht aus nichtstaatlichen [europarechtlichen] Quellen«.<sup>242</sup> Die rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland ist von dieser Europäisierung nicht ausgenommen. Vielmehr ist sie in besonderem Maße von ihr geprägt: Die Etablierung von EU-weiten Mindeststandards in der Flüchtlingsaufnahme ist zu einer der zentralen Säulen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) geworden, um (Sekundär-)Migration innerhalb der EU zu kontrollieren. Die Gemeinsame Europäische Asylpolitik wurde dabei sowohl in primärrechtlichen als auch sekundärrechtlichen Normen<sup>243</sup> des EU-Rechts verstetigt und unterliegt der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

Darüber hinaus gibt auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Impulse für eine Europäisierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entscheidet dabei über die Auslegung der

Abs. 3 GG) entspricht die europarechtliche Pflicht, die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten«. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Rn. 235 (juris). Eine Überschreitung des ultra-vires Grundsatz hat das Bundesverfassungsgericht etwa im Fall der Anleihenkäufe durch die EZB angenommen, die zuvor vom Europäischen Gerichtshof genehmigt worden waren, BVerfG, Urt. v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Recht auf Vergessen II* legte das Bundesverfassungsgericht zudem fest, dass es im Falle der Verdrängung deutschen Rechts durch EU-Recht einen Verstoß gegen europäische Grundrechte prüfen darf, BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17.

<sup>241</sup> Grimm verneint eine solche europäische Souveränität, *Grimm, Die Zukunft der Verfassung II* (2012), S. 154. Franzius spricht in diesem Zusammenhang von einem »Regelungsverbund«, *Franzius, Gewährleistung im Recht* (2009), S. 152f. Siehe zur Frage einer europäischen Souveränität auch *Lührs, Europarecht 2022; Kirchmair, Europarecht 2021; Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt* (2004); *Haack, Verlust der Staatlichkeit* (2007).

<sup>242</sup> *Grimm, Die Zukunft der Verfassung II* (2012), S. 154.

<sup>243</sup> Zu den primärrechtlichen Normen zählen u.a. die Verträge der EU, die Verträge zur Änderung der Gründungsverträge der EU und die Charta der Grundrechte. Zu den sekundärrechtlichen Normen zählen u.a. Verordnungen und Richtlinien. Während Verordnungen unmittelbare Wirkung in den Mitgliedsstaaten entfalten, müssen Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden, können jedoch bei mangelnder Umsetzung ebenfalls unmittelbare Wirkung entfalten (hierzu mehr unter C II 3 a (2)).

Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), deren Zahl an Vertragsstaaten<sup>244</sup> über den Kreis der Mitgliedsstaaten der EU<sup>245</sup> hinausgeht. Deutschland hat die Europäische Menschenrechtskonvention am 05.12.1952 ratifiziert,<sup>246</sup> die Rechtsprechung des EGMR muss die deutsche Rechtsprechung im Rahmen der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Verfassung bei seiner eigenen Rechtsprechung beachten.<sup>247</sup> Beide Gerichtshöfe beeinflussen sich gegenseitig in ihrer Rechtsprechung zur Flüchtlingsunterbringung, ihre Urteile haben zudem Eingang in die deutsche Rechtsprechung gefunden. Die in der GEAS beschlossenen Mindeststandards buchstabieren dabei die Aufnahmebedingungen teilweise konkreter als das deutsche Recht aus, oftmals bleiben jedoch auch ungenau und vor dem Hintergrund der Motive ihrer Entstehung ambivalent.

*a. Migrationskontrolle und Mindeststandards:  
Gemeinsames Europäisches Asylsystem*

(1) Das GEAS

Für die deutsche Flüchtlingsunterbringung ist dabei zunächst die Aufnahmerichtlinie relevant, die im Rahmen des GEAS verabschiedet und in einer zweiten Fassung reformiert wurde. Grundlegendes Ziel des GEAS ist zunächst die europaweite Migrationskontrolle, zu deren Zweck auch die Aufnahmerichtlinie erlassen wurde. In der Aufnahmerichtlinie wurden, trotz ihres verfahrensrechtlichen Zwecks, jedoch EU-weite Mindeststandards für die Flüchtlingsaufnahme entwickelt, in denen teilweise Gewährleistungsrechte für die Flüchtlingsunterbringung normiert werden, die über die deutschen Regelungen hinausgehen.

<sup>244</sup> Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde von 46 Vertragsstaaten des Europarats ratifiziert: [https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p\\_auth=iMFLUcf3](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=iMFLUcf3) (zuletzt besucht am 11.02.2021).

<sup>245</sup> Die Europäische Union besteht nach dem Austritt Großbritanniens aus 27 Mitgliedsstaaten, vgl. Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl EU L 29/7 vom 31.01.2020, Art. 2 b.

<sup>246</sup> Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. II Nr. 14 1952, S. 685.

<sup>247</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.03.1987 – 2 BvR 589/79 – Rn. 35 (juris); BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04; BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2333/08; BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12.

Die sogenannten Tampere-Beschlüsse des Europäischen Rates von 1999 gelten dabei als der Gründungsakt des GEAS.<sup>248</sup> Sie hielten fest, dass

der Europäische Rat die Bedeutung [bekräftigt], die die Union und die Mitgliedstaaten der unbedingten Achtung des Rechts auf Asyl beimesse[n]. Er ist übereingekommen, auf ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem hinzuwirken, das sich auf die uneingeschränkte und allumfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention stützt, wodurch sichergestellt wird, daß niemand dorthin zurückgeschickt wird, wo er Verfolgung ausgesetzt ist, d.h. der Grundsatz der Nichtzurückweisung gewahrt bleibt.<sup>249</sup>

Die Entwicklung hin zu einer einheitlichen europäischen Asylpolitik begann jedoch schon Ende der 80er, Anfang der 90er Jahre.<sup>250</sup> Hauptantrieb dieser Entwicklung war dabei nicht primär der Schutz der Asylsuchenden, sondern die Verhinderung von Sekundärmigration innerhalb der EU im Rahmen der Öffnung innereuropäischer Grenzen.<sup>251</sup> Zur Verwirklichung des GEAS wurden vier Richtlinien<sup>252</sup> und zwei

<sup>248</sup> Chetail, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 11. Siehe allgemein zum europarechtlichen Rahmen der Flüchtlingsunterbringung auch die Monographie von Sußner (*Sußner, Flucht – Geschlecht – Sexualität* (2020)), deren Literaturverweise für den folgenden Abschnitt ausführlich genutzt wurden.

<sup>249</sup> Europäisches Parlament, Tampere Europäischer Rat 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Absatz 13.

<sup>250</sup> Chetail, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 4ff.

<sup>251</sup> Chetail, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 4. Chetail expliziert hierbei die bereits im Maastricher Vertrag von 1992 getroffene Feststellung, dass Asyl eine »im gemeinsamen Interesse« der Mitgliedstaaten liegende Angelegenheit darstellt und verweist auf die Kritik hieran, etwa von Lavenex: »Against such a frame, many commentators observed that its driving principles are not universal human rights, nor the desire to establish a common asylum policy at the European level, but that asylum was framed as a side issue of the single market project, worth co-operation occurring only insofar as it was deemed necessary to safeguard internal security«. Chetail, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 9.

<sup>252</sup> Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.07.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl EUL 212 vom 07.08.2001, S. 12; Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.01.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in

Verordnungen<sup>253</sup> erlassen, unter anderem in Bezug auf die Standards der Flüchtlingsunterbringung in den Mitgliedsstaaten. Dabei wurden in einer ersten Welle zunächst »Minimum-Standards« der europäischen Asylpolitik gesetzt: Die vier Richtlinien und zwei Verordnungen wurden in weniger als fünf Jahren nach den Tampere Beschlüssen verabschiedet;<sup>254</sup> 2003 wurde eine erste Richtlinie<sup>255</sup> verkündet, die europaweite Mindeststandards für die Flüchtlingsaufnahme festlegte. Diese (erste) Phase des GEAS geriet schnell in die Kritik, aufgrund ihrer lückenhaften Formulierung doppelte Standards zu verursachen und einen »race to the bottom« anzufachen, statt eine menschenrechts-orientierte Asylpolitik zu gewährleisten.<sup>256</sup> Das Konzept der Minimalstandards in der Asylpolitik änderte sich sodann mit dem Vertrag von Lissabon.<sup>257</sup> Die EU-Mitgliedsstaaten hielten 2007 in Art. 78 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union<sup>258</sup> (AEUV) fest, eine gemeinsame Asylpolitik zu betreiben,

den Mitgliedstaaten, ABI EU L 31 vom 06.02.2003, S. 18; Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.04.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABI EU L 304 vom 30.09.2004, S. 12; Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 01.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABI EU L 326 vom 13.12.2005, S. 13.

<sup>253</sup> Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000 über die Einrichtung von »Eurodac« für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABI EU L 316 vom 15.12.2000, S. 1; Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.02.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABI EU L 50 vom 25.02.2003, S. 1.

<sup>254</sup> Zu den zwei bzw. drei Phasen der Europäischen Asylpolitik siehe *Chetail*, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 12; *Thym*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim. Das Recht der Europäischen Union*, (78. Aktualisierungslieferung 2023), Art. 78 AEUV Rn. 1ff.; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert. EUV/AEUV*, 6. Aufl. (2022), Art. 78 AEUV Rn. 4ff.

<sup>255</sup> Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.01.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABI EU L 31 vom 06.02.2003, S. 18.

<sup>256</sup> *Chetail*, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2016), S. 12, 14f.

<sup>257</sup> Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABI EU C 306/01 vom 17.12.2007, S. 1.

<sup>258</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte

die über »Minimumstandards« hinausgeht, und richteten zusätzlich eine Agentur ein (EASO), die die Mitgliedstaaten bei der Verfolgung einer gemeinsamen Asylpolitik unterstützt. In dieser zweiten Phase des GEAS wurde auch die Aufnahmerichtlinie reformiert. Die neue Richtlinie 2013/33/EU setzt sich auf europäischer Ebene zum Ziel, einen »gemeinsamen Schutzraum« für Asylsuchende zu schaffen, in dem gleiche Mindeststandards in der Unterbringung gewährleistet werden.<sup>259</sup> Den überarbeiteten Richtlinien und Verordnungen wird dabei durchaus eine Verbesserung der Rechte der Asylbegehrenden im Asylverfahren und der Aufnahme zugesprochen, wenn auch mit andauernden Mängeln, was die Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten und Übereinstimmung mit Menschenrechten angeht.<sup>260</sup> In der reformierten Aufnahmerichtlinie lässt sich demnach im Ergebnis<sup>261</sup> ein Verständnis der Flüchtlingsunterbringung als menschenrechtlicher Gewährleistung finden, das sich als eher vages Konzept auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zeigt.<sup>262</sup> Der EuGH betonte 2011 in Bezug auf den Stellenwert der Einhaltung der in der Aufnahmerichtlinie festgelegten Standards noch, dass erst eine »ernsthafte Menschenrechtsverletzung« vorliegen

Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012).

<sup>259</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5 und 8 AufnahmeRL.

<sup>260</sup> Chetail, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 25ff.

<sup>261</sup> Auch wenn also die Etablierung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems wie gesehen nicht primär auf dem Schutz von Geflüchteten ruht, ist mit der Aufnahmerichtlinie im Ergebnis ein rechtlicher Rahmen an Mindeststandards entstanden, der die rechtliche Position der Geflüchteten mitunter stärken kann, siehe hierzu auch Kapitel C, Fn. 277. Ähnlich lässt sich dies etwa in Bezug auf transnationale europäische soziale Rechte für EU-Bürgerinnen und -Bürger bei Buckel, Welcome to Europe (2013), S. 81ff. nachlesen.

<sup>262</sup> Auch hier zeigt sich jedoch der Unterschied zwischen normativer Geltung und faktischer Anwendung des (europäischen) Rechts. Die verheerenden Zustände in der Flüchtlingsaufnahme, wie etwa den überlasteten Strukturen der griechischen Flüchtlingsaufnahme, konterkarieren die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche der Aufnahmerichtlinie und sind Ausdruck der starken nationalen Unterschiede in der europäischen Unterbringungspolitik. Siehe hierzu die Ausführungen der Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des EGMR, die der EGMR auch in Bezug auf eine evident unzureichende Versorgung in der Aufnahme von Asylantragsstellern in einigen Mitgliedsstaaten angewendet hat, C II 3 b.

müsste, um das Dublin-System außer Kraft zu setzen, und demnach ein einfacher Verstoß gegen die Aufnahmerichtlinie noch nicht zu einem Rückführungsstopp in ein EU-Land mit mangelhaften Aufnahmebedingungen führe. Die Einhaltung der Mindeststandards in der Flüchtlingsaufnahme wurde dabei zunächst der verfahrensrechtlichen Funktion der Dublin-Verordnung untergeordnet:

Wenn aber jeder Verstoß des zuständigen Mitgliedstaats gegen einzelne Bestimmungen der Richtlinien 2003/9, 2004/83 oder 2005/85 zur Folge hätte, dass der Mitgliedstaat, in dem ein Asylantrag eingereicht wurde, daran gehindert wäre, den Antragsteller an den erstgenannten Staat zu überstellen, würde damit den [...] genannten Kriterien zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats ein zusätzliches Ausschlusskriterium hinzugefügt. [...] Dies würde die betreffenden Verpflichtungen in ihrem Kern aushöhlen und die Verwirklichung des Ziels gefährden, rasch den Mitgliedstaat zu bestimmen, der für die Entscheidung über einen in der Union gestellten Asylantrag zuständig ist. Falls dagegen ernsthaft zu befürchten wäre, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber im zuständigen Mitgliedstaat systemische Mängel aufweisen, die eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber im Sinne von Art. 4 der Charta implizieren, so wäre die Überstellung mit dieser Bestimmung unvereinbar.<sup>263</sup>

Inzwischen verknüpft der EuGH die Einhaltung der Mindestnormen der Aufnahmerichtlinie mit dem Gebot der Menschenwürde:

Im Übrigen stehen [...] die allgemeine Systematik und der Zweck der Richtlinie 2003/9 wie auch die Wahrung der Grundrechte, insbesondere das Gebot nach Art. 1 der Charta, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, dem entgegen, dass einem Asylbewerber [...] der mit den in dieser Richtlinie festgelegten Mindestnormen verbundene Schutz entzogen wird.<sup>264</sup>

Von diesem Gebot darf auch nicht bei einer etwaigen Überbelastung der nationalen Aufnahmenetze abgewichen werden.<sup>265</sup> Interessanterweise verknüpft der EuGH die Einhaltung der Richtlinie – anders als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – mit der in Art. 1 GR-Charta

<sup>263</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, C-493/10 (N.S. und M.E.) – Rn. 85f. (InfoCuria).

<sup>264</sup> EuGH, Urt. v. 27.09.2012 – C-179/11 (Cimade und GISTI) – Rn. 56 (InfoCuria). Diese Verknüpfung mit der Menschenwürde hat der EuGH fortgeführt: EuGH, Urt. v. 27.02.2014 – C-79/13 (Saciri) – Rn. 35ff. (InfoCuria); EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-233/18 (Haqbin) – Rn. 46 (InfoCuria); EuGH, Urt. v. 14.01.2021 – C-322/19 und C-385/19 (The International Protection Appeals Tribunal and others) – Rn. 67ff. (InfoCuria)

<sup>265</sup> EuGH, Urt. v. 27.02.2014 – C-79/13 (Saciri) – Rn. 50 (InfoCuria).

kodifizierten Menschenwürde und nicht mit dem Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, Art. 4 GR-Charta. Hierin könnten sich Rückschlüsse auf ein Verständnis der rechtlichen Rationalität der Aufnahmerichtlinie ziehen lassen: Der Verknüpfung mit dem Gebot der Menschenwürde würde dann ein Verständnis der AufnahmeRL als sozio-ökonomischem *Gewährleistungsrecht* folgen, das über das Recht auf staatliche Fürsorge als *Abwehrrecht* gegen erniedrigende Behandlung hinausgeht. Zugleich wird jedoch angezweifelt, dass in der Rechtsprechung des EuGH tatsächlich ein eigenständiges, intensiveres Level menschenrechtlichen Schutzes in der Flüchtlingsaufnahme zu sehen ist. Dabei sehen auch die Reformvorschläge der Kommission für die Aufnahmerichtlinie bisher keine Klärung darüber vor, was genau unter einem »meschenwürdigen« Mindeststandard bzw. einem »angemessenen« Mindeststandard in der Flüchtlingsunterbringung zu verstehen ist.<sup>266</sup>

## (2) Die Richtlinie 2013/33/EU

Die in der EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33/EU<sup>267</sup> festgelegten Anforderungen an die Unterbringung von Geflüchteten gelten nach Art. 2 b. AufnahmeRL für jeden »Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, über den noch nicht endgültig entschieden wurde«, was bei Asylsuchenden, die verpflichtet sind, in Erstaufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften zu wohnen, der Fall ist. Außerdem gilt die Aufnahmerichtlinie auch für Asylsuchende im Dublin-Verfahren.<sup>268</sup> Für Geflüchtete, die vollziehbar ausreisepflichtig sind und in Transit- oder Ausreisezentren wohnen müssen, gilt die Aufnahmerichtlinie dem Wortlaut von Art. 2 b. nach nicht.<sup>269</sup> Anforderungen an die Standards von Ausreisezentren lassen sich auch nicht in der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG<sup>270</sup> finden. Diese erlaubt eine Verpflichtung für ausreisepflichtige Personen, sich an einem

<sup>266</sup> Zu den Reformvorschlägen siehe *Slingenbergs*, in: *Reforming the Common European Asylum System* (2022). Zur Einschätzung der Rechtsprechung des EuGH siehe *Thym*, *European Migration Law* (2023), S. 413; *Tsourdi*, in: *Reforming the common European asylum system* (2016), S. 301, 311ff.

<sup>267</sup> Siehe Kapitel C, Fn. 183.

<sup>268</sup> EuGH, Urt. v. 27.09.2012 – C-179/11 (Cimade und GISTI) – Rn. 51ff. (InfoCuria).

<sup>269</sup> Vgl. VG Freiburg, Urt. v. 24.02.2016 – A 1 K 2724/14.

<sup>270</sup> Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl EU L 348 vom 24.12.2008, S. 98 (abgekürzt RückführungsRL).

bestimmten Ort aufzuhalten,<sup>271</sup> geht jedoch nicht weiter auf Ausreisezentren ein.

Die AufnahmeRL ist grundsätzlich von einem gewährleistungsrechtlichen Tenor geprägt. Art. 17 Abs. 2, S. 1 der Aufnahmerichtlinie legt zunächst allgemeine Bestimmungen zu materiellen Leistungen im Rahmen der Aufnahme und zur medizinischen Versorgung fest:

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet.

Was genau »angemessener Lebensstandard« bedeutet, wird nicht ausgeführt.<sup>272</sup> Generell sollen sich die materiellen Leistungen an den Leistungen, die Mitgliedstaaten ihren eigenen Staatsangehörigen zukommen lassen, orientieren, wobei eine weniger günstige Behandlung nach Art. 17 Abs. 5 AufnahmeRL möglich ist, »insbesondere wenn materielle Unterstützung teilweise in Form von Sachleistungen gewährt wird« oder der gewährte Lebensstandard für Staatsangehörige über dem der Richtlinie liegt. Die Möglichkeit der Ausgliederung der Sozialhilfe für Asylbegehrende aus dem regulären Sozialhilfesystem, wie das deutsche Asylbewerberleistungsgesetz sie vornimmt, ist demnach auch nach der AufnahmeRL möglich. Von den Vorgaben der Richtlinie kann zudem nach Art. 18 Abs. 9 in Ausnahmefällen abgewichen werden, unter anderem, wenn »die üblicherweise verfügbaren Unterbringungskapazitäten vorübergehend erschöpft sind«. Die Grundbedürfnisse müssen in diesem Fall aber nach Art. 18 Abs. 9 »unter allen Umständen« gedeckt bleiben, so dass aus einer strukturellen Überlastung der Aufnahmesysteme nicht die Möglichkeit einer Unterschreitung des Mindeststandards folgt. Vielmehr werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Asylbewerber/innen im Falle einer Vollauslastung der Unterbringungsstrukturen in die allgemeinen Sozialhilfesysteme weiterzuleiten.<sup>273</sup>

Darüber hinaus normiert die AufnahmeRL weitere Vorgaben für die Unterbringung. Sofern die Leistungen als Sachleistungen erteilt werden,

<sup>271</sup> Art. 7 Abs. 3 RückführungsRL.

<sup>272</sup> Chetail verweist dabei darauf, dass die Ungenauigkeit der Aufnahmerichtlinie gerade die Prämisse der Verhinderung von Sekundärmigration untergrabe: »In sum, although the disparity between Member States regarding employment and material reception conditions are frequently heralded as the main cause of secondary movements, the Recast Reception Conditions Directive has been unable to establish truly common standards across the Union. Instead it identifies some general guidelines which are supposed to be defined and refined by each Member State in its national law«. Chetail, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 29. So auch Thym, European Migration Law (2023), S. 412.

<sup>273</sup> EuGH, Urt. v. 27.02.2014 – C-79/13 (Saciri) – Rn. 47ff. (InfoCuria).

nennt Art. 18 Abs. 1 der AufnahmeRL mehrere Modalitäten der Unterbringung, von denen eine allein oder in Kombination mit anderen gewählt werden kann: Räumlichkeiten in Transitzonen für die Dauer der Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz, Unterbringungszentren sowie Privathäuser, Wohnungen, Hotels oder andere für die Unterbringung geeignete Räumlichkeiten. Die AufnahmeRL ist in dieser Nennung somit bereits spezifischer als die deutsche Regelung der Flüchtlingsunterbringung.<sup>274</sup> Zusätzlich normiert sie weitere Standards für die Flüchtlingsunterbringung: In den Unterkünften muss etwa der Zugang von Rechtsbeistand, UNHCR-Vertretern und NGOs gesichert sein (Art. 18 Abs. 2 c AufnahmeRL), die Räumlichkeiten müssen geschlechts- und altersspezifische Aspekte berücksichtigen (Art. 18 Abs. 3 AufnahmeRL), die Mitgliedsstaaten müssen geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von sexuellen Übergriffen und Belästigungen treffen (Art. 18 Abs. 4 AufnahmeRL), Bewohner/innen dürfen nur in andere Einrichtungen verlegt werden, wenn dies notwendig ist (Art. 18 Abs. 6 AufnahmeRL) und das Personal der Unterkünfte muss »angemessen geschult« sein (Art. 18 Abs. 7). Die reformierte AufnahmeRL greift darüber hinaus mit der Gruppe der schutzbedürftigen (im Englischen: »vulnerable«) Personen den Begriff der Vulnerabilität auf und schreibt fest, dass es zur Feststellung der Schutzbedürftigkeit und der damit einhergehenden besonderen Bedürfnisse einzelner Gruppen von Asylbewerber/innen in der Flüchtlingsaufnahme eines Clearing-Verfahrens bedarf (Art. 22 AufnahmeRL).

Diese Mindeststandards für die Flüchtlingsunterbringung sind nicht losgelöst von verfahrensrechtlichen Prämissen. So können die Mitgliedsstaaten in den Fällen des Art. 20 Abs. 1, 2, 3 und 4 Sanktionen erlassen, die die Gewährung der materiellen Leistungen einschränken, etwa wenn die Asylsuchenden den ihnen zugewiesenen Aufenthaltsort verlassen, ohne eine Genehmigung hierfür erhalten zu haben (Art. 20 Abs. 1 a AufnahmeRL) oder Asylbegehrende »Melde- und Auskunftspflichten oder Aufrückerungen zu persönlichen Anhörungen im Rahmen des Asylverfahrens während einer im einzelstaatlichen Recht festgesetzten angemessenen Frist nicht nachkomm[en]« (Art. 20 Abs. 1 b AufnahmeRL).<sup>275</sup> Auch die

<sup>274</sup> Siehe hierzu C II 1 b (1).

<sup>275</sup> Die Erteilung von Sanktionen hat jedoch in jedem Fall unparteiisch, auf den Einzelfall bezogen und verhältnismäßig zu erfolgen, Art. 20 Abs. 5 AufnahmeRL. Zudem darf die Sanktion keinen vollständigen Entzug der materiellen Leistungen zur Folge haben, wie der EuGH im Fall Haqbin entschied, bei dem einem Asylantragssteller nach der Beteiligung an einer Schlägerei in einer Flüchtlingsunterkunft in Belgien sämtliche materiellen Leistungen für 15 Tage entzogen wurden, EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-233/18 (Haqbin) – Rn. 56 (InfoCuria). Vgl. hierzu auch Oppermann, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2017; Seidl, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020.

Aufnahmerichtlinie verknüpft damit verfahrensrechtliche Fragen mit der Flüchtlingsunterbringung, was schon mit Blick auf ihre Entstehungs geschichte, die durch das Ziel der Verhinderung der Sekundärmigration und damit einer Immobilisierung der Asylsuchenden geprägt ist, plausibel erscheint: Die Einhaltung der Mindeststandards dient dem störungsfreien Ablauf des Asylverfahrens innerhalb des GEAS. Dennoch schafft die Aufnahmerichtlinie mit dem Aufgreifen des Kriteriums der Schutzbedürftigkeit und mit einer verhältnismäßig detaillierten Normierung der Unterbringung einen rechtlichen Rahmen<sup>276</sup> für die Flüchtlingsunterbringung, der gewährleistungsrechtliche Aspekte der Unterbringung konkret benennt,<sup>277</sup> in der Auslegung durch den EuGH die Unverfügbarkeit eines menschenwürdigen Mindeststandards in der Unterbringung anführt,<sup>278</sup> wohl aber nicht über den verfassungsrechtlichen Mindeststandard des menschenwürdigen Existenzminimums hinausgeht.<sup>279</sup> Die AufnahmeRL

<sup>276</sup> Den Mitgliedsstaaten steht in der Umsetzung der Richtlinien dabei ein Gestaltungsspielraum zu, relevant ist primär die Erreichung des Richtlinienziels: »Richtlinienumsetzung bedeutet vollständige Erreichung des Richtlinienziels, nicht nur formelle wörtliche Übernahme, sondern gleichermaßen Verwirklichung des gesamten Richtlinienprogramms auch in der Verwaltungspraxis«, *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert. EUV/AEUV, 6. Aufl. (2022), Art. 288 AEUV Rn. 28.

Die Mitgliedsstaaten haben Wahlfreiheit bezüglich der Form und Mittel, die Umsetzung muss nicht in Form von Gesetzen erfolgen, allerdings reicht eine rein richtlinienkonforme Verwaltungspraxis nicht aus, da diese nicht genug verbindliche Außenwirkung besitzt. Vgl. hierzu *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert. EUV/AEUV, 6. Aufl. (2022), Art. 288 AEUV Rn. 38 ff.; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair. EUV/AUEV, 6. Aufl. (2016), Art. 288 AEUV Rn. 12; *Geismann*, in: Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 288 AEUV Rn. 44.

<sup>277</sup> Auch in der deutschen Rechtsprechung wird die Aufnahmerichtlinie angeführt, um gewährleistungsrechtliche Aspekte der Unterbringung zu begründen, vgl. etwa das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, in dem dieser u.a. mit Verweis auf die gewährleistungsrechtlichen Aspekte der Aufnahmerichtlinie legitimiert, dass der Schutzbereich von Art. 13 GG für Zimmer in Erstaufnahmeeinrichtungen eröffnet ist, VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – 12 S 4089/20 – Rn. 65ff. (juris). Vgl. auch VG Greifswald, Beschl. v. 29.12.2020 – 2 B 1460/20 HGW – Rn. 29 (juris).

<sup>278</sup> Siehe Kapitel C, Fn. 264.

<sup>279</sup> »Für den Fall des menschenwürdigen Existenzminimums im Asylrecht fragt sich konkret: Bietet Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG einen höheren Schutz, weil das BVerfG an sich den höheren Regelsatz vorschreibt und die Sanktionierung zu migrationspolitischen Zwecken in Frage stellt, oder ist Art. 1 GRCh als stärkerer Schild anzusehen, weil der EuGH jedenfalls eine absolute Untergrenze formuliert? Aktuell ziehen die Vorgaben des BVerfG zur Einschränkung ›anderweitiger Ziele‹ als der Eingliederung in Arbeit den

unterscheidet sich jedoch insofern von der Rechtsprechung des EGMR, als sie Asylsuchende nicht *per se* als vulnerable klassifiziert, sondern nur bestimmten Gruppen innerhalb der Gruppe der Asylsuchenden eine erhöhte Vulnerabilität zuspricht. Wie genau die Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aussieht, wird im Folgenden behandelt.

### *b. Vulnerabilität: Rechtsprechung des EGMR*

Parallel zur Aufnahmerichtlinie hat sich eine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) entwickelt, bei der aus dem in Art. 3 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) festgelegten Abwehrrecht Schutzpflichten und damit korrespondierend Leistungsansprüche in der Flüchtlingsunterbringung entwickelt wurden. Art. 3 EMRK besagt dabei, dass »niemand [...] der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden [darf]«. Staatliche Leistungsansprüche entstehen hierbei nicht aus der Menschenwürde, sondern aus dem Konzept der Vulnerabilität, auch wenn der EGMR zuletzt beide Konzepte zum Teil verknüpfte.<sup>280</sup> Im Fall *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*<sup>281</sup> (im Folgenden *M.S.S.*) entschied der EGMR, dass das Fehlen jeglicher staatlicher Fürsorge das Recht, nicht einer erniedrigenden Behandlung unterworfen zu werden, verletzte. Der Fall *M.S.S.* ist dabei insofern ein Präzedenzfall, als die Große Kammer des EGMR mit ihrem Urteil explizit in die Dublin-Verordnung und damit EU-Recht eingriff: Indem sie eine Dublin-Rückführung nach Griechenland als Verletzung der EMRK einstuft, überprüfte sie das Dublin-System auf die tatsächliche Umsetzung der Aufnahmerichtlinie und die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der EGMR etablierte sich so einerseits als rechtlicher Akteur in der Umsetzung des GEAS.<sup>282</sup> Darüber hinaus übertrug der EGMR seine bereits bestehende Vulnerabilitäts-Rechtsprechung auf Asylbegehrende.

Sanktionen des § 1a AsylbLG wesentlich deutlichere Grenzen, als sich dies aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt, welche sich nur auf die Obergrenze der Sanktionshöhe bezieht, nicht aber auf die Verknüpfung von migrationsrechtlichen Pflichten mit sozialrechtlichen Sanktionen an sich«. *Ganter*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020, S. 119.

<sup>280</sup> *Ippolito/González*, in: *Migration and the European Convention on Human Rights* (2021); *Heri*, *Responsive Human Rights* (2021), S. 164ff.

<sup>281</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2011 (Große Kammer) – 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland) (hudoc).

<sup>282</sup> Bereits vor dem Verfahren *M.S.S. gegen Griechenland/Belgien* gab es einige Individual-Beschwerden vor dem EGMR, die einen behaupteten Verstoß bei der Durchführung der Dublin-Verordnung gegen Menschenrechte, etwa das

Dem Fall *M.S.S.* lag dabei die Individualbeschwerde eines Asylbegehrenden zugrunde, der in Griechenland mehrere Monate auf der Straße leben musste, ohne Zugang zu sanitären Einrichtungen oder eine staatliche Bereitstellung von existenzsichernden Kernleistungen wie Nahrung, Obdach oder sanitäre Hygiene erhalten zu haben. Der EGMR stufte diese Verwehrung existenzsichernder Leistungen als eine erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK ein.<sup>283</sup> Dies ist umso bemerkenswerter, als der EGMR Asylbegehrenden in der Frage nach sozialrechtlichen Gewährleistungspflichten weder ein Recht auf Wohnraum zuspricht,<sup>284</sup> noch davon ausgeht, dass die EMRK die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, Asylbegehrenden einen bestimmten Lebensstandard zu garantieren.<sup>285</sup> Dennoch entwickelte der EGMR

non-refoulement Gebot, zum Gegenstand hatten, vgl. etwa EGMR, Kammerentscheidung v. 07.03.2000 – 43844/98 (T.I./Vereinigtes Königreich). In diesen Verfahren stützte die kleine Kammer des EGMR ihr Urteil zunächst auf die Aussagen der Vertragsstaaten, menschenrechtliche Grenzen und rechtliche Verfahren einzuhalten. Die eigenständige Überprüfung einer möglichen *tatsächlichen* Menschenrechtsverletzung bei der Durchführung der Dublin-Verordnung im Fall *M.S.S.* stellte insofern eine Neuheit dar, *Vedsted-Hansen*, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 321ff. *Vested-Hansen* verweist zudem auf die Interpretation von Art. 3 EMRK, die der EGMR im Lichte der Aufnahmerichtlinie auslegt: »In this case the interpretation of Article 3 was based on consensus [the reception directive] merely among the EU Member States and thus indirectly made the ECtHR [EGMR] enter into the role as part of the judicial system for the enforcement of EU law at least within the CEAS regulatory field«. *Vedsted-Hansen*, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 328.

<sup>283</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2011 (Große Kammer) – 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland – Rn. 249ff. (hudoc).

<sup>284</sup> EGMR, Urt. v. 18.01.2001 – 27238/95 (Chapman/Vereinigtes Königreich) – Rn. 99 (hudoc).

<sup>285</sup> Dies betont er auch im Urteil selbst: »It [the court] also considers it necessary to point out that Article 3 cannot be interpreted as obliging the High Contracting Parties to provide everyone within their jurisdiction with a home (see Chapman, cited above, § 99). Nor does Article 3 entail any general obligation to give refugees financial assistance to enable them to maintain a certain standard of living (see Muslim v. Turkey, no. 53566/99, § 85, 26 April 2005)«. Inwiefern die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) soziale Rechte gewährleistet, die über die klassische Funktion von Abwehrrechten hinaus gehen und sozialstaatliche Gewährleistungen garantieren, ist umstritten. Sofern hier an das Recht auf Leben, Art. 2 EMRK, oder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK, zu denken sein könnte, ist die Reichweite der daraus folgenden Gewährleistungsrechte stark umstritten. Vgl. *Frohwerk*, Soziale Not in der

im Urteil *M.S.S.* leistungsrechtliche Schutzpflichten, die er aus dem in Art. 3 EMRK normierten Verbot »unmenschlicher oder erniedriger Strafe oder Behandlung« ableitet und die er im Fall *M.S.S. gegen Griechenland und Belgien* damit begründet, dass der Antragssteller *grundlegend* aus dem System sozialer Sicherungen ausgeschlossen wurde. Für den Anspruch auf existenzsichernde Leistungen nach Art. 3 EMRK ist aber zusätzlich die verstärkte Vulnerabilität der Asylsuchenden zu beachten:

The Court attaches considerable importance to the applicant's status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly under-privileged and vulnerable population group in need of special protection (see, *mutatis mutandis*, *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], no. 15766/03, § 147, ECHR 2010). It notes the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the *remit* and the activities of the UNHCR and the standards set out in the Reception Directive.<sup>286</sup>

Diese Vulnerabilität wird durch die Abhängigkeit des Antragsstellers von staatlicher Fürsorge verstärkt, die zu einer Leistungspflicht der Vertragsstaaten führen kann:

The Court reiterates that it has not excluded the possibility »that State responsibility [under Article 3] could arise for »treatment« where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity« (see *Budina v. Russia* (dec.), no. 45603/05, 18 June 2009).<sup>287</sup>

Die Gefahr einer Verletzung<sup>288</sup> von Art. 3 EMRK sieht der EGMR demnach in der Kombination aus extremer Armut, Abhängigkeit von

Rechtsprechung des EGMR (2012), S. 23; *Clayton*, Human Rights Law Review 2011, S. 766.

- 286 EGMR, Urt. v. 21.01.2011 (Große Kammer) – 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland) – Rn. 251 (hudoc).
- 287 EGMR, Urt. v. 21.01.2011 (Große Kammer) – 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland) – Rn. 253 (hudoc). Siehe zu den verstärkten Schutzpflichten auch *Süßner*, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2019.
- 288 In der Rechtsprechung des EGMR hat sich insbesondere in Bezug auf das non-refoulement-Verbot für die Schwelle einer Verletzung von Art. 3 EMRK der »real risk« Test etabliert, bei der die individuelle Situation der antragstellenden Person vor dem Hintergrund der objektiven Umstände im Empfängerland ausschlaggebend ist. Diese Rechtsprechungsspraxis ist jedoch durchaus im Wandel und umstritten. Zur Analyse der aktuellen EGMR-Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK und dem »real risk« Test siehe etwa *Blöndal/Arnardóttir*, Oslo Law Review 2018.

staatlicher Fürsorge<sup>289</sup> und der Vulnerabilität des Klägers. Der Begriff der Vulnerabilität stellt in der Rechtsprechung des EGMR keine Neuheit dar: In ständiger Rechtsprechung zur Diskriminierung von Roma und Menschen mit Behinderungen<sup>290</sup> hat der Gerichtshof eine spezifische Vulnerabilität bestimmter Gruppen festgestellt, die er im Urteil *M.S.S.* um die Gruppe der Asylsuchenden erweiterte. Vulnerabel sind in dieser Rechtsprechung alle Personen, die einer Gruppe angehören »whose vulnerability is partly constructed by broader societal, political, and institutional circumstances«.<sup>291</sup> Dem Konzept der Vulnerabilität wird dabei einerseits die Möglichkeit eines relationalen Gleichheitsverständnisses zugeschrieben, das sich nicht an starren formellen Vergleichsgruppen orientiert, sondern substantiell und harm-based, d.h. schadensorientiert, funktioniert.<sup>292</sup> Gleichzeitig birgt der Gruppenbezug der EGMR-Rechtsprechung neue Diskriminierungsgefahren, etwa dann, wenn vulnerable Gruppen als homogen, das heißt ihre Mitglieder als gleich stark verletzungsoffen, konstruiert werden oder dadurch ein passives hilfsbedürftiges Bild von Geflüchteten gezeichnet wird.<sup>293</sup> Nicht zuletzt kritisierte Richter Sajó in seinem abweichenden Votum die Übertragung der Rechtsprechung zu vulnerablen Gruppen auf Asylsuchende als ein Ausufern

<sup>289</sup> Clayton stellt das Urteil in eine Kontinuität mit vorherigen Urteilen des EGMR zu Gefängnisinsassen, *Clayton*, Human Rights Law Review 2011, S. 770. Vgl. auch Sußner, die aus dem Abhängigkeitsverhältnis der Geflüchteten besondere Schutzwilchen herleitet, *Sußner*, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2019.

<sup>290</sup> Der Begriff der vulnerablen Gruppe wurde dabei im Verfahren *Chapman v. the United Kingdom* eingeführt, bei dem die Anstrangstellerin, eine Romnja, in der Zwangsräumung von ihrem eigenen Land aufgrund einer gesetzwidrigen Abstellung ihres Wohnwagens eine Verletzung in Art. 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre) und Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) sah, EGMR, Urt. v. 18.01.2001 (Große Kammer) – 27238/95 (Chapman/Vereinigtes Königreich) (hudoc). Zu der Weiterentwicklung der Vulnerabilitäts-Rechtsprechung insgesamt siehe *Heri*, Responsive Human Rights (2021); *Peroni/Timmer*, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1063ff.

<sup>291</sup> *Peroni/Timmer*, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1063.

<sup>292</sup> Vgl. *Peroni/Timmer*, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1063; *Macioce*, International Journal on Minority & Group Rights 2018, S. 141ff; *Broderick*, International Journal of Discrimination and the Law 2015, S. 105.

<sup>293</sup> *Peroni/Timmer*, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1070ff; *Krivenko*, International Journal of Refugee Law 2022, S. 214. Baumgärtel plädiert aus diesem Grund dafür, die Vulnerabilität nicht an die Gruppe der Asylsuchenden, sondern an den Prozess der Migration im Sinne einer ›migratory vulnerability‹ zu knüpfen, *Baumgärtel*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2020, S. 20ff.

des Begriffes, den er auf Gruppen beschränken will, die »in einer schwierigeren Situation sind als Asylsuchende«<sup>294</sup> – und produziert damit eine Konkurrenz zwischen potenziell vulnerablen Gruppen; eine Gefahr, die dem Gruppenbezug insgesamt immanent ist.<sup>295</sup>

Der Rechtsprechung des EGMR im *M.S.S.*-Urteil folgte zunächst eine Reihe von Urteilen der kleinen Kammern, die die Schwelle der Verletzung von Art. 3 EMRK in der Flüchtlingsaufnahme auf »systemische Defizite« hochsetzen und damit möglicherweise eher die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Aufnahmerichtlinie<sup>296</sup> übernahmen.

<sup>294</sup> EGMR, Urt. v. 21.01.2011 (Große Kammer) – 30696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland) – Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Sajó (hudoc).

<sup>295</sup> Heri hat dieses Dilemma in Bezug auf die Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des EGMR wie folgt beschrieben: »Like ›exceptionality‹, therefore, vulnerability separates applicants into two monolithic categories made up of the vulnerable and the invulnerable. At the same time, the idea of an invulnerable human being is an oxymoron. Our physical embodiment and interaction with others in a finite physical space means that human individuals are all vulnerable and dependent«. *Heri*, Responsive Human Rights (2021), S. 208. Auch hier lässt sich insofern das bereits erwähnte Dilemma der Differenz wiederfinden (vgl. B III 2 c).

<sup>296</sup> In einer Reihe von Verfahren, die die Aufnahmeverbedingungen in Italien zum Gegenstand hatten, führten die kleinen Kammern des EGMR die Notwendigkeit eines »systemic failure« ein, um von einer Verletzung von Art. 3 EMRK ausgehen zu können, und setzte damit die Schwelle einer Menschenrechtsverletzung hoch: EGMR, Urt. v. 04.06.2013 – 6198/12 (Daytbegova u. Magomedova/Österreich) – Rn. 66 (hudoc); EGMR, Urt. v. 18.06.2013 – 53852/11 (Halimi/ Österreich u. Italien) – Rn. 68 (hudoc); EGMR, Urt. v. 18.06.2013 – 73874/11 (Abubeker/Österreich u. Italien) – Rn. 72 (hudoc). Vgl. hierzu Vedsted-Hansen: »By apparently setting the disclosure of systemic failure in the reception conditions of the Member State of transfer as the evidentiary requirement for finding a violation of Article 3 ECHR, the Court here essentially redefined the threshold for protection against refoulement under this provision. The well established test of ›substantial grounds‹ for assuming ›real risk‹ of ill-treatment appears to have been replaced by a requirement that the applicant be able to provide evidence based on ›systemic failure‹ of the reception system [...] it is rather obvious that the ECtHR may have been somewhat inspired by the CJEU [EuGH] ruling«. *Vedsted-Hansen*, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 332f. Vgl. hierzu auch Buckel, die in Bezug auf die Entwicklung der Rechtsform der europäischen Grundrechte das strategische Handeln des EuGH hervorhebt: »Die Entwicklung verdeutlicht darüber hinaus, dass institutionelles richterliches Handeln strategisch ist [...]. Gerichte handeln strategisch angesichts von anderen Gerichten und politischen Körperschaften. Sie bezogen den politischen Kontext, in welchem sie operierten,

Mit dem Urteil *Tarakhel gegen die Schweiz*<sup>297</sup> kehrte die Große Kammer des Gerichtshofs zu den Prämissen der M.S.S.-Rechtsprechung zurück, wendete das Kriterium der »systematischen Defizite« für eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht an und bestärkte die Vulnerabilität von Asylsuchenden insbesondere in Bezug auf die Unterbringung. Anders als im Fall M.S.S. war Gegenstand des Verfahrens nicht das *ob* sondern das *wie* der Unterbringung. Im Fall *Tarakhel* gegen die Schweiz reichte eine Familie mit Kleinkindern eine Individualbeschwerde vor dem EGMR ein, um die Dublin-Rückführung nach Italien zu verhindern. Der EGMR entschied, dass eine Rückführung nach Italien die Familie einem Risiko der Verletzung von Art. 3 EMRK aussetzen würde, die dann angenommen werden kann, wenn Vertragsstaaten Familien mit Kleinkindern keine kindgerechten Aufnahmeeinrichtungen gewährleisten. Das ist beispielsweise in Einrichtungen, in denen die Familien regelmäßig voneinander getrennt werden, die überfüllt sind und in denen Gewalt eine alltägliche Rolle einnimmt, der Fall. Werden Familien der Möglichkeit einer Unterbringung in diesen Einrichtungen ausgeliefert, besteht ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK.<sup>298</sup> Im Fall *Ilias and Ahmed gegen Ungarn* scheint der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Vulnerabilität im Fall M.S.S. jedoch einschränken zu wollen: Um einer besonders vulnerablen Gruppe zuzugehören, verlangte er ein zusätzliche verletzungsöffnende Disposition der Asylsuchenden.<sup>299</sup>

Die Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des EGMR ist relevant, gibt sie doch nach wie vor Impulse, Asylsuchende in der Unterbringung nicht als potenzielle Störer eines effektiv abzuwickelnden Asylverfahrens, sondern

in ihre Strategien mit ein, denn sie wollten keine Antwort provozieren, die gerichtliche Autorität abbauen oder ihre Entscheidung aufheben würde«. *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 300.

<sup>297</sup> EGMR, Urt. v. 04.11.2014 (Große Kammer) – 29217/12 (Tarakhel/Schweiz) (hudoc).

<sup>298</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 04.11.2014 (Große Kammer) – 29217/12 (Tarakhel/Schweiz) – Rn. 118 (hudoc).

<sup>299</sup> Die Große Kammer korrigierte damit das Urteil der kleinen Kammer, die eine Verletzung von Art. 3 EMRK annahm: »The Grand Chamber endorses the Chamber's view that while it is true that asylum-seekers may be considered vulnerable because of everything they might have been through during their migration and the traumatic experiences they were likely to have endured previously (see M.S.S. v. Belgium and Greece, cited above, § 232), there is no indication that the applicants in the present case were more vulnerable than any other adult asylum-seeker confined to the Röszke transit zone in September 2015 (see paragraph 87 of the Chamber judgment)«. EGMR, Urt. v. 21.11.2019 (Große Kammer) – 47287/15 (Ilias und Ahmed/Hungary) – Rn. 192 (hudoc). Für die Differenzierung der Vulnerabilität innerhalb der Gruppe der Asylsuchenden, siehe etwa Sußner in Bezug auf

als potenziell besonders verletzungsoffen und schutzbedürftig zu begreifen. Der EGMR setzt dem Ziel der Kontrolle der Sekundärmigration also Grenzen. Schutzbedürftig sind nach EGMR dabei nicht nur einzelne Untergruppen der Asylsuchenden. Vielmehr kann die Erfahrung der Flucht und die Angewiesenheit auf staatliche Fürsorge alle Asylsuchenden per se in eine prekäre, vulnerable Situation versetzen. Zugleich zeigt sich auch hier das bereits erwähnte Dilemma des Rechts: Um »besonders vulnerable Gruppen« zu schützen, muss der EGMR diese zunächst erst als klar abgrenzbare, homogene Gruppen isolieren und konstruieren.

### *c. (Mangelnde) Umsetzung ins deutsche Recht*

Die Entwicklung der EuGH- und EGMR-Rechtsprechung sowie der reformierten Gemeinsamen Europäischen Asylpolitik nach dem *M.S.S.-Urteil* deuten eine zunehmende Verflechtung der Aufnahmerichtlinie und der Auslegung des EGMR von Art. 3 EMRK an: Näherte sich der EGMR mit seiner Rechtsprechung zur »systematic failure« in der Flüchtlingsaufnahme der Auslegung des EuGH zur Aufnahmerichtlinie an, übernahm die reformierte Aufnahmerichtlinie zum Teil das Konzept der Vulnerabilität, die sie mit dem Begriff der Schutzbedürftigkeit (vulnerability) allerdings nur einigen Gruppen und nicht Asylbegehrenden in der Flüchtlingsaufnahme per se zuschreibt.<sup>300</sup> Sowohl die Aufnahmerichtlinie mit der Auslegung durch den EuGH als auch die Rechtsprechung des EGMR haben (in unterschiedlichem Maße) Einzug ins deutsche Recht erhalten, ohne jedoch zu einer grundlegenden Veränderung der Rationalität der Flüchtlingsunterbringung im deutschen Recht zu führen.

Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie auf die Einhaltung der Grundrechte-Charta hat das Bundesverfassungsgericht zunächst Abschiebungen in Dublin-Staaten,<sup>301</sup> die existenzsichernde Mindeststandards in der Flücht-

LGBTIQ-Asylsuchende, *Sußner*, Flucht – Geschlecht – Sexualität (2020), S. 85ff.

<sup>300</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32013L0033&q\\_id=1614075946977](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32013L0033&q_id=1614075946977) (zuletzt besucht am 10.08.2023). Zu den unterschiedlichen Vulnerabilitäts-Konzepten siehe *Jakuleviciene*, in: Reforming the Common European Asylum System (2016), S. 355ff. Dass die Aufzählung der schutzbedürftigen Gruppen in der AufnahmeRL dabei nicht als abschließend zu verstehen ist, zeigt *Sußner* am Beispiel von LGBTIQ-Asylsuchenden, *Sußner*, Flucht – Geschlecht – Sexualität (2020), S. 88ff.

<sup>301</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten

lingsaufnahme nicht gewährleisten, als verfassungswidrig eingestuft.<sup>302</sup> Der Verstoß der Rückführung nach Griechenland und Italien gegen die EMRK und Grundrechts-Charta wird nach wie vor auch von den obersten Fachgerichten juridifiziert.<sup>303</sup>

Die Frist zur Umsetzung der Aufnahmerichtlinie in nationales Recht endete nach Art. 31 AufnahmeRL am 20. Juli 2015. Gegen Deutschland wurde dabei zunächst ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelnder Umsetzung eingeleitet,<sup>304</sup> das 2019 eingestellt wurde.<sup>305</sup> Das ist insofern interessant, als eine Reihe von Bestimmungen der Aufnahmerichtlinie, insbesondere zur Unterbringung, nach wie vor nicht ins deutsche Recht transformiert wurden. Als Transformationsgesetze der Richtlinie werden dabei sowohl Bundesrecht als auch die Landesaufnahmegesetze der einzelnen Bundesländer angegeben.<sup>306</sup> Die verschiedenen Aufnahmegesetze unterscheiden sich jedoch stark voneinander und reichen von solchen, in denen die Umsetzung des Art. 18 der Aufnahmerichtlinie festgeschrieben ist,<sup>307</sup> bis hin zu Landesaufnahmegesetzen, die keinerlei Mindeststandards für die Unterbringung vorsehen<sup>308</sup>

Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl EU L 180/31 vom 29.06.2013, S. 31.

<sup>302</sup> So leitete das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die EGMR-Rechtsprechung eine Pflicht zur Überprüfung einer »gesicherten Unterkunft« für Kleinkinder bei Abschiebungen in Dublin-Staaten her: BVerfG, Beschl. v. 08.05.2017 (1. Kammer) – 2 BvR 157/17; Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 31.07.2018 (1. Kammer) – 2 BvR 714/18.

<sup>303</sup> Vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.06.2020 – 10 LA 111/20.

<sup>304</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Mehr Verantwortung bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise: Europäische Kommission bringt Gemeinsames Europäisches Asylsystem auf Kurs und leitet 40 Vertragsverletzungsverfahren ein, Pressemitteilung vom 23.09.2015.

<sup>305</sup> *Europäische Kommission*, Vertragsverletzungsverfahren im Oktober: Entscheidungen zu Deutschland, Pressemitteilung vom 10.10.2019.

<sup>306</sup> Vgl. hierzu die wöchentlich ergänzte Datenbank zu den Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedsstaaten: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32013L0033&qid=1614075946977> (zuletzt besucht am 10.08.2023).

<sup>307</sup> Vgl. § 9 Abs. 4 Gesetz über die Aufnahme von Flüchtlingen, spätausgesiedelten und weiteren aus dem Ausland zugewanderten Personen im Land Brandenburg sowie zur Durchführung des Asylbewerberleistungsgesetzes (Landesaufnahmegesetz – LaufnG) vom 15.03.2016 (GVBl. Nr. 11) zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.12.2021 (GVBl. Nr. 40).

<sup>308</sup> Das Gesetz zur Aufnahme von ausländischen Flüchtlingen und zur Durchführung des Asylbewerberleistungsgesetzes (Aufnahmegesetz – AufnG) vom 11.03.2004 (GVBl. S. 100) zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 03.05.2023 (GVBl. S. 80) Niedersachsen sieht etwa keinerlei Bestimmungen über die Standards in der Flüchtlingsunterbringung vor.

– und dennoch als Transformationsgesetze der Aufnahmerichtlinie aufgeführt werden.

Die Umsetzung der Aufnahmerichtlinie auf Bundesebene hat lediglich im AsylG teilweise stattgefunden.<sup>309</sup> Sie beschränkt sich in Bezug auf die besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Geflüchteten in der Unterbringung darauf, die Umsetzung eines Clearing-Verfahrens für schutzbedürftige Geflüchtete in das Ermessen der Länder zu stellen. Diese »sollen geeignete Maßnahmen treffen, um bei der Unterbringung Asylbegehrer der nach Absatz 1 den Schutz von Frauen und schutzbedürftigen Personen zu gewährleisten«, § 44 Abs. 2a AsylG. Die Norm richtet sich (ähnlich wie §§ 47, 53 AsylG) an die Länder und stellt keinen zwingenden Anspruch der Geflüchteten auf eine der Schutzbedürftigkeit angemessene Unterbringung dar.<sup>310</sup> Sofern die Bestimmungen der Aufnahmerichtlinie nicht in das deutsche Recht umgesetzt sind, sind die Teile der Richtlinie, die inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, unmittelbar anwendbar.<sup>311</sup> Für Asylbegehrende hat die mangelnde Umsetzung der Aufnahmerichtlinie demnach theoretisch zur Folge, dass sie Rechte, die ihnen in Bezug auf die Unterbringungsstandards in der Richtlinie zugeschrieben werden, gegenüber Behörden und Gerichten geltend machen und einklagen können. Gleichzeitig müssen sämtliche deutsche Behörden

<sup>309</sup> Das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union fügte in Bezug auf die Unterbringung lediglich die bereits erwähnte, ins Leere laufende Informationspflicht nach § 47 Abs. 4 AsylG ein, Art. 3 Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.08.2007, BGBl I Nr. 42/2007, S. 1970. Andere Gewährleistungsrechte, wie etwa die Vorlagepflicht eines erweiterten Führungszeugnisses zum Arbeiten in einer Unterkunft mit minderjährigen nach § 44 Abs. 3 AsylG, sowie die Einführung eines bundesweiten Bewachungsregisters sowie einer Zuverlässigkeitssprüfung für die Bewachung in Flüchtlingsunterkünften, erfolgte im Rahmen der Folter-Skandale im Burbacher Flüchtlingsheim, jedoch nicht zur Umsetzung der Aufnahmerichtlinie, vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 55. Sitzung vom 11.10.2018, Plenarprotokoll 19/55, S. 6006.

<sup>310</sup> Hierzu mehr unter C III 4 a (1).

<sup>311</sup> Diese Kriterien hat der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vor dem Hintergrund des *effet-utile*-Grundsatzes, das heißt der praktischen Wirksamkeit von europäischem Gemeinschaftsrecht, entwickelt: Vgl. EuGH, Urt. v. 19.01.1982 – 8/81 (Becker) – Rn. 21 ff. (InfoCuria); EuGH Urt. v. 26.02.1986 – 152/84 (Marshall) – Rn. 47f. (InfoCuria); EuGH, Urt. v. 12.07.1990 – C-188/89 (Foster) – Rn. 16 (InfoCuria); EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-595/12 (Napoli) – Rn. 46 (InfoCuria). Das Bundesverfassungsgericht hat die unmittelbare Anwendbarkeit für Richtlinien, die nicht in nationales Recht umgesetzt wurden, bei inhaltlicher Unbedingtheit und hinreichender Genauigkeit 1987 für mit der Verfassung vereinbar erklärt: BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 687/85 – Rn. 38 (juris).

und Gerichte das deutsche Recht richtlinienkonform auslegen.<sup>312</sup> Die Entscheidungen der Fachgerichte unterscheiden sich jedoch in Bezug auf die Frage, ob die Bestimmungen der Aufnahmerichtlinie überhaupt bestimmt genug sind, um eine direkte Anwendung der Aufnahmerichtlinie ohne deren Umsetzung ins deutsche Recht auszulösen.<sup>313</sup>

Auch auf der europarechtlichen Ebene lassen sich dabei die unterschiedlichen rechtlichen Rationalitäten nachzeichnen, wie die der europäischen Integration im Rahmen des GEAS sowie der menschenrechtliche Schutz durch die Grundrechtecharta und die EMRK. Diese unterscheiden sich teilweise voneinander, teilweise beeinflussen sie sich im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH und EGMR gegenseitig. Die Idee der Flüchtlingsaufnahme als Gewährleistungsrecht einer *per se* vulnerablen Gruppe hat dabei nur beschränkt Einzug ins deutsche Recht erhalten: Während die Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf die Rückführung in *andere* Dublin-Staaten Teil der ständigen Rechtsprechung geworden ist, hat das Konzept der Schutzbedürftigkeit für Unterbringung in Deutschland *selbst* nur teilweise eine rechtliche Normierung in einigen Landesaufnahmegesetzen erhalten. Dies stellt sicherlich einen Fortschritt dar, dennoch bleibt der Umfang der Gewährleistungsrechte in der Unterbringung damit vom Zufall der Herkunft (kommt die geflüchtete Person aus einem sicheren Herkunftsland, wird sie vorzugsweise in

<sup>312</sup> Die negative Belastung Dritter steht der unmittelbaren Anwendung laut dem EuGH nicht entgegen, insbesondere müssen Behörden Richtlinien auch dann unmittelbar anwenden, wenn dies negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter habe: »Dagegen rechtfertigen bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter, selbst wenn sie gewiss sind, es nicht, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen«, EuGH, Urt. v. 07.01.2004 – C-201/02 (Wells) – Rn. 57 (juris). Siehe hierzu auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert. EUV/AEUV, 6 Aufl. (2022), Art. 288 AEUV Rn. 64. Vgl. speziell für die Aufnahmerichtlinie auch *Pelzer/Pichl*, Asylmagazin 2015.

<sup>313</sup> Vgl. hierzu den gerichtlichen Streit um Art. 18 Abs. 2 c AufnahmeRL und das Hausverbot des Amnesty International Infobusses, der kostenlosen Rechtsberatung in Aufnahmeeinrichtungen anbietet. Das VG München entschied in diesem Zusammenhang, dass sich aus Art. 18 Abs. 2 c AufnahmeRL kein unmittelbares Recht auf Zugang herleiten lasse, VG München, Urt. v. 06.06.2019 – M 30 K 18.876 – Rn. 36 ff. (juris). Der Verwaltungsgerichtshof Bayern widersprach dieser Ansicht und ging von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie aus, Bayerischer VGH, Urt. v. 29.07.2021 – 5 BV 19.2245 – Rn. 62 (juris). Das VG Greifswald sah hingegen in der mehrfachen Umverlegung eines Bewohners aufgrund körperlicher Auseinandersetzungen in der Unterkunft einen Ermessensfehler. Art. 18 Abs. 6 AufnahmeRL erlaube eine Umverlegung nur dann, wenn sie notwendig sei, VG Greifswald, Beschl. v. 29.12.2020 – 2 B 1460/20 HGW – Rn. 29 (juris).

AnkER-Zentren verteilt) sowie dem Königsteiner Schlüssel ab. Die ordnungsrechtliche Rationalität bleibt dominierend.

#### 4. Kollision: Die Dominanz der »ordnungsrechtlichen Funktion« in der deutschen Flüchtlingsunterbringung und die Produktion von grundrechtseingeschränkten »Anderen«

Die rechtlichen Rationalitäten der ordnungspolitischen Gefahrenabwehr, des subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsanspruchs und der europarechtlichen Integration kollidieren demnach miteinander, wobei – wie zuvor gezeigt – die ordnungspolitische Funktion in der rechtlichen Regulierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung dominiert. Dieser Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Regelung der Flüchtlingsunterbringung folgt ein spezifisches Verständnis des rechtlichen Raums der Flüchtlingsunterkünfte, in dem die Bewohnerinnen und Bewohner nicht primär als anspruchsberechtigte Inhaber von Grundrechten verstanden, sondern auf die Rolle als Pflichtempfänger innerhalb eines erzwungenen Fürsorgesystems reduziert werden. Es führt auch dazu, dass Aspekte der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung, die die subjektiven Rechte der Bewohnerinnen und Bewohner betreffen – beispielsweise die Festlegung von Mindeststandards – verdrängt werden und auch in der Rechtswissenschaft selbst kaum bearbeitet sind. Diese zunächst noch recht abstrakte Feststellung lässt sich exemplarisch an konkreten Aspekten der Rechtswirklichkeit der deutschen Flüchtlingsunterbringung nachvollziehen: Die ordnungsrechtliche Rationalität zwingt die Geflüchteten dabei zunächst in ein rechtlich prekarisierendes Fürsorge-System (a), dass nicht zuletzt in der Corona-Pandemie eine Gefährdung für deren körperliche Unversehrtheit dargestellt hat (b).

##### *a. Zwischen grundrechtlich geschütztem Wohnraum, Fürsorge und Sicherheit: die rechtliche Prekarisierung im deutschen Flüchtlingslager*

Wie stellt sich diese rechtliche Prekarisierung in den deutschen Flüchtlingsunterkünften konkret dar? Im rechtswissenschaftlichen Streit darüber, ob es sich bei den Zimmern in Flüchtlingsunterkünften um von der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG geschützte »Wohnräume« handelt lässt sich diese Frage exemplarisch beantworten. Nicht zuletzt das mangelnde Verständnis der Zimmer als grundrechtlich geschützten »Wohnungen« hat tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtswirklichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte, deren

Alltag von mangelnder Privatsphäre, Paternalismus und Sicherheitserwägungen geprägt ist.

Die Debatte über den Grundrechtsschutz nach Art. 13 GG hat sich an einer Reihe praktischer Rechtsfragen entzündet: Vom Vorliegen der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG hängt ab, unter welchen rechtlichen Prämissen die Polizei für Abschiebungen Zimmer in Flüchtlingsunterkünften betreten bzw. durchsuchen darf,<sup>314</sup> inwiefern das Betreten der Zimmer der Bewohnerinnen und Bewohner durch Hausordnungen der Flüchtlingsunterkünfte legitimiert werden kann, und wie Besuchsregeln in den Aufnahmeeinrichtungen zu gestalten sind.<sup>315</sup> Den Meinungen verschiedener Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler sowie einiger Verwaltungsgerichte, die die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG für die Zimmer in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften als gegeben sehen,<sup>316</sup> stehen verschiedene Meinungen der Rechtsprechung und behördlichen Praxen gegenüber, die den Schutz von Art. 13 GG für die Flüchtlingsunterkünfte ausschließen bzw. einschränken und wenn überhaupt nur für die Zimmer in Gemeinschaftsunterkünften als gegeben sehen.<sup>317</sup> Während der Schutz von Art. 13 GG für Gemeinschaftsunterkünfte nach der Grundsatzentscheidung des OVG Hamburg<sup>318</sup> regelmäßig angenommen wird, ist dies in Bezug auf die Zimmer in Erstaufnahmeeinrichtungen durchaus umstritten. Ansichten, die den Schutz für Erstaufnahmeeinrichtungen verneinen, argumentieren dabei zum Teil nicht (wie in der Kommentarliteratur für den Schutzbereich von Art. 13 GG üblich) mit einer Kombination aus subjektiven und objektiven Faktoren. Bei dieser wird

<sup>314</sup> Zeitler, Zeitschrift für Ausländerrecht 2014; Hermann, Zeitschrift für Ausländerrecht 2017; Habbe, Asylmagazin 2018; Zölls, Zeitschrift für Ausländerrecht 2018; Linz, Kritische Justiz 2020; Scholz/Werdermann, Asylmagazin 2022. Das Verwaltungsgericht Hamburg fällte in diesem Zusammenhang eine Grundsatzentscheidung zum Schutz von Zimmern in Gemeinschaftsunterkünften durch Art. 13 GG in einem Gerichtsverfahren, dessen eigentlicher Schwerpunkt in der Frage nach den Betretungsrechten der Polizei bei Abschiebungen lag (ein Interview hierzu findet sich unter C IV b).

<sup>315</sup> Lederer/Engler, Grundrechtliche Anforderungen an die Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung Freiburg (2020).

<sup>316</sup> Engler/Wiesmann, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2023; Seidl/Veeckmann, Asylmagazin 2021; Engler, Zeitschrift für Ausländerrecht 2019; Hermann, Zeitschrift für Ausländerrecht 2017; Habbe, Asylmagazin 2018; Zölls, Zeitschrift für Ausländerrecht 2018.

<sup>317</sup> Dass diese Unterscheidung gerade aufgrund der mangelnden rechtlichen Konkretisierung dessen, was eine Erstaufnahmeeinrichtung und was eine Gemeinschaftsunterkunft ist, empirisch keinen Sinn macht, wurde an früherer Stelle erwähnt, siehe C II 1 b.

<sup>318</sup> OVG Hamburg, Urt. v. 18.08.2020 – 4 Bf 160/19.

das Vorliegen eines privaten Wohnraums nach Art. 13 GG dann indiziert, wenn dieser sowohl subjektiv als privater Rückzugsraum erlebt wird als auch objektiv als dieser erkennbar ist.<sup>319</sup> Vielmehr stellen sie auf die Funktion der Flüchtlingsunterbringung für das Asylverfahren und in diesem Sinne das öffentlich-rechtliche Nutzungsverhältnis in den Erstaufnahmeeinrichtungen ab. Zimmern in Flüchtlingsunterkünften wird so, ähnlich wie Zimmern in Haftanstalten, aufgrund des objektiven Zweckes der Unterbringung, der gerade das Entstehen einer räumlichen Privatsphäre verbiete, der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG abgesprochen. Gleichzeitig soll es sich bei den Unterkünften jedoch nicht um Institutionen des Strafvollzugs handeln. Sie werden so zu einem rechtsdogmatischen Zwischenprodukt, das stark an die veraltete Figur des besonderen Gewaltverhältnisses<sup>320</sup> erinnert. Exemplarisch lässt sich dies im Urteil des VG Stuttgart zu den medial stark rezipierten Razzien in Ellwangen<sup>321</sup> nachlesen. Dieses expliziert ein zentrales Spannungsverhältnis der rechtlichen Normierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung zwischen staatlicher Ordnungspolitik und der Gewährleistung von (privatem) Wohnraum:

Denn die konkrete Ausgestaltung der Unterbringung in der LEA in Ellwangen lässt es nicht zu, von einer ausreichend vorhandenen räumlichen Privatsphäre zu sprechen, deren Schutz Art. 13 Abs. 1 GG bezweckt. Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Flüchtlingsaufnahmegesetz (FlüAG) wird für die Dauer der Erstaufnahme ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis begründet. [...] Die zum Zeitpunkt der polizeilichen Maßnahmen gültige Hausordnung sah umfangreiche Einschränkungen der Nutzung der einzelnen Zimmer und des generellen Aufenthalts in der LEA in Ellwangen vor. Im Rahmen des Hausrechts bestand die Möglichkeit, Zimmer zuzuweisen, Verlegungen innerhalb des Geländes vorzunehmen

<sup>319</sup> Vgl. hierzu etwa *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth. GG*, 14. Aufl. (2016), Art. 13 Rn. 1; *Papier*, in: *Grundgesetz-Kommentar (Aktualisierungslieferung 09.2017)*, Art. 13 Rn. 10. »Für den Grundrechtsschutz spielt zudem die subjektive Bestimmung des Raums zu Wohnzwecken sowie die objektive Erkennbarkeit der Privatheit des Raums eine Rolle, nicht aber die Rechtsverhältnisse der wohnenden Person (sie muss nicht etwa Eigentümerin bzw. Eigentümer sein oder zur Miete wohnen)«.

<sup>320</sup> In dieser rechtsdogmatischen Figur wurde den Personen, die in bestimmte Bereiche staatlicher Verwaltung eingegliedert waren (wie etwa der Schule oder dem Strafvollzug) ein besonderes, enges Verhältnis zum Staat zugesprochen, das einen Grundrechtsschutz teilweise ausschloss. Das Sonderstatusverhältnis gilt in den Rechtswissenschaften jedoch seit dem sogenannten Strafgefangenen-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts als überholt, BVerfG, Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71.

<sup>321</sup> *Schattauer*, Prozess um Tumulte bei Abschiebe-Einsatz: Zeugen schildern dramatische Szenen, Focus-Online vom 03.02.2020.

und Zimmerkontrollen durchzuführen (§ 2 b). Innerhalb der LEA waren jederzeitige Ausweiskontrollen möglich (§ 2 c), Haustierhaltung (§ 3 e) und freiwillige Wechsel der Zimmer und Schlafplätze (§ 5 c) waren genauso wie Waffen und gefährliche Gegenstände nicht erlaubt (§ 5 d). [...] Neben diesen äußerst restriktiven Einschränkungen waren die einzelnen Zimmer nicht abschließbar. Der Kläger konnte das Zimmer nur gemeinsam mit anderen ihm fremden und verpflichtend zugewiesenen Asylbewerbern nutzen. Anders als in einer Gemeinschaftsunterkunft (dazu OVG Bremen, Beschluss vom 30.09.2019 – 2 S 262/19 –, juris Rn. 18; OVG Hamburg, Urteil vom 18.08.2020 – 4 Bf 160/19 –, juris Rn. 32) hatte der Kläger keinen exklusiven Rückzugsraum, über den er weitestgehend frei verfügen konnte.

Auch wenn der Kläger selbstverständlich nicht inhaftiert war, beruhte sein Aufenthalt in der LEA nicht auf seiner eigenen freiwilligen, sondern auf einer behördlichen Entscheidung. Die öffentlich-rechtliche Unterbringung ließ dem Kläger in dem ihm zugewiesenen Zimmer aufgrund der Hausordnung aus Ordnungs- und Sicherheitszwecken keine ansatzweise qualitativ bemerkenswerte Privatsphäre (anders für die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, vgl. VG Hamburg, Urteil vom 15.02.2019 – 9 K 1669/18 –, juris Rn. 34). Einer derartigen Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses steht auch Art. 13 Abs. 1 GG nicht entgegen. Denn Art. 13 Abs. 1 GG schützt eine gegebene räumliche Privatsphäre, gewährt darauf aber keinen Anspruch (dies verkennt Zölls, Zeitschrift für Ausländerrecht 2018, 56, 57). Dies zeigt auch ein Vergleich mit Hafträumen. Bei einem Haftraum handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich nicht um eine Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG, da von dessen Zuweisung als persönlicher und vom allgemeinen Anstaltsbereich abgegrenzter Lebensbereich das Hausrecht der Anstalt unberührt bleibt (Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 30.05.1996 – 2 BvR 727/94 –, juris Rn. 13).<sup>322</sup>

<sup>322</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 18.02.2021 – 1 K 9602/18 – Rn. 54 ff. (juris). Ähnlich explizierte dies etwa auch das Sächsische Staatsministerium des Innern 2019: »Bei den Räumen in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften handelt es sich grundsätzlich nicht um Wohnungen im Sinne des Artikels 13 Absatz 1 GG. Die Räume sind nur vorübergehend und meist mehreren einander fremden Einzelpersonen zugeordnet, denen sie nur in eingeschränktem Maße als privater Rückzugsraum dienen. Hauptzweck der Unterbringung ist die Verfügbarkeit der Bewohner für das laufende Asylverfahren bzw. nach dessen negativem Ausgang für die Rückführung aus dem Bundesgebiet«. Sächsisches Staatsministerium des Innern, Kleine Anfrage der Abgeordneten Juliane Nagel (DIE LINKE, Drs.-Nr.: 6/16060), Aktenzeichen 2-1053/71/4, S. 1f. Für eine knappe Übersicht vergangener Verwaltungsgerichtsurteile in Bezug auf den Schutz von Art. 13 GG in Sammelunterkünften siehe *Engler*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2019, S. 325.

Das Urteil des VG Stuttgart steht exemplarisch für ein in der Rechtswirklichkeit erlebtes Spannungsverhältnis: Die Bewohnerinnen und Bewohner versuchen einerseits (trotz der hausrechtlichen Einschränkungen) ein Minimum an Privatsphäre herzustellen. Die Bewohnenden berichten in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit, die Zimmer der Erstaufnahmeeinrichtungen als Rückzugsraum zu nutzen, um sich von den anderen Bewohnenden und deren Konflikten zurückzuziehen. Andererseits nutzen auch die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner immer wieder den Vergleich des Gefängnisses und betonen, wie schwierig gerade die Schaffung der Privatsphäre im alltäglichen Wohnraum Flüchtlingslager ist. Ein ehemaliger Bewohner des AnkER-Zentrums erzählt hierzu:

I: You've sent me the text where you described the daily life in the AnkER-Zentrum and you said that it felt like a prison. Maybe you can tell me something about the daily life, what was it like, living in the AnkER-Zentrum? #00:03:06-6#

B: So the first time, I came into the AnkER-Zentrum, the first day, when I saw the fence around it, I was like ›what the hell is going on here?‹ In my mind, I planned that I will get out of this place maybe in one or two months, well, maximum one month, two months. Then, the guys told me, ok you are new here, you don't know the rules and regulations here, it will take a very long time. Even the people who want to reunite with their families, they take at least five, six months. [...] And then I lost hope. I wanted to get transferred to my brother at least, like it was convenient for me and for him, even for the government I think. And then since I was educated, I thought it would be easier. I met some friends, a very small circle. It was very difficult in the beginning. I thought maybe I will be able to talk and stuff, I will do my own things, but nothing was in my hands, everything was decided by the government. [...] For three months almost everyday there was a fight. Or every other day there was a fight inside the camp. They were screaming at night; four o'clock in the morning, then you hear someone is screaming and you just want to sleep. And they put me in the room with two other guys. So the first room I went in, the first room they gave me, the guy was from Afghanistan, he comes to me, ah we are having fun till midnight, you don't want to live with us, you can change your room. So blunt. Then I told him that if the government decided that I will stay here, then I will stay here. And if they do something stupid I will go report it, I don't care about whatever they think. And then I changed the room because I didn't want to have a headache the whole time. I went to the office and complain, they are doing this and that. And then I was in another room. And that was good, two other guys, also from Afghanistan. But no privacy, so there was no privacy. I had to stay with them. Two other guys. #00:06:52-7#

I: And by no privacy you mean that for example you had to share a room, but could you lock your room? #00:07:00-3#

B: No. No I couldn't lock... #00:07:03-4#<sup>323</sup>

Ähnliches erzählt auch ein ehemaliger Bewohner der Notunterkunft im Tempelhofer Flughafen:

B: And if I want to learn something, the language, you can't. Because there is no privacy. No place for learning or starting to make something.

After like one year, they made a room. #00:17:11-1#

I: Like a studying room? #00:17:13-4#

B: Ja, studying room, exactly. #00:17:14-3#

I: And did you go there? #00:17:17-7#

B: Ja, of course. #00:17:20-1#

I: When you go into the hangar, you are checked by the security, right? #00:17:36-4#

B: Ja, this, it was so bad. Like an airport. So my Hangar, is like my ›Wohnung‹. Or my home. But if you wanna go to your home and you have to be checked by the security, and if you have stuff like metal or something, you have to put it on the table. It was so terrible. [...] I came to Europe because it was my dream. And when I finally saw my dream, it was in the camp. #00:22:49-4#<sup>324</sup>

Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung formt die Erfahrungen der Bewohnerinnen und Bewohner. Diese müssen die Flüchtlingslager notwendigerweise trotz zahlreicher Einschränkungen der Privatsphäre als Wohnort akzeptieren und markieren sie zugleich als »andere Räume«. Die rechtsdogmatische Debatte zur Anwendung des Art. 13 GG auf Zimmer in Sammelunterkünften spiegelt sich so in der Rechtswirklichkeit der Geflüchteten in den Unterkünften, die von ihnen als repressiv und kontrollierend beschrieben wird. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, die nächsthöhere gerichtliche Instanz des Verwaltungsgerichts Stuttgart, hat der Einordnung des VG Stuttgart zu Zimmern in Erstaufnahmeeinrichtungen inzwischen widersprochen.<sup>325</sup> Er sprach in einem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung Ellwangen den Zimmern in Erstaufnahmeeinrichtungen den Schutz des Art. 13 GG zu:

Die Zimmer, in denen überwiegend bis zu drei Personen, aber auch Einzelpersonen und Familien untergebracht sein können, werden den Bewohnern für die Dauer ihres vorübergehenden, verpflichtenden Aufenthalts in der Einrichtung jeweils individuell zugewiesen und zur Nutzung

<sup>323</sup> Interview Bewohner/in 3.

<sup>324</sup> Interview Bewohner/in 2.

<sup>325</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28.03.2022 – I S 1265/21 – Rn. 53ff. (juris).

als Rückzugsort und Schlafstätte im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses zur Verfügung gestellt. [...] Dass die Zimmer nicht abschließbar gewesen sind, da es für sie kein in Funktion gesetztes automatisches Türschließsystem gegeben hat (vgl. hierzu § 8 Abs. 6 der Hausordnung), kann an der Einordnung nichts ändern, da die Zimmertür von den Bewohnern der Zimmer zumindest geschlossen und der Raum dadurch nach außen erkennbar abgegrenzt werden konnte. Die vorgefundene räumliche Privatsphäre wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass in den überwiegenden Fällen ein Zimmer mit bis zu drei Personen, die regelmäßig unverbunden und sich vorher unbekannt sein werden, belegt werden kann. [...] Der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Stuttgart (vgl. VG Stuttgart, Urteil vom 18.02.2021 – I K 9602/18 –, juris; a.A. VG Kassel, PKH-Beschluss vom 27.12.2017 – I K 1933/16.KS –, juris), die bereits den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG bei einem Zimmer in einer LEA als nicht eröffnet ansieht, wird insoweit nicht gefolgt.<sup>326</sup>

Allerdings nimmt auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg eine geringere Eingriffsschwelle für Zimmer in Sammelunterkünften an und verweist hierzu auf die Rechtsprechung zur geringeren Eingriffsschwelle beim Betreten von Geschäftsräumen. Eingriffe in Art. 13 GG in Flüchtlingsunterkünften können demnach auch dann stattfinden, wenn etwa die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG nicht erfüllt sind, d.h. auch wenn keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht:

In der LEA Freiburg werden Schutzsuchende aus unterschiedlichen Ländern mit den unterschiedlichsten Schicksalen und Hintergründen (etwa in kultureller, ethnischer, politischer, religiöser oder sexueller Hinsicht) unmittelbar nach ihrer Ankunft im Bundesgebiet gesammelt untergebracht, was dazu führen dürfte, dass die Privatheit des ›Raums‹ und damit des jeweiligen Bewohnerzimmers gemindert ist und diesen Zimmern bei der Zuweisung durch die dafür zuständige Stelle von vornehmerein eine Begrenzung der Privatheit immanent sein wird. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Geschäftsräumen dürfte dies dafür sprechen, dass die Einrichtungsleitung aufgrund der ihr obliegenden Schutz- und Fürsorgeverpflichtung auch unterhalb der Gefahrenschwelle des Art. 13 Abs. 7 GG Zimmer zu gesetzlich festgelegten Zwecken wird betreten können dürfen, um ein störungsfreies und sicheres Zusammenleben in der Einrichtung gewährleisten zu können.<sup>327</sup>

<sup>326</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – I 2 S 4089/20 – Rn. 106 f. (juris).

<sup>327</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – I 2 S 4089/20 – Rn. 112 f. (juris). Trotz dieser Einschränkungen des Schutzes durch Art. 13 GG hält der VGH Baden-Württemberg daran fest, dass es für Grundrechtseingriffe einer Gesetzesgrundlage bedarf, VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – I 2

Mittels des Verweises auf die mangelnde Autonomie der Bewohnerinnen und Bewohner aufgrund der erzwungenen Fürsorge-Verantwortung der staatlichen Behörden wird der Raum Flüchtlingsunterkunft so zu einem Raum mit eingeschränktem Schutz durch Art. 13 GG. Die Bewohnerinnen und Bewohner werden durch die gesetzliche Wohnverpflichtung des AsylG (s.o.) gezwungen, die staatliche Fürsorge zu erdulden und zugleich verstärkt von ihr abhängig gemacht: sie werden prekarisiert. Unter der Prämisse, dass es »kein Recht auf Privatsphäre« (Urteil VG Stuttgart) gibt, werden die Bewohnerinnen und Bewohner weder als autonome Grundrechtsträgerinnen und -träger konstruiert, die ihr subjektives Recht auf Privatsphäre gegenüber Eingriffen durch den Rechtsstaat geltend machen können, noch als schutzbedürftige Hilfeempfängerinnen und -empfänger, die durch staatliche Fürsorge privaten Wohnraum zur Verfügung gestellt bekommen müssen. Vielmehr werden die Bewohnerinnen und Bewohner im Sinne der ordnungspolitischen Rationalität als Pflichtempfängerinnen und -empfänger einer erzwungenen staatlichen Hilfe verwaltet – nicht individuelle rechtliche Ansprüche, sondern die objektive rechtliche Rationalität des ordnungspolitischen Zugriffs auf Migration, d.h. das objektive Gesetz, stehen im Vordergrund. Inzwischen hat das Bundesverwaltungsgericht den Schutz von Art. 13 GG für Erstaufnahmeeinrichtungen bejaht. Allerdings ergeben sich hier neue Rechtschutzbarrieren für die rechtliche Überprüfung von Hausordnungen, die Eingriffe in Art. 13 GG vorsehen.<sup>328</sup> In der Rechtswirklichkeit der deutschen Flüchtlingsunterbringung wird dieses Recht zudem faktisch vielfach nicht beachtet.

Die erzwungene staatliche Fürsorge führt dabei aufgrund der ihr zugrundeliegenden ordnungspolitischen Rationalität insgesamt zu einem gesteigerten Fokus auf Sicherheit in den Unterkünften: Der Raum der Flüchtlingsunterkunft dient nicht mehr nur der Sicherheit nationalstaatlicher Souveränität durch die Migrationskontrolle, sondern wird allgemein als potenziell unsicher markiert. Exemplarisch lässt sich dies etwa in der Kommentarliteratur zur Schaffung und Aufrechterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen, § 44 AsylG nachlesen:

In jedem Fall trägt das Land die Verantwortung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen *Sicherheit und Ordnung* in der Aufnahmeeinrichtung. Gerade wenn Menschen unterschiedlicher Herkunft, Kultur, Religion, Sprache und Ethnie zusammentreffen, kann es zu erheblichen

S 4089/20 – Rn. 120 (juris). Zur dogmatischen Einordnung dieser Entscheidungen in Bezug auf den Grundrechtsschutz von Art. 13 GG in Flüchtlingsunterkünften siehe Engler/Wiesmann, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2023.

<sup>328</sup> Siehe zum Urteil und der Debatte um das Rechtsschutzbedürfnis Kapitel C, Fn. 528, 529.

Spannungen auch zwischen den Ausländern kommen. [...] Nach Errichtung und während des Betriebs der Aufnahmeeinrichtung sind mithilfe des Instrumentariums des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten. Dies gilt auch mit Blick auf den notwendigen Schutz der Aufnahmeeinrichtungen und vor allem ihrer Bewohner vor tätlichen Angriffen Dritter.<sup>329</sup>

In den Interviews mit Behördenmitarbeitenden zeigte sich dabei zunächst, dass diese die unterschiedlichen Sicherheitsmaßnahmen als Mittel verstanden, die Sicherheit der Bewohnenden voreinander und Dritten zu gewährleisten. In dem Maße, in dem die ordnungspolitische Rationalität des Asylverfahrens jedoch die Rechtswirklichkeit der Unterkünfte dominiert, verselbstständigen sich die Sicherheitsmaßnahmen zu Sicherheitsmaßnahmen nicht *für* sondern *gegen* die Bewohnenden; die Bewohnerinnen und Bewohner werden (wie auch im Asylverfahren) von schutzbedürftigen Grundrechtsinhabern zu potenziellen Störern. Sichtbar wird dies, wie bereits gesehen, schon in der rechtlichen Konstruktion der deutschen Flüchtlingsunterbringung, die sich am verwaltungsrechtlichen AsylG orientiert. Ganz explizit tritt dieser Prozess jedoch in der Definition der Aufnahmeeinrichtungen im bayerischen Polizeiaufgabengesetz (PAG)<sup>330</sup> als »gefährlichen Orten« hervor. So kann die bayerische Polizei nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 c PAG in Aufnahmeeinrichtungen verdachtslose Identitätsüberprüfungen der Bewohnerinnen und Bewohner durchführen, alleine weil der Raum der Aufnahmeeinrichtung als potenziell gefährlich markiert wird. Die Geflüchteten werden durch das Wohnen in den Aufnahmeeinrichtungen zu potenziellen Störern für die Sicherheit und Ordnung; Lager können deshalb in diesem Zusammenhang auch als Orte der Crimmigration<sup>331</sup> bezeichnet werden. Dieser Sicherheitsfokus materialisierte sich in den untersuchten Forschungsfeldern räumlich etwa in den Zäunen um die Unterkünfte und den strengen Einlasskontrollen. Er führt zudem zu einer hohen Präsenz von privaten Sicherheitsfirmen in den Unterkünften, die so zu zentralen Akteuren werden (hierzu mehr in Kapitel C III 2 b).

329 Heusch, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023) § 44 AsylG Rn. 10.

330 Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.09.1990 (GVBl. S. 397) zuletzt geändert durch § 2 des Gesetzes vom 24.07.2023 (GVBl. S. 374).

331 Der Begriff stammt aus dem Amerikanischen (Crimmigration) und wurde durch die US-amerikanische Rechtswissenschaftlerin Juliet P. Stumpf geprägt, Stumpf, American University Law Review 2006, S. 367; Graebisch, Kriminologie – Das Online-Journal 2019, S. 75. »Crimmigration/Krimmigration beschreibt eine enge Verbindung zwischen strafrechtlicher und migrationsrechtlicher Kontrolle«. Graebisch, Kriminologie – Das Online-Journal 2019, S. 77.

Wie sich in der Rechtswirklichkeit in den Flüchtlingsunterkünften die erzwungene Fürsorge in eine eigene Sicherheitslogik verselbstständigt, lässt sich exemplarisch auch in der Aussage einer Behördenmitarbeiter/in nachvollziehen:

I: Es gibt ja ein sehr ausgeprägtes Sicherheitskonzept da in der Unterkunft. Was sind da die Gedanken dahinter? Weil, es gibt ja auch Unterkünfte, da gibt es nicht so viele Securities oder der Eingang ist nicht so stark überwacht. #00:32:11-0#

B: Doch, eigentlich schon, also ich kenne eigentlich nur Unterkünfte, in denen der Eingang kontrolliert wird. Auch der Ausgang, also wir wollen ja nicht, dass die Kinder alleine unterwegs sind. Also das hat immer so beides, es gibt ganz viele kleine Kinder in diesen Einrichtungen und die wollen wir weder auf der Straße haben noch im nächsten Park. Und dann finden sie nicht mehr zurück. Verständigen können sie sich nicht, weil sie die Sprache nicht sprechen. Da müssen wir ja nicht an Schlimmes denken, ja, aber auch der Straßenverkehr ist ne Gefahr. Und das heißt, wir haben ein hohes Interesse, dass die Kinder unter der Aufsicht bleiben, also zumindest auf dem Gelände. Und wir wollen natürlich auch nicht, dass da jeder reingeht. Also ich will auch nicht, dass da jeder reingehen kann und sich ein Kind aussuchen. Zum Beispiel. Ja. Oder irgendwas klauen. Oder irgendwen hauen oder was auch immer. [...] Und ich denke, dass es schon richtig ist, dass die Bereiche wirklich so eine Zugangskontrolle haben. Das muss nicht immer so wie da sein mit Namen aufschreiben. Es kann auch einfach eine Sichtkontrolle sein, dass man sich mal kurz melden muss oder einfach nur durchgehen, aber einen Pförtner kenne ich eigentlich überall. #00:33:52-2#

I: Ja, also Pförtner kenne ich auch, nur sozusagen... #00:33:58-1#

B: So, aber hier haben sie halt 1500 Menschen. Und die kennen sie nicht alle. Und das heißt, da müssen sie schon ein bisschen formaler sein, was den Eingang und den Ausgang angeht. Wenn das so ne kleine Einrichtung mit 50 Leuten ist, dann kennt man irgendwann jeden, dann ist das alles überschaubarer. Aber bei 1500 Menschen, da kennt keiner mehr keinen. Und wenn dann irgendwelche Leute da durchwuseln, die da nicht hingehören und Drogen verkaufen, wollen wir das halt nicht. [...] Also man muss auch die Schaulustigen in Bahnen lenken. Ja. Neben den Ehrenamtlichen, die natürlich Zutritt kriegen, keine Frage. Aber auch da muss man gucken, wenn jemand ehrenamtlich mit Kindern arbeiten will, muss er ein Führungszeugnis mitbringen. Auch das muss erstmal geklärt sein. Und dann ist es gut, wenn er nicht vorher anfängt. Nur, weil er es gerne möchte. [...] #00:36:26-4#<sup>332</sup>

Die für gesetzliche Wohnpflicht in Aufnahmeeinrichtungen benötigten Massenunterkünfte führen so zunächst zu einer bevormundenden

332 Interview Behördenmitarbeiter/in 2.

Übernahme von Fürsorge-Aufgaben durch den Staat. Die Behörde sieht sich verstärkt in der Verantwortung, auf die Kinder der Bewohnenden in der unübersichtlichen Großunterkunft aufzupassen. Dabei ist es gerade die ordnungspolitische Funktion der Unterbringung, die auf bundesrechtlicher Ebene im AsylG festschreibt, dass die Geflüchteten in Massenunterkünften wohnen müssen. Die rechtlichen Vorgaben führen demnach dazu, dass bundesweit Sammelunterkünfte gebaut und unterhalten werden, die dann wiederum als generell ›unsicher‹ markiert werden. Die Sorge um die Sicherheit der Kinder und das Bedürfnis nach Kontrolle einer 1500 Menschen großen Unterkunft entwickeln sich dabei zu einem Sicherheitskonzept, das der interviewte Bewohner der Notunterkunft selbst nicht mehr als schützend, sondern prekarisierend wahrnimmt (›like animals‹). Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Regulierung der Unterbringung schafft insofern ›unsichere‹ Räume, die wiederum mit ordnungspolitischen Mitteln, das heißt im Rahmen von Gefahrenabwehrmaßnahmen (auch gegen die Bewohnenden), kontrolliert werden sollen. Diese Verselbstständigung der Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität kann aber auch weitere prekarisierende Auswirkungen haben: Sie ist insbesondere für die körperliche Unversehrtheit der Bewohnerinnen und Bewohner gefährdend, wie im Folgenden dargestellt wird.

*b. Folgen der Prekarisierung:  
Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und  
die Corona-Maßnahmen in der Flüchtlingsunterbringung*

Im Sinne einer ordnungspolitischen Rationalität bildet sich so ein spezifisch ordnungsrechtliches Verständnis der Flüchtlingsunterbringung heraus, das die körperliche Unversehrtheit der Bewohnerinnen und Bewohner als individuellem rechtlichen Anspruch hinter den reibungslosen Ablauf des Asylverfahrens und die Migrationskontrolle in den Unterkünften stellt. Insbesondere durch die erzwungene Wohnpflicht in Erstaufnahmeeinrichtungen werden die Bewohnerinnen und Bewohner von staatlicher Fürsorge abhängig gemacht und primär als Pflichtempfängerinnen und -empfänger konstruiert. Diese rechtliche Abhängigkeit macht sie insgesamt verletzungsoffener, auch in Bezug auf ihre körperliche Unversehrtheit. Mehrere Bewohnende der Notunterkunft am Tempelhofer Feld erzählten etwa, dass sie sich von den Ärzten in den Unterkünften nicht ernst genommen fühlten und sich gegenüber der unabhängig von der Art der Beschwerden immer gleichen Reaktion ›Tee zu trinken und abzuwarten‹ ohnmächtig fühlten.

Die körperliche Unversehrtheit wird im Grundgesetz nach Art. 2 Abs. 2 GG geschützt und wird dabei nicht nur als Abwehrrecht gegen

staatliche Eingriffe, sondern auch als Schutzwicht des Staats verstanden.<sup>333</sup> Die Auswirkungen der Ordnungspolitik auf die körperliche Unversehrtheit der Bewohnerinnen und Bewohner lassen sich dabei exemplarisch anhand der behördlichen Corona-Maßnahmen in den Flüchtlingsunterkünften nachvollziehen. Die Bundesländer reagierten auf die steigenden Infektionszahlen mit Corona-Schutzverordnungen, die die Ansammlung von Menschen verboten, um eine Weiterverbreitung des Virus zu verhindern. Für die Flüchtlingsunterbringung änderte sich jedoch zunächst wenig. Die Behörden entließen die Bewohnerinnen und Bewohner nicht etwa automatisch aus Gründen »der öffentlichen Gesundheitsversorgung« nach § 49 Abs. 2 Var. 1 AsylG aus den Erstaufnahmeeinrichtungen, sodass in verschiedenen Bundesländern Verwaltungsrechtsklagen der Bewohnerinnen und Bewohner von Aufnahmeeinrichtungen auf Umverteilungen auf kleinere Gemeinschaftsunterkünfte eingereicht wurden (hierzu mehr unter C IV 2 c). Die ordnungspolitische Funktion der Unterbringung für die Effizienz und Kontrolle der Asylverfahren sollte zunächst aufrechterhalten werden. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit der noch nicht infizierten Bewohnerinnen und Bewohner in den Massenunterkünften trat hier hinter die effiziente Eindämmung des Virus und die Aufrechterhaltung des Unterbringungssystems zurück. In einem Interview mit einem Behördenmitarbeiter tritt die verselbstständigte ordnungspolitische Logik des Unterbringungssystems dabei deutlich hervor: Die Prämissen der Unterbringung in Massenunterkünften wird trotz der offenkundigen Gefährdung der Bewohnerinnen und Bewohner bei Kantinenmahlzeiten mit bis zu 30 Personen an keiner Stelle hinterfragt; sprachlich tritt die Eindämmung des Virus, nicht die Gefährdung von Menschenleben in den Vordergrund. Dabei fällt der bevormundende Blick auf die

333 Dabei kommt dem Gesetzgeber jedoch ein vergleichsweise großer Gestaltungsspielraum zu, wie er Maßnahmen zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit ergreift, vgl. Burghart, in: Grundgesetz (85. Aktualisierungslieferung 2022), Art. 2 Rn. 500ff. Allerdings muss er dabei völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung tragen, vgl. BVerfG, Besch. v. 16.12. 2021 – I BvR 1541/20 – Rn. 99 ff. m.w.N. (juris). Diese Schutzwicht gilt zudem nicht nur für bereits eingetretene Verletzungen, sondern auch für die Zukunft: »Die Schutzwicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG greift nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind, sondern ist auch in die Zukunft gerichtet (vgl. BVerfGE 49, 89 <140 ff.>; 53, 30 <57>; 56, 54 <78>; 121, 317 <356>). Die Pflicht zum Schutz vor Lebens- und Gesundheitsgefahren kann eine Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen«, BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – I BvR 2656/18 – Rn. 146 (juris). Die Schutzwicht verdichtet sich zudem für in staatlichem Gewahrsam Befindliche, Starck, in: Grundgesetz-Kommentar, Aufl. 7 (2018), Art. 2 Rn. 210; Sußner, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2019.

Bewohnerinnen und Bewohner in Bezug auf deren Umgang mit einer möglichen Ansteckungsgefahr auf, selbst wenn dezentrale Unterkünfte (etwa Hotelräume) für sie angemietet wurden.

B: Also für Corona haben wir eine entzerrte Belegung in unseren Unterkünften aufgesetzt. Unsere Erstaufnahmeeinrichtung hat, allgemein gesprochen, eine 50%ige Auslastung. Man konnte da bewerkstelligen, dass man vulnerable Personengruppen in eigens abgetrennten Dusch- oder WC-Räumen unterbringen konnte. Man hat Unterkünfte wie in [Ort], die eine eigene Nass- und Duschzelle hatten, wo man dann Leute, die gesundheitlich vulnerabel sind, nicht mit mehreren Personen unterbringen musste, sondern nur mit zwei Personen, wo der Abstand eingehalten werden konnte, das wurde alles veranlasst. Es gab auch, ähnlich wie glaube ich auch in anderen Bundesländern, Entscheidungen, also Eilanträge nach § 123 VwGO, zwei sind mir bekannt, wo der Antrag abgelehnt wurde, weil eben das Verwaltungsgericht festgestellt hat, dass die Infektionsgefahr in dieser Situation, in dieser geschützten Umgebung, die wir schaffen konnten, nicht gegeben ist. Und ein weiterer Baustein war natürlich, wenn's einen Positivfall gab, hat man geschaut, dass die Kontaktpersonen in eigenen Bereichen unterkommen, so dass sich der Virus nicht verbreiten konnte. Man hat in [Ort] die Möglichkeit geschaffen, Kontaktpersonen unterzubringen, hat denen alles Mögliche zur Verfügung gestellt, man hat Positivfälle eben in unsere speziell geschaffene Corona-Unterkunft gegeben, so konnte bisher meines Erachtens die Ausbreitung des Virus gut bekämpft werden. [...] Zu dem Konzept gehört natürlich auch, dass wir im Ankunftszentrum alle neuen Asylbewerber prophylaktisch auf Corona testen, da werden so Kohorten gebildet, dass sich die nicht gegenseitig anstecken können, das wird abgenommen. [...] Man hat letzten Endes auch in der Kantine Vorkehrungen getroffen, dass nur 30 Personen maximal pro Mahlzeiteinnahme zugelassen werden. Also man hat da alles in unserer Kraft liegende unternommen, dass da der Virus sich nicht ausbreiten konnte. Man hat auch zusätzlich versucht, Unterkünfte oder Hotels anzumieten, wo gerade die Vulnerablen untergebracht werden konnten, GU [Ort], die man gerade für die Vulnerablen anmieten konnte, wo man die vulnerabelsten rausidentifiziert hat und dort dann untergebracht hat. Natürlich dort auch unter der Prämisse, dass die die Hausordnung einhalten, also es wurde natürlich zum Schutze derer auch das Besuchsrecht beschränkt, weil's nicht sein kann, dass man Vulnerable an einem Ort unterbringt und es kommt ständig Besuch, die das Virus einschleppen, also ein weiterer Baustein, obwohl man natürlich sagen muss, wir sind weiter noch in der Akquise von so Objekten um Vulnerable dann noch geschützter unterzubringen, was aber natürlich jetzt schwierig ist, weil die Hotels ja von den Corona-Beschränkungen wieder ausgenommen wurden, und jetzt sind viele Hotelbetreiber natürlich nicht mehr bereit, uns Hotels zur Verfügung zu stellen. #oo:18:18-1#

I: Die Verteilung in die Anschlussaufnahme, die kam dann nicht in Frage für Sie? #oo:18:26-5#

B: Was meinen Sie? #oo:18:26-5#

I: Naja, dass man nicht Hotels anmietet, sondern sagt, man verteilt die Bewohner in dezentrale Unterkünfte. #oo:18:34-1#

B: Zum einen gab es aus Infektionsschutzgründen, oder damit sich das nicht verbreitet, vom [Ministerium] einen Zuweisungsstopp, der ist jetzt aufgehoben, ich denke, dass dieser Zuweisungsstopp auch dazu beigetragen hat, dass sich das Virus nicht weiter ausbreiten konnte. Man muss sich ja vorstellen, in der Erstaufnahmeeinrichtung 50%ige Auslastung, in der Anschlussunterbringung haben wir 80%ige Auslastung, im GU-Bereich, also in den Gemeinschaftsunterkünften, eine Gemeinschaftsunterkunft, wenn die voll ausgelastet ist, hat teilweise auch bis zu 200 Bewohner, deshalb denke ich, dass das keine tragfähige, sinnvolle Alternative ist. Und das Gute ist, in unserer Erstaufnahmeeinrichtung, dass wir dort auch kurative Versorgung haben, wir haben überall Ärzte, wir können letzten Endes die Verdachtsfälle, wir können die KP1 Personen oder die Corona-Positivpersonen, bis sie abverlegt werden, über unsere kurative Versorgung besser in Sicht haben, schauen, ob da akut Handelsbedarf ist. In der Anschlussunterbringung ist das alles natürlich schwieriger, weil letzten Endes ist die Fürsorgedichte da nicht so hoch wie in der Erstaufnahmeeinrichtung. #oo:20:05-0#<sup>334</sup>

Deutlich wird, dass die Bewohnerinnen und Bewohner gerade nicht vollständig entrechertet werden. Vielmehr wird der spezifisch verwaltungsrechtliche Zugriff auf sie sichtbar. Das subjektive Recht der Bewohnerinnen und Bewohner auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG tritt in dieser Beschreibung hinter das ordnungspolitische Ziel, die Pandemie einzudämmen. Gefragt wird dann nicht primär, wie können die einzelnen Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte bestmöglich in ihrer körperlichen Unversehrtheit geschützt werden bzw. unterstützt werden, sich selbst zu schützen, sondern wie kann das Corona-Virus bei Aufrechterhaltung der Massenunterbringung bestmöglich eingedämmt werden. Diese Priorisierung der ordnungspolitischen Ziele der Behörden vor subjektivrechtlichen Ansprüchen der Bewohnerinnen und Bewohner lässt sich auch in einem Beschluss des Leipziger Verwaltungsgerichts zur Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung aufgrund der Corona-Pandemie nachvollziehen. Das Urteil stammt aus einem Eilverfahren, in dem ein Bewohner einer Erstaufnahmeeinrichtung auf Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung klagte. Der Bewohner argumentierte dabei, dass die notwendigen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Ansteckung in der Erstaufnahmeeinrichtung nicht möglich seien, insbesondere dann nicht, wenn er sich mit einer

334 Interview Behördenmitarbeiter/in 5.

weiteren Person ein Zimmer teilen müsse, und somit ein Recht auf Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung nach § 49 Abs. 2 AsylG vorliege.<sup>335</sup> Die zuständige Ausländerbehörde argumentierte im Verfahren unter anderem damit, dass eine »vermehrte und ungeordnete Entlassung aus staatlichen Aufnahmeeinrichtungen den Grundsatz einer geordneten Unterbringung«<sup>336</sup> unterlaufe. Das Verwaltungsgericht Leipzig entschied am 18.05.2020, dass kein Grund zur Entlassung bestehe, da die Corona-Schutzverordnung eingehalten werden könne.<sup>337</sup> Auffällig ist, dass das Urteil durchweg die objektiv-rechtliche Einhaltung der Sächsischen Coronaschutzverordnung in den Vordergrund stellt und auf andere Gemeinschaftseinrichtungen verweist, wie etwa Alten- oder Pflegeheime, die ebenfalls nach der Verordnung geöffnet bleiben dürfen.<sup>338</sup> Dabei

335 VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A – Rn. 4 (juris).

336 »§ 49 Abs. 2 AsylG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG gebiete auch in der Pandemie nicht automatisch die begehrte Entlassung aus der staatlichen Aufnahmeeinrichtung. Insbesondere habe das vom Antragsteller bewohnte Zimmer bei der Beurteilung des empfohlenen Mindestabstandes außer Betracht zu bleiben, weil er mit seinen Zimmergenossen einen Hausstand bilde. Die vom Antragsteller genannten Arbeitsschutzhinweise beträfen einen anderen Lebenssachverhalt und seien nicht auf das Leben in Gemeinschaftsunterkünften zugeschnitten. Schiede etwa die geordnete Nutzung von Sanitäranlagen durch mehrere Menschen in der Pandemiesituation als unzulässig aus, müssten die zuständigen Gesundheitsämter diese auch in Kasernen, bei Behörden und Arbeitgebern untersagen. Letztlich unterliefe eine vermehrte und ungeordnete Entlassung aus staatlichen Aufnahmeeinrichtungen den Grundsatz einer geordneten Unterbringung. Der Wettlauf um Einzelwohnungen der unteren Unterbringungsbehörden könnte im Einzelfall dazu führen, dass dringend benötigter Wohnraum für vulnerable Personen in absehbarer Zeit nicht mehr zur Verfügung stehe«. VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A – Rn. 11 (juris).

337 Dabei ergibt sich die Priorisierung der objektiv-rechtlichen Zwecke von subjektivrechtlichen Ansprüchen der Geflüchteten bei der Frage der Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung schon aus dem Gesetzestext selbst. Das VG Leipzig verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass in die Anwendung von § 49 Abs. 2 AsylG zwar durchaus die individuellen Belange der Asylbewerberinnen und Asylbewerber einfließen könnten. Es handele sich jedoch um eine Ermessensvorschrift, weshalb eine Korrektur der Entscheidung der zuständigen Behörde insofern nur bei einer ›Ermessensreduzierung auf Null‹ erfolgen könne, die vorliegend nicht gegeben sei, VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A – Rn. 22 ff. (juris).

338 »§ 1 Abs. 1 SächsCoronaSchVO kann – auch in Verbindung mit der aktuellen Allgemeinverfügung zur Anordnung von Hygieneauflagen zur Verhinderung der Verbreitung des Corona-Virus vom 12.5.2020 (Az. I-5-5422/22, im Folgenden: Allgemeinverfügung Hygieneauflagen) – nicht dahingehend interpretiert werden, dass – wie der Antragsteller dies offenbar verstehen will

verkennt es jedoch, dass die Bewohnerinnen und Bewohner von Flüchtlingsunterkünften, anders als etwa Bewohnerinnen und Bewohner von Altenheimen, rechtlich dazu verpflichtet sind, in Massenunterkünften zu wohnen. Dass in das Recht auf den faktischen Schutz der körperlichen Unversehrtheit insofern umso stärker eingegriffen wird, wird nicht erwähnt. Deutlich wird so, wie die rechtliche Rationalität der Flüchtlingsunterbringung nicht nur eine rechtliche, sondern tatsächlich körperliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner bewirkt und diese zwingt, sich der Gefahr der Ansteckung mit dem Virus auszusetzen.

Dieser Ratio folgte auch die Praxis der Behörden, ganze Flüchtlingsunterkünfte unter Quarantäne zu stellen und zu riskieren, dass auch negativ getestete Bewohnerinnen und Bewohner sich infizieren.<sup>339</sup> Da die Bewohnerinnen und Bewohner Angst vor einer Ansteckung hatten, mussten diese Quarantänen teilweise mithilfe der Polizei durchgesetzt werden, die die Bewohnerinnen und Bewohner von einer »Flucht« aus den Unterkünften abhielt.<sup>340</sup> Die Gewalt liegt dabei also weniger in einer direkten Einwirkung auf die körperliche Unversehrtheit der Bewohnerinnen und Bewohner als in der Ignoranz gegenüber der prekären Situation der Bewohnerinnen und Bewohner, die sie aufgrund der erzwungenen Wohnpflicht in den Massenunterkünften daran hindert, sich selbst schützen zu können. Wie drastisch die Folgen dieser Prekarisierung dabei sein können, zeigt ein Fall in Bayern, bei dem sich ein Bewohner einer Gemeinschaftsunterkunft im Laufe einer Unterkunfts-Quarantäne mit dem Corona-Virus ansteckte und im Krankenhaus verstarb. Die Angehörigen stellten daraufhin zusammen mit einer Anwältin eine Strafanzeige gegen die Regierung von Oberbayern mit dem Vorwurf des Totschlags durch Unterlassen.<sup>341</sup> Sie werfen den Behörden vor, den Verstorbenen trotz offensichtlicher Corona-Symptome und wiederholten Forderungen,

– jegliche gemeinsame Zimmernutzung oder gar jeglicher Aufenthalt mit anderen Personen in gemeinschaftlichen Räumlichkeiten unterlassen werden müssten. Andernfalls wären alle Gemeinschaftseinrichtungen wie etwa auch Alten- und Pflegeheime, Kasernen etc. zu schließen«, VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A – Rn. 27 (juris).

<sup>339</sup> Vgl. exemplarisch *Hardenberg*, Wenn das Virus eingezäunt wird, Süddeutsche vom 26.11.2020; *Atterdal*, Corona-Quarantäne sorgt in einem Augsburger Asylheim für Ärger, Augsburger Allgemeine vom 07.05.2021; *Huke*, »Bedeutet unser Leben nichts?« Erfahrungen von Asylsuchenden in Flüchtlingsunterkünften während der Corona-Pandemie in Deutschland (2021).

<sup>340</sup> *Litschko*, Polizeieinsatz gegen Geflüchtete in Suhl: »Absolut chaotische Situation«, taz vom 18.03.2020; *Huke*, »Bedeutet unser Leben nichts?« Erfahrungen von Asylsuchenden in Flüchtlingsunterkünften während der Corona-Pandemie in Deutschland (2021) S. 12.

<sup>341</sup> *Anlauf*, Nach Tod von Flüchtlings durch Covid-19: Strafanzeige gegen Regierung, Süddeutsche Zeitung vom 15.05.2020.

ins Krankenhaus überwiesen zu werden, erst viel zu spät ins Krankenhaus eingeliefert zu haben. Die im Zitat des/der Behördenmitarbeiter/in angesprochene »Fürsorge-Dichte« mit direkter medizinischer Versorgung in den Unterkünften kann gerade in Kombination mit einem bevormundenden Blick auf die Bewohnerinnen und Bewohner eine Gefahr für die Bewohnerinnen und Bewohner darstellen. Diese sind dann im erzwungenen Fürsorge-System auch in medizinischen Fragen von den zuständigen Lager-Ärzten bzw. den Behörden abhängig. Die in der Notunterkunft am Tempelhofer Feld vorhandene medizinische Versorgung im »Medi-Point« wurde etwa von mehreren interviewten Bewohnerinnen und Bewohnern als bevormundend und abschottend und nicht wirklich helfend beschrieben. Die Bewohnerinnen und Bewohner beschreiben in diesem Zusammenhang, dass sie sogar teilweise die Security-Dienste herangezogen haben, um den jeweiligen Arzt zu überreden, eine Überweisung auszustellen oder Medikamente zu verschreiben. Die schnelle medizinische Versorgung vor Ort schlägt dann in eine weitere Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner um, deren Handlungsmöglichkeiten im geschlossenen Fürsorge-System der Unterkünfte stark eingeschränkt werden. Die Anwältin des verstorbenen Bewohners in der bayerischen Flüchtlingsunterkunft verknüpft dabei im Interview eben jene Rationalität der Unterbringung, die die Fürsorgepflichten der Behördenmitarbeiterinnen und -mitarbeiter in den Hintergrund treten lasse, mit der rechtlichen und körperlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner.

B: Insgesamt ist es so, dass in dieser ganzen Corona-Zeit meiner Meinung nach sehr sehr viel schiefgelaufen ist. Also das ist ja nicht das einzige, die haben ja teilweise Leute zusammen in Quarantäne gesteckt aus verschiedenen Unterkünften, die alle unter Corona-Verdacht waren. Wenn da einer Corona hatte, dann haben sie sozusagen die anderen dazugesteckt und damit die Corona ja erst ausgesetzt. Und auch teilweise mit Vorerkrankungen und so, also da sind viele viele schlimme Sachen passiert, und wir haben halt deswegen gesagt, dass diese Aktion (also ich mein, der war 35, wirklich jung ohne Vorerkrankung) dass das einfach mal untersucht werden muss, damit die Behörde auch ein bisschen gedankenvoller ihre Aktionen macht. Also das ist ja kein Spaß, was da passiert, da geht es ja wirklich um Menschenleben. Und die ganze Situation war schrecklich. Also die waren eben eingesperrt in dieser Quarantäne, die haben kein Essen bekommen, die Leute, die Ehrenamtlichen haben dann das Essen über den Zaun geschmissen für die Leute da drinnen und da stellen sich mir verschiedene Fragen. Also einmal die Frage, hätte der sich überhaupt angesteckt, wenn die nicht da eingepfercht worden wären. Das ist ja schonmal das erste, man hätte ja schon viel früher die Leute nach der Pandemie rausnehmen müssen aus diesen Unterkünften, der konnte sich ja gar nicht schützen. Der war ja dann die ganze Zeit

auch im Zweibettzimmer, ich mein, der zweite, also der konnte ja auch nicht woanders hin. Und genau, dann eben das andere, dass nicht reagiert wurde, dass die Ehrenamtliche wirklich alle Stellen, die sie irgendwie kannte, informiert hat und auch wirklich mit Emails mit Anrufen mit allem... #oo:08:03-2#

I: Und dieses Nicht-Reagieren, würden Sie sagen, das ist etwas Spezifisches von der Corona-Pandemie? Oder ist es etwas, das sie aus der anwaltlichen Praxis ohnehin auch von der behördlichen Praxis kennen in den Unterkünften? #oo:08:28-4#

B: Dass jetzt wirklich Notfälle nicht behandelt werden, hab' ich vorher in meiner Laufbahn noch nicht erlebt. Das ist schon sehr Corona-spezifisch, die Behörden waren schon auch ziemlich überfordert, das muss man sagen, aber ich glaub halt die Strategie, die gefahren wurde und die ja bis heute gefahren wird, also die Unterkünfte weiter vollzustopfen. [...] Und ja, dass ich das noch nie erlebt habe, das stimmt nicht, das ist eigentlich falsch. Ich hatte mal eine Frau, die war in einer Unterkunft, die hatte fünf kleine Kinder und die war in einer Unterkunft mit Bettwanzen und das war wirklich der Horror, also diese Kinder, man will das gar nicht sehen, die Fotos, und da musste ich auch auf die Behörde Druck machen, indem ich also das Gesundheitsamt informiert habe. Wenn das eine staatlich geführte GU ist, dann müssen da gewisse Ansprüche auch erfüllt sein und so weiter, und da hab' ich halt das Gesundheitsamt informiert und die Behörde wirklich auch massivst unter Druck setzen müssen, bis die da rausverteilt wurde, also da haben sie sie umverlegt, aber das ging nur mit Anwalt. Davor ist dann nichts passiert. Und wir haben dann natürlich auch erfahren, in der GU gabs natürlich schon seit Monaten Bettwanzen, und die anderen Bewohner mussten da ja auch die ganze Zeit damit leben. Also das gabs schon auch. #oo:12:04-4#

I: Und haben Sie da dann auch eine Strafanzeige gestellt? #oo:12:08-1#

B: Nein. Aber ich habe in dem Fall auch, weil sich nichts bewegt hat, die Behörde darauf hingewiesen, dass da einfach dieser Tatbestand erfüllt sein könnte, Körperverletzung, wenn da nichts passiert. Ich hab' jetzt auch nicht gesagt, ich mach eine, aber ich hab' gesagt, ok Leute, ihr müsst euch schon überlegen, was das bedeutet. Das ist dann halt Körperverletzung im Amt. #oo:12:51-5#

I: Ist ja eigentlich krass, dass so eine Gewährleistung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, dass die dann so umschlägt, dass man also mit Strafanzeigen drohen muss, dass es dann dazu kommen kann. #oo:13:13-9#

B: Na, ich habe da meine eigene Theorie. Es ist ja so: Die Leute waren dann auch ganz erschrocken, und dann hat sich die Chefin eingeschaltet, und hat dann auch Zack Zack reagiert. Aber das sind oft, grade die Chefs da, also bei der Regierung, das sind manchmal dann auch junge,

sehr qualifizierte Leute, die aber die Tragweite ihres Handelns noch überhaupt nicht verstanden haben. Also dass es da wirklich um Menschen geht und um das Wohlbefinden von Leuten, die ja gezwungen sind, in solchen Unterkünften zu leben. Das heißt, der Staat hat ja auch eine Fürsorgepflicht, und die Leute an gewissen Stellen, die verstehen dann manchmal nicht, dass sie der Staat sind, dass sie halt diese Fürsorgepflicht ausüben. Das ist meine Meinung, dass da manchmal einfach das Bewusstsein fehlt. Oft gar keine böse Absicht, sondern einfach noch nicht genug Verständnis dafür. #oo:14:30-3#

Die ordnungspolitische Rationalität normiert demnach nicht nur spezifische Subjektivierungsprozesse in Bezug auf die Bewohnerinnen und Bewohner, sondern konstruiert teilweise auch eine spezifische »Mentalität« bei den Behördenmitarbeitenden. Diese trägt zusätzlich zu einer Umsetzung des Rechts bei, die die Bewohnerinnen und Bewohner einerseits als abhängig von staatlicher Fürsorge versteht, sie gleichzeitig aber in dieser Abhängigkeit nicht gänzlich beachtet. Hierin besteht der Prekarisierungsprozess im Flüchtlingslager: Die Bewohnerinnen und Bewohner werden nicht ins ›Außerhalb‹ des Rechts verbannt, sie werden jedoch verstärkt abhängig von staatlicher Fürsorge gemacht, in einem rechtlichen Raum, in dem staatliche Behörden aufgrund von Sicherheitslogiken verstärkt in die subjektiven Rechte der Bewohnerinnen und Bewohner eingreifen. Mit Baers Analyse der Subjektkonstruktionen im Verwaltungsrecht ließe sich hier das Gegenüber der rechtlichen Regelung als »Untertan« bezeichnen. Der Raum der Flüchtlingsunterkünfte wird dabei auch auf ganz anderer Ebene zum Raum der Sicherheit. An den zahlreichen Brandanschlägen auf Flüchtlingsunterkünfte lässt sich etwa erkennen, wie die Unterkünfte bei neo-nazistischen Akteuren stellvertretend zum Sicherheits-Symbol der Migrationspolitik und der Durchsetzung territorialer Souveränität werden. Die ordnungspolitische Rationalität prekarisiert die Bewohnerinnen und Bewohner auch hier: Indem die gesetzliche Wohnpflicht sie zwingt, für staatliche Behörden schnell lokalisierbar zu sein, schafft sie Migrationsräume, die auch für rechte Akteure schnell zu lokalisieren sind. Die Prekarisierungsprozesse in den Lagern sind, so haben die Ausführungen zum grundrechtlichen Schutz der Zimmer in den Unterkünften und zur Corona-Pandemie gezeigt, dabei durch die ordnungspolitische Rationalität ›verstärkt‹. Wichtig ist in diesem Zusammenhang jedoch auch zu verstehen, dass diese Subjektivierungsprozesse nicht ganz und gar anders als Subjektivierungsprozesse außerhalb der Flüchtlingslager verlaufen, bei denen alle Gesellschaftsmitglieder stets abhängig und prekär in der Anwendung des Rechts sind und durch verschiedene rechtliche Rationalitäten in Subjektivierungsprozessen normiert werden, sondern eben *verstärkt* prekarisierend. Wurde in diesem Abschnitt der Untersuchung die *rechtliche Regelung* und ihre rechtlichen Rationalitäten in den Blick genommen, wird die Studie im Folgenden den Blick auf die *Anwendung*

des Rechts, durch die Verwaltung aber auch andere Akteure, wenden. Zur ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Regelung tritt in der Verwaltung der Flüchtlingsunterbringung die rechtliche Rationalität des aktivierenden Gewährleistungsstaats. Inwiefern diese Rationalität dabei teilweise eine für die rechtliche Situation der Bewohnerinnen und Bewohner kontraproduktive geradezu paradoxe Rechtswirklichkeit schafft, wird im Folgenden erörtert.

### III. Verwaltungspraxen: Wohnen als Dienstleistung im aktivierenden Gewährleistungsstaat?

Die gesetzlichen Regelungen zu Flüchtlingsunterkünften nennen, wie gezeigt, trotz Jahrzehntelanger Institutionalisierung des verpflichtenden Wohnens in Flüchtlingsunterkünften für Asylsuchende keine bundesweiten Mindeststandards, die die Unterbringung als Gewährleistungsrecht stärken könnten. Stattdessen bewegen sich die rechtlichen Regelungen zur Beschaffenheit und Ausstattung der Unterkünfte zwischen lokalen Regelungen, wie etwa Vertragszusätzen in den Betreiberverträgen und Landesaufnahmegesetzen, und den (teilweise in ihnen umgesetzten) europarechtlichen Vorschriften. Über die sich daraus entwickelnden rechtlichen Rationalitäten in der rechtlichen Regelung der Flüchtlingsunterbringung hinaus schafft auch die konkrete Ausgestaltung der Rechtsinstitutionen, das heißt der Verwaltung, eine spezifische Rechtswirklichkeit. Die Dogmatik des Migrationsverwaltungsrechts wird im Bereich der Flüchtlingsunterbringung nach wie vor von einem ordnungspolitischen Sicherheitsparadigma geprägt (s.o.). Gleichzeitig erfolgt die Umsetzung der rechtlichen Regelung der Flüchtlingsunterbringung in einer Verwaltungsorganisation, die den Bedarf an Unterbringungsplätzen für die Asylsuchenden zunehmend durch die Kooperation mit privaten Akteuren verwirklicht und dabei mit flexiblen Organisationsstrukturen arbeitet. Diese (vergleichsweise neuen) Handlungsformen eines aktivierenden Gewährleistungsstaates spiegeln dabei das Ergebnis einer Krise des Ordnungsrechts wider, bei dem die Idee einer durch Eingriffe in die Gesellschaft ordnenden Verwaltung durch Formen der indirekten Steuerung ergänzt wurde. Das folgende Kapitel wird diese Organisationspraxen der Verwaltung in der deutschen Flüchtlingsunterbringung in den Blick nehmen und dabei ein Paradox entfalten, das durch die Gleichzeitigkeit der ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Regelung der Unterbringung mit der modernisierten, aktivierenden Verwaltungsorganisation entsteht: Die durchaus vorhandenen Versuche der Verwaltungsorganisation des aktivierenden Gewährleistungsstaats, die Bewohnerinnen und Bewohner als handlungsfähige Bürgerinnen und Bürger in

ihren Interessen zu unterstützen, scheitern an einer rechtlichen Rationalität, die sie als Untertanen einer strengen Ordnungspolitik adressiert. Die Bewohnerinnen und Bewohner sehen sich aus diesem Grund mit einer Situation konfrontiert, in der ihnen zahlreiche »Angebote« gemacht werden, die sie paradoxe Weise nicht nutzen können.

## 1. Neuere Entwicklungen im Verwaltungsrecht: Migrationssteuerung

In der Verwaltung des Migrationsrechts und insbesondere auch in der Verwaltung der Flüchtlingsunterbringung lässt sich eine allgemeine Reformierung der Verwaltungsorganisation weg von der klassischen Ordnungsverwaltung nachvollziehen. Die Reformdebatte<sup>342</sup> ergänzte die Idee einer ordnenden, gezielt eingreifenden Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts durch sogenannte Steuerungsperspektiven. Es waren dabei »eineige (wenige) viel beachtete Implementationsstudien aus den 1970er Jahren«, die für die Reformdebatte der Verwaltungsrechtswissenschaften ausschlaggebend waren. Sie stellten die Effizienz traditioneller Verwaltungsorganisationsformen (insbesondere im Umweltrecht) infrage und verwiesen zudem darauf, dass die Verwaltung bereits auf multiple, kreative Handlungsformen zurückgriff, um zusammen mit gesellschaftlichen Akteuren Verwaltungsaufgaben zu bewerkstelligen.<sup>343</sup> Die Studien zeichneten ein Verhältnis von Verwaltung und der Gesellschaft ab, das sich bei weitem nicht auf eine von außen eingreifende Exekutive reduzieren ließ. Vielmehr schienen vielseitige Handlungsformen der Verwaltung auf, die seitdem unter dem Stichwort der »Steuerung«<sup>344</sup> diskutiert werden:

- 342 Ein Überblick zu Stand und Ursprung der Debatte findet sich etwa in *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideal (2004), S. 18ff.
- 343 *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 11.
- 344 Zur Steuerung im Migrationsrecht: *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011). Zum Steuerungsbegriff im Allgemeinen Verwaltungsrecht: *Franzius*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 4 Rn. 1 ff. Der Steuerungsbegriff wird inzwischen teilweise als zu »akteurszentriert« kritisiert und stattdessen auf den Begriff der »Governance« verwiesen: »Die zweite Erkenntnisfrucht ist die, dass diese Fortentwicklung von Steuerung zu Governance gewissermaßen »fällig« war, weil die kognitiven Prämissen der Steuerungstheorie, nämlich insbesondere die klare Unterscheidbarkeit von Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt inzwischen schlicht entfallen sind; als Konsequenz dieser Entwicklung – und dies ist das dritte und wichtigste Ergebnis

»Das aus diesem Wissensdilemma resultierende Bedürfnis nach flexiblen, situationsbezogenen und im weitesten Sinne lernfähigen Handlungsanweisungen, die ihrerseits in der Lage sind, private Wissensressourcen zu nutzen, kann das traditionelle Ordnungsrecht nicht ausreichend befriedigen«.<sup>345</sup> Der Steuerungsbegriff folgt dabei einem grundlegenden Wandel der Staatlichkeit<sup>346</sup> und soll einen »handlungsorientierten« Ansatz bieten, bei dem »politische Steuerung« durch das Verwaltungsrecht als »interaktiver Prozess verstanden [wird], an dem unterschiedliche Akteure in einer Art Netzwerk mit- und gegeneinander arbeiten«.<sup>347</sup>

Die Idee eines Staats, der aus flexiblen, netzwerkartigen Verbindungen der in ihm vertretenen Akteure besteht, wird auch unter dem Begriff des sogenannten Netzwerkstaats<sup>348</sup> verhandelt und zeichnet ähnlich wie das Konzept des Regimes das Bild eines Rechtsstaats, der sich nicht auf eine zentrale Souveränität reduzieren lässt, sondern aus einer Vielzahl von Akteuren besteht. Während der deutsche Rechtsstaat in Bezug auf Migrationsbewegungen immer noch auf seine staatliche Souveränität verweist, vollzieht sich in der Organisationsform der Staatlichkeit ein Wandel, der auf einen Komplexitätszuwachs moderner Gesellschaften reagiert,<sup>349</sup> und der teilweise als steigende »funkti-

– bleibt kein anderer Weg, als sich von der Akteurszentriertheit als Schlüssel zum Verständnis der Probleme der Handlungskoordination zu verabschieden und Strukturen und Institutionen in den Mittelpunkt der Analyse zu rücken«. *Schuppert*, Staat als Prozess (2010), S. 118.

<sup>345</sup> *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 11.

<sup>346</sup> Schuppert macht diesen Wandel der Staatlichkeit dabei an externen (Europäisierung, Transnationalisierung) sowie internen (Aufgabenwandel, Wandel der Handlungsformen, Wandel der Organisationsform öffentlicher Aufgaben-wahrnehmung und Instrumentenwandel) Faktoren fest; *Schuppert*, Der Staat 2008.

<sup>347</sup> *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 20.

<sup>348</sup> *Vesting* verwendet den Begriff des Netzwerkstaats, unter dem er auch das Leitbild des Gewährleistungsstaats fasst, in Abgrenzung zum »liberalen Verfassungsstaat« und zum »Wohlfahrtsstaat« und als Ergebnis einer zunehmenden gesellschaftlichen Fragmentierung. *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 157ff. Er verweist in diesem Zusammenhang zudem auf den Staat der Gesellschaft der Netzwerke, wie er von Ladeur konzipiert wurde; *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 180.

<sup>349</sup> Die Umstrukturierung der Verwaltungspraxen ist demnach nicht nur »Funktion«, sondern selbst »Ausdruck« des Wandels der Staatlichkeit: »Ferner lässt sich das Verwaltungsrecht nicht auf seine instrumentelle Funktion als Steuerungsinstrument beschränken; es ist zugleich immer auch Ausdruck einer materialen Wertordnung«. *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 28. Dass die Staatsform wie auch die Rechtsform dabei nicht einfach

onale Differenzierung<sup>350</sup> beschrieben wurde, in der das Narrativ der zentralen Souveränität zunehmend irrelevant wird. Dieser äußert sich auf ökonomischer Ebene etwa in einer zunehmenden Flexibilisierung und Transnationalisierung von Warenproduktion und Kapitalakkumulation, bei der die Warenproduktion zunehmend in die ›industrielle Peripherie‹ ausgelagert wird,<sup>351</sup> der Dienstleistungssektor zentral wird und sich Arbeitsprozesse innerhalb der Industriestaaten verstärkt fragmentieren und individualisieren – bis hin zur Etablierung des »unternehmerischen Selbst«,<sup>352</sup> das die Grenzen zwischen Arbeitgebern und Arbeitneh-

lediglich aus ökonomischen Formen abgeleitet werden kann, wurde in Kapitel B I 2 begründet.

- 350 Vesting führt die Analyse der funktionalen Differenzierung unter kritischer Betrachtung etwa wie folgt aus: »Die moderne Kultur macht bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert Erfahrungen mit einer steigenden intellektuellen und materiellen Komplexität, die die Welt in ihrer Gesamtheit un durchschaubar werden lässt. Die deutsche Soziologie des frühen 20. Jahrhunderts – Autoren wie Georg Simmel und Max Weber – beschreiben diesen Komplexitätszuwachs als Differenzierungsprozess, als Herausbildung einer Konfiguration von heterogenen und eigengesetzlichen Lebensordnungen und Sinnregionen. [...] Funktionale Differenzierung [nach Luhmann] heißt dann: Fragmentierung der Gesellschaft in verschiedene Sinnwelten. Das bedeutet zugleich das Ende der Möglichkeit, die Gegenwartsgesellschaft über eine referenzfähige Einheit, einen Abschlussgedanken oder eine Metzerzählung beschreiben zu können«. *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 159f.
- 351 Diese Prozesse wurden von Joachim Hirsch etwa als Wechsel von der fordristischen zur post-fordistischen Gesellschaft beschrieben, *Hirsch, Politische Vierteljahresschrift* 1985. Buckel et al. betonen die Komplexität der wirtschaftlichen Flexibilisierung und Transnationalisierung: »Die Internationalisierungsprozesse, die schon im Fordismus einsetzten, haben sich in der Folge seit den 1990er Jahren noch einmal verstärkt. Produktions- sowie Akkumulationsstrategien der großen Konzerne richteten sich zunehmend transnational aus. Dies führte auch zu einer Veränderung der internationalen Arbeitsteilung. Die alte internationale Arbeitsteilung zwischen globalem Norden und globalem Süden ist nicht verschwunden, aber sie wird überlagert durch eine neue, sehr viel komplexere und in Ansätzen transnationale Form der flexiblen Ausnutzung globaler Verwertungsbedingungen. Der globale Süden fungiert keineswegs nur wie im Fordismus als Rohstofflieferant für die verarbeitenden Industrien des Nordens. Vielmehr sind auch in der ›Peripherie‹ Hochtechnologiezentren entstanden. Gleichzeitig sind durch die Illegalisierung sowie den allgemeinen Abbau von Rechten der Lohnabhängigen in manchen Bereichen des globalen Nordens Arbeits- und Lebensbedingungen entstanden, die sich nur geringfügig von denen des Südens unterscheiden«. *Buckel et al.*, in: *Kämpfe um Migrationspolitik* (2014), S. 36.
- 352 Vgl. hierzu *Mönch, Arbeit, Subjekt, Widerstand* (2018), S. 307; *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 165.

mern zunehmend verwischt. Er zeigt sich aber auch in der allgemeinen »Fragmentierung der Öffentlichkeit«, bei der im Zuge der zunehmenden Digitalisierung der Öffentlichkeit der klassischen ordnungspolitischen Verwaltung keine einheitliche Öffentlichkeit mehr gegenübertritt, in die eingegriffen werden könnte<sup>353</sup> und die zu einer »Desaggregation des herkömmlichen Parteiensystems«<sup>354</sup> führt. Den Blick auf die Steuerungsverwaltung der deutschen Flüchtlingsunterbringung zu richten, bedeutet jedoch nicht, die rechtliche Regelung der Unterbringung auf ihren Steuerungsgehalt zu reduzieren und sie als Ausdruck der ordnungspolitischen Rationalität zu verleugnen. Sie kann aber die Verwaltungsformen und -handlungen sichtbar machen, die sich in der Praxis nicht durch eine ordnungsrechtliche Rationalität beschreiben lassen.<sup>355</sup> Genauso wird das ordnungspolitische Fundament der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung nicht durch neuartige Verwaltungspraxen abgeschafft, ebenso wie dies für das Migrationsverwaltungsrecht insgesamt gilt:

Auf der Grundlage dieser Abstufung ergibt sich die Qualifizierung des Migrationsrechts als einem Beispiel für die hoheitlich-imperative Aufgabenwahrnehmung im Besonderen Verwaltungsrecht – obgleich das ordnungsrechtliche Modell des liberalen Rechtsstaats im Ausländer- und Asylrecht zu keinem Zeitpunkt eine Verwirklichung in Reinform erfuhr. Immer umfassten das Ausländer- und Asylrecht auch Aspekte der staatlichen Lenkung und Leistung. Letztere wurden aufgrund der jüngeren Reformen ausgebaut und durch neuartige Elemente einer Kooperation mit gesellschaftlichen Akteuren ergänzt. [...] Allerdings sollte der spätere Fokus auf neuartige Regelungsstrukturen nicht den Fortbestand einer ordnungsrechtlichen Fundierung als Ausgangs- und Bezugspunkt der Neuordnung verdecken.<sup>356</sup>

Teil der Reform der Verwaltungsrechtswissenschaft ist dabei auch die Arbeit mit Schlüsselbegriffen, Typen und Leitbildern.<sup>357</sup> Leitbilder finden

<sup>353</sup> Vesting beschreibt diese Tendenz wie folgt: »Mit dem digitalisierten Raum des Netzes hat sich eine ›emergente Ordnung‹ gebildet, die durch Prozesse ›spontane[r] Ordnungsbildung‹ jenseits ›formaler Institutionalisierung‹ bestimmt ist«, *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 172.

<sup>354</sup> *Vesting, Staatstheorie* (2018), S. 173.

<sup>355</sup> »Die Erkenntnisse der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Reformdebatte erlauben Rückschlüsse für das bessere Verständnis des Migrationsverwaltungsrechts. Umgekehrt veranschaulicht das Migrationsrecht die Erneuerung des Grundmodells einer hoheitlich-imperativen Aufgabenwahrnehmung im Besonderen Verwaltungsrecht«. *Thym, Migrationsverwaltungsrecht* (2010), S. 31.

<sup>356</sup> *Thym, Migrationsverwaltungsrecht* (2010), S. 37.

<sup>357</sup> »Gerade diese eher kreative Verwaltungsrechtswissenschaft arbeitet nun häufig mit Begriffen, die zumindest als Rechtsbegriffe nicht von vornherein

sich dabei beispielsweise in der Deregulierung staatlichen Einflusses, der Privatisierung verschiedener Verwaltungsbereiche und der Aktivierung durch den Staat.<sup>358</sup> Eines der Leitbilder der *Neuen Verwaltungswissenschaften* ist der sogenannte aktivierende Gewährleistungsstaat.<sup>359</sup> Als Leitbild ist er nicht in Reinform in der Rechtswirklichkeit vorzufinden, allerdings lassen sich mit seiner Hilfe aktuelle Verwaltungspraxen der deutschen Flüchtlingsunterbringung darstellen. Bevor genauer auf die Ausprägungen dieses Leitbilds des aktivierenden Gewährleistungsstaates eingegangen wird, sollen zunächst die föderalen Bedingungen, unter denen das Leitbild in der Flüchtlingsunterbringung wirken kann, erörtert werden. Diese sind durch eine in unterschiedlichem Maße ausgeprägte Dezentralität der Verwaltung der Flüchtlingsunterbringung geprägt, deren rechtliche Ausgestaltung im Folgenden im Fokus steht.

*a. Dezentrale Unterbringung:  
(Fehlende) Rechtliche Definitionen der Unterbringungsformen*

Verschiedene Forschungsstudien haben zuletzt auf die starken regionalen Unterschiede in der kommunalen Flüchtlingspolitik hingewiesen.<sup>360</sup> Diese röhren bereits aus der föderalen Verantwortungsaufteilung in der Flüchtlingsunterbringung, bei der nach § 44 Abs. 1 AsylG die Länder verpflichtet sind, »für die Unterbringung Asylbegehrender die dazu erforderlichen Aufnahmeeinrichtungen zu schaffen und zu unterhalten sowie entsprechend ihrer Aufnahmefähigkeit die im Hinblick auf

etabliert sind. Das sind die Schlüsselbegriffe, Typen oder Modelle und eben auch ›Leitbilder‹«, Baer, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), S. 224. Siehe auch: Schuppert, Staat als Prozess (2010), S. 140ff.; Franzius, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 4 Rn. 23ff. Zu diesen Schlüsselbegriffen gehört auch der Begriff der Steuerung selbst, den Baer zumindest 2004 nach wie vor als im Entstehen verortet, Baer, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), S. 225.

<sup>358</sup> Voßkühle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 1 Rn. 57ff.

<sup>359</sup> Eine Übersicht zur Literatur findet sich bei Franzius, Gewährleistung im Recht (2009), S. 6ff. Derselbe durchaus kritisch zum Begriff des Gewährleistungsstaats: Franzius, Der Staat 2003, 493. Die folgenden Überlegungen zum Gewährleistungsstaat beruhen auf den Ausführungen von Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006).

<sup>360</sup> Aumüller et al., Die Aufnahme von Flüchtlingen in den Bundesländern und Kommunen (2015); Wendel, Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland (2014); Schamann/Kühn, Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland (2017).

den monatlichen Zugang Asylbegehrender in den Aufnahmeeinrichtungen notwendige Zahl von Unterbringungsplätzen bereitzustellen«. Konkurrenz dazu besagt § 10 AsylbLG, dass »[d]ie Landesregierungen oder die von ihnen beauftragten obersten Landesbehörden die für die Durchführung dieses Gesetzes zuständigen Behörden und Kostenträger [bestimmen] und Näheres zum Verfahren festlegen [können], soweit dies nicht durch Landesgesetz geregelt ist«. Während die Pflichten der Asylbegehrenden in Bezug auf das Wohnen demnach größtenteils bundesweit ausgestaltet werden (die ordnungspolitische Rationalität ergibt sich aus dem AsylG), ist die konkrete Verwaltungsorganisation der Unterbringung den Bundesländern überlassen. Diese haben zum Großteil eigene Landesaufnahmegerüste erlassen und geben die ihnen obliegenden Ausgestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Ausführungsverordnungen der Aufnahmegerüste zum Teil an die Kommunen weiter, die in den meisten Bundesländern für die Folgeunterbringung in Gemeinschaftsunterkünften verantwortlich sind. Die Kommunen weisen in diesem Zusammenhang immer wieder auf die finanziellen Belastungen hin, die die Flüchtlingsunterbringung und der Unterhalt von Sammelunterkünften verursachen. Im Folgenden werden, exemplarisch für die dezentrale Organisation der deutschen Flüchtlingsunterbringung, drei Aspekte in den Blick genommen: Die Dauer der gesetzlichen Wohnpflicht für Erstaufnahmeeinrichtungen, die Spielräume in der Folgeunterbringung in Gemeinschaftsunterkünften nach § 53 AsylG und die konkrete Ausgestaltung der Unterbringungsstandards in den Flüchtlingsunterkünften.

Zunächst lassen sich föderale Unterschiede in der Länge der gesetzlichen Wohnverpflichtung finden. Das AsylG gibt den Ländern die Möglichkeit, die Dauer der gesetzlichen Wohnpflicht für Erstaufnahmeeinrichtungen auf bis zu 24 Monate auszuweiten. Die gesetzliche Wohnpflicht ist bundesweit nach § 47 Abs. 1 AsylG (mit verschiedenen Ausnahmen siehe S. 201) auf 18 Monate beschränkt. 2016 wurde jedoch im Rahmen des Asylpakets II die Möglichkeit der Verabschiedung landeseigener Gesetze eingeführt, die die Pflicht in Erstaufnahmeeinrichtungen zu wohnen auf bis zu 24 Monate verlängern können. Hiervon haben beispielsweise bereits Baden-Württemberg, § 9 Abs. 1 Nr. 4. Flüchtlingsaufnahmegerüst,<sup>361</sup> und Bayern, Art. 2 Abs. 2 Aufnahmegerüst,<sup>362</sup> Gebrauch

<sup>361</sup> Gesetz über die Aufnahme von Flüchtlingen (Flüchtlingsaufnahmegerüst – FlüAG), verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuordnung der Flüchtlingsaufnahme, über die Erstattung von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 19.12.2013, GBl. S. 493.

<sup>362</sup> Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung der Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (Aufnahmegerüst – AufnG) vom 24.05.2002 (GVBl. S. 192) zuletzt geändert durch § 1 des Gesetzes vom 9.12.2022 (GVBl. S. 676).

gemacht. Hier wird also je nach Bundesland der gewährleistungsrechtliche Aspekt des Minderbedarf Erstaufnahmeeinrichtung unterschiedlich ausgestaltet: Ob Asylbegehrende in ein Bundesland verteilt werden, das eine gesetzliche Wohnverpflichtung von 18 oder 24 Monaten vorsieht, spielt für die Flüchtlingsunterbringung als Gewährleistungsrecht eine entscheidende Rolle. Differenzen in der gesetzlichen Regelung bestehen aber auch in der sogenannten Folgeunterbringung der Asylsuchenden. Während für die Schaffung und Unterhaltung der zentralen Erstaufnahmeeinrichtungen nach § 44 Abs. 1 AsylG die Länder verpflichtet sind, ist die Verantwortung für die Folgeunterbringung im Asylgesetz nicht geregelt. Dieses besagt lediglich, dass Asylsuchende, die nicht mehr verpflichtet sind, in der Erstaufnahmeeinrichtung zu wohnen, nach § 50 AsylG landesintern verteilt werden müssen, und dass diese Verteilung »in der Regel« auf Gemeinschaftsunterkünfte erfolgen soll, § 53 Abs. 1 S. 1 AsylG. Auch wenn die Regelvorgabe aus § 53 Abs. 1 S. 1 AsylG einen engen Rahmen für die Folgeunterbringung zu setzen scheint, zeigen die rechtliche Ausgestaltung durch Landesgesetze und Durchführungsverordnungen sowie die praktische Umsetzung auf kommunaler Ebene, dass ein relativ weiter Ermessensspielraum besteht. Wie die Folgeunterbringung tatsächlich ausgestaltet ist, liegt an verschiedenen Faktoren, die von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein können.

Dabei bestehen erste Unterschiede darin, ob das Land, der Regierungsbezirk oder die Kommune für die Folgeunterbringung verantwortlich ist. Die Zahl der »Zuständigkeits-Ebenen« der Flüchtlingsunterbringung variiert je nach Bundesland von einer bis drei.<sup>363</sup> Berlin und Hamburg etwa betreiben ein einstufiges Unterbringungssystem, bei dem die Landesregierungen nicht nur für die Erstaufnahmeeinrichtungen, sondern auch für die weitere Unterbringung nach der landesinternen Verteilung verantwortlich sind.<sup>364</sup> Weiter verbreitet ist das zweistufige Unterbringungssystem, bei dem die Asylbewerberinnen und -bewerber von den Erstaufnahmeeinrichtungen des Landes in die Kommunen verteilt werden;<sup>365</sup> Bayern, Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern und

<sup>363</sup> Eine umfassende Auflistung aus dem Jahr 2014 findet sich bei *Wendel*, Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland (2014), S. 59f.

<sup>364</sup> Für Berlin ist bspw. das Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten für die Unterbringung zuständig: § 2 Gesetz zur Errichtung eines Landesamtes für Flüchtlingsangelegenheiten und zur Anpassung betroffener Gesetze vom 14.03.2016 (GVBl. S. 93) i.V.m. § 4, Anlage Nr. 14 (16) Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung vom 22.07.1996 (GVBl. S. 302, 472), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.05.2022 (GVBl. S. 191).

<sup>365</sup> § 1 des Niedersächsischen Aufnahmegerichtes besagt beispielsweise, dass Asylsuchende in die Gemeinden verteilt werden können. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 2 Landesaufnahmegericht Hessen.

Schleswig-Holstein arbeiten mit einem dreistufigen Unterbringungssystem. Hierbei erfolgt zunächst die Verteilung auf die Regierungsbezirke, dann auf die Gemeinden und Kommunen.<sup>366</sup>

Die Asylsuchenden sollen nach § 53 AsylG »in der Regel« auf Gemeinschaftsunterkünfte verteilt werden. Aber auch hier bleibt ein Ermessensspielraum offen, den die Länder teilweise mit Gesetzen, teilweise mit Durchführungsvorschriften unterschiedlich ausgestaltet haben. So unterscheiden sich die Landesgesetze darin, ob sie die bundesgesetzliche Regel-Vorgabe der Unterbringung in der Gemeinschaftsunterkunft stützen oder aufweichen. Während Bayern beispielsweise in Anlehnung an § 53 AsylG in Art. 4 Aufnahmegeretz<sup>367</sup> festschreibt, dass Asylsuchende in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden »sollen«, besagt § 3 Abs. 1 Landesaufnahmegeretz Hessen,<sup>368</sup> dass die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften oder anderen Unterkünften erfolgen »kann« und weicht damit von der Soll-Regelvorgabe auf Bundesebene ab. Bestehen Regel-Vorgaben für die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, gehen diese meist damit einher, dass die Landesgesetze mögliche Ausnahmen, die einen Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft begründen können, explizit benennen.<sup>369</sup> Die »Soll-Vorschriften« der Landesgesetze haben darüber hinaus nicht notwendigerweise zur Folge, dass die Asylsuchenden auf *kommunaler* Ebene in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden. In Thüringen gab es beispielsweise 2012 mehrere Kreise, die Asylsuchende zu 100% in Wohnungen untergebracht haben, obwohl § 2 Thüringer Flüchtlingsaufnahmegeretz<sup>370</sup> vorschreibt, dass Asylsuchende in der Regel in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden sollen.<sup>371</sup>

Große kommunale Gestaltungsspielräume bestehen schließlich nicht nur in der Frage des »ob« bezüglich der Unterbringung in Wohnungen

<sup>366</sup> Bayern verteilt die Asylsuchenden nach Art. 3 Bayerisches Aufnahmegeretz i.V.m. § 5 Bayerische Asyldurchführungsverordnung auf Regierungsaufnahmestellen in den Regierungsbezirken und im Anschluss auf die Gemeinschaftsunterkünfte in den Gemeinden.

<sup>367</sup> Siehe Kapitel C, Fn. 362.

<sup>368</sup> Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung von Flüchtlingen und anderen ausländischen Personen vom 5.07.2007 (GVBl. S. 399), geändert durch Gesetz vom 27. September 2012 (GVBl. S. 29).

<sup>369</sup> Art. 4 Abs. 5 Bayerisches Aufnahmegeretz nennt vier Ausnahmefälle für den Auszug aus der Gemeinschaftsunterkunft, darunter Krankheit und Schwangerschaft.

<sup>370</sup> Thüringer Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung von Asylbewerbern und anderen ausländischen Flüchtlingen vom 16.12.1997 (GVBl. S. 541) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.09.2016 (GVBl. S. 486).

<sup>371</sup> Schamann und Kühn nennen Beispiele in Thüringen, wo trotz einer Soll-Vorschrift zur Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften einige Kommunen

oder in Sammelunterkünften, sondern auch in der Frage des »wie« durch die Festlegung von landesweiten oder kommunalen Mindeststandards. Die Hälfte der Bundesländer haben eigene Vorschriften für Mindeststandards in der Flüchtlingsunterbringung entwickelt,<sup>372</sup> die beispielsweise die Wohnfläche, die Zimmerbelegung, Gemeinschaftsräume, Spielgelegenheiten für Kinder, Lage und Größe der Einrichtungen und Betreuungspersonal beinhalten.<sup>373</sup> Die Ausgestaltung sowie Kontrolle dieser Standards unterscheiden sich jedoch erheblich.

So sind Mindeststandards in einigen Ländern wie Thüringen oder Baden-Württemberg gesetzlich durch Aufnahmegerüte oder Ausführungsverordnungen festgelegt. § 5 der Verordnung des Innenministeriums über die Durchführung des Flüchtlingsaufnahmegerütes Baden-Württemberg (DVO FlüAG) schreibt zum einen Standards innerhalb der Gemeinschaftsunterkünfte vor, wie etwa getrennte Sanitärbereiche, Gemeinschaftsräume oder Freizeitanlagen. Zum anderen besagt § 5 Abs. 1 DVO FlüAG, dass die Unterbringung in einen im »Zusammenhang bebauten Ortsteil oder im Anschluss daran eingerichtet werden« soll, um »den Bewohnerinnen und Bewohnern von Gemeinschaftsunterkünften und Wohnungen eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen«. Dass die Lage der Unterkunft in Baden-Württemberg gesetzlich festgeschrieben wird, ist insofern relevant, als die neuen baurechtlichen Regelungen im Rahmen der Asylverfahrenbeschleunigungsgesetze und Änderungen im Baugesetzbuch durch das Gesetz zur erleichterten Unterbringung von Geflüchteten<sup>374</sup> den Bau von Asylbewerberunterkünften und die Errichtung befristeter mobiler Unterkünfte, wie etwa Wohncontainer oder Zelte, auch außerhalb bebauter Ortsteile in Gewerbegebieten, ermöglicht haben.<sup>375</sup> Andere Bundesländer wie Hamburg verfügen zwar über keine verbindlichen Mindeststandards, dafür ist ein landesweites Gewaltschutzkonzept inklusive regelmäßiger Monitoring und Clearing-Verfahren für die Erkennung besonders schutzbedürftiger

auf eine vollständige Unterbringung in Wohnungen setzen. *Schamann/Kühn, Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland (2017)*, S. 12.

<sup>372</sup> Vgl. *Wendel, Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland (2014)*, S. 35.

<sup>373</sup> *Schamann/Kühn, Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland (2017)*, S. 12.

<sup>374</sup> Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen vom 20.11.2014, BGBl. I Nr. 53 2014, S. 1748.

<sup>375</sup> *Lange, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2016*, S. 75. Die menschenrechtliche Verpflichtung, faktischen Zugang zur kommunalen Infrastruktur zu gewährleisten, gebietet es jedoch auch, die Unterbringung von Geflüchteten an Stadträndern oder außerhalb städtischer Infrastruktur nur als äußerstes Notmittel zu erwägen, vgl. *Cremer, Menschenrechtliche Verpflichtungen bei der Unterbringung von Flüchtlingen (2014)*, S. 6.

Gruppen etabliert.<sup>376</sup> Insgesamt sind mehrere Bundesländer auf die Vorgaben für die Unterbringung schutzbedürftiger Menschen nach der Aufnahmerichtlinie eingegangen und haben entsprechende Leitlinien in den Aufnahmegesetzen oder Durchführungsverordnungen erlassen.<sup>377</sup> In Berlin lässt sich hingegen ein detaillierter Katalog an Mindestanforderungen für den Betrieb von Unterkünften als Anlage zum Betreibervertrag finden, der ebenfalls regelmäßige Überprüfungen der Standards festlegt.<sup>378</sup> Schließlich gibt es Bundesländer, die weder verbindliche Mindeststandards noch Gewaltschutzkonzepte festgelegt haben.<sup>379</sup> In diesen Fällen bestehen große Schwankungen in der Qualität der Unterkünfte innerhalb des Bundeslandes, für die ausschlaggebend ist, ob einzelne Städte oder Kommunen Leitlinien in der Unterbringung verabschiedet haben.<sup>380</sup>

*b. Das Leitbild des aktivierenden Gewährleistungsstaats:  
Meta-Regulierung durch Netzwerke, Ombudspersonen  
und Kooperation mit Privaten*

Der Dezentralisierung der rechtlichen Regelungen zur Flüchtlingsunterbringung folgt, wie gesehen, auch eine Flexibilisierung der Organisationsformen. Die Vielzahl der Regelungen deutet auf eine Verwaltungsorganisation hin, die nicht mithilfe von formellen Landesgesetzen sämtliche relevanten Aspekte der Unterbringung unmittelbar rechtlich reguliert. Die aufscheinende Verwaltungsorganisation forciert damit auch nicht in erster Linie den individuellen Rechtsschutz der Asylsuchenden durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Verwirklichung subjektiver Gewährleistungsrechte. Vielmehr zeigt sich hier eine Verwaltungspraxis, die einen gesetzlichen Rahmen schafft, in dem die *Selbstregulierung* der Akteure in der Flüchtlingsunterbringung stattfinden kann. Passend erscheint hier das Leitbild des aktivierenden Gewährleistungsstaats. Das Leitbild des aktivierenden Gewährleistungsstaats lässt sich als eine von verschiedenen Reaktionen auf die Krise des Ordnungsrechts verstehen. Der Staat greift im Leitbild des aktivierenden Gewährleistungsstaats nicht mehr lediglich unmittelbar regulierend

<sup>376</sup> Vgl. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg Drucksache 21/4174, Unterrichtung durch die Präsidentin der Bürgerschaft vom 25.04.16, S. 12.

<sup>377</sup> Eine Auflistung landesrechtlicher Maßnahmen findet sich im Anhang bei *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Menschenrechtsbericht (2016).

<sup>378</sup> Mustervertrag des Landes Berlin »über den Betrieb einer Unterkunft und die Betreuung der wohnenden Flüchtlinge und Asylbewerberinnen und Asylbewerber (Betreibervertrag)«, Stand Dezember 2016.

<sup>379</sup> Für Niedersachsen: *Hess/Elle*, Leben jenseits von Mindeststandards (2018).

<sup>380</sup> *Hess/Elle*, Leben jenseits von Mindeststandards (2018), S. 11ff.

ein, sondern versucht Bürgerinnen und Bürger durch »Metaregulierung« zu aktivieren:

Der aktivierende Staat löst sich aus der Tradition des Obrigkeitstaates, in dem allzu aktive Bürgerinnen und Bürger stören. Er stellt sich in die Tradition des liberalen Staates, da er die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger betont, setzt aber einen Schwerpunkt nicht schlicht bei der Freiheit, sondern schon bei der Ermöglichung ihrer Inanspruchnahme.<sup>381</sup>

Diese Metaregulierung lässt sich in der Verwaltungsorganisation der untersuchten Forschungsfelder nachvollziehen. Grundsätzlich ist die Metaregulierung durch die mittelbare Steuerung gekennzeichnet, bei der unabhängig von der rechtlichen Form des Verwaltungshandelns »entscheidend ist, wieviel Raum sie Privaten lässt, um relativ autonom zu wirken«.<sup>382</sup>

Insbesondere die Metaregulierung durch *Organisation* und die Metaregulierung durch *Verfahren* lassen sich dabei in der Verwaltungsorganisation der Flüchtlingsunterbringung finden. Die Metaregulierung durch Organisation ist dabei primär von der Kooperation des aktivierenden Staats mit Privaten geprägt. Der Staat handelt in diesem Zusammenhang tendenziell »konsensual, wird Moderator, Partner, Katalysator und Anwalt schwacher Interessen, auch Aktivator und Schiedsrichter«.<sup>383</sup> Die Trennung von Staat und Gesellschaft, wie sie die Idee des gesellschaftlichen Ungleichheiten ausgleichenden Sozialstaats bereits hinterfragt, wird im aktivierenden Gewährleistungsstaat zusätzlich dekonstruiert: Der Staat begreift die Gesellschaft nun nicht mehr nur als Bedingung seines Wirkens, sondern greift darüber hinaus zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf gesellschaftliche Private zurück. Diese können durch die Übernahme ehemals staatlicher Aufgaben »staatsähnliche Machtpositionen«<sup>384</sup> erhalten. Der Feststellung, dass dem Migrationsverwaltungsrecht zum Teil nur eine »partielle« Hinwendung zum kooperativen sowie gewährleistenden Verwaltungshandeln zugesprochen werden kann,<sup>385</sup> muss für die Unterbringung widersprochen werden. Die Kooperation mit privaten Akteuren, insbesondere im Bereich der Sicherheit, hat eine zentrale Rolle in der Verwaltungsorganisation der deutschen Flüchtlingsunterbringung erlangt (hierzu mehr unter C III 2). Sichtbar wird hier

<sup>381</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 200.

<sup>382</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 224. Baer führt dazu weiter aus: »Metaregulierung ist also jede Form mittelbarer Regulierung, die der Staat nutzt, um soziale Gerechtigkeit effizient und eingedenk des anspruchsvollen Prinzips der Subsidiarität zu erreichen«. Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 224.

<sup>383</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 226.

<sup>384</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 228.

<sup>385</sup> Thym, Migrationsverwaltungsrecht (2010), S. 36.

ein konkretes Regulierungsregime,<sup>386</sup> bei dem staatliche und private Akteure zusammen die Verwaltungsorganisation der Flüchtlingsunterbringung betreiben.

Die Kooperation mit Privaten wird im aktivierenden Gewährleistungsstaat dabei auch durch Kommunikation organisiert, etwa in Form von Ausländerbeauftragten oder Ombudspersonen. Diese sind nicht darauf ausgerichtet, stellvertretend für die Privaten Rechtsschutz zu erlangen, sondern sollen vielmehr Private darin unterstützen,

Interessen selbst durchzusetzen. Es ist daher im aktivierenden Staat konsequent, Beauftragten beispielsweise keine Klagerechte zu geben, während beispielsweise ein paternalistischer Sozialstaat genau das um den Preis der Entmündigung derjenigen, in deren Interesse geklagt werden soll, tun würde.<sup>387</sup>

Diese Aktivierung durch Kommunikation stößt jedoch spätestens dann an ihre Grenzen, wenn etwa Ausländerbeiräte zwar ein Recht auf Vorlage ihrer Stellungnahme haben, diese jedoch nicht zwingenderweise in die Entscheidungen der kommunalen Entscheidungsgremien einbezogen werden muss.<sup>388</sup> Metaregulierung des aktivierenden Staates lässt sich aber auch in Organisationsformen finden, in denen staatliche Stellen mit Privaten zusammenarbeiten, etwa durch Runde Tische oder ein Quartiersmanagement, bei dem beispielsweise durch Vernetzung verschiedener Interessensgruppen in Quartieren, die die Verwaltung als entwicklungsbedürftig einschätzt, die Aktivierung der ansässigen Bürgerschaft hin zu einer Veränderung der Bezirke ›von unten‹ erreicht werden soll.<sup>389</sup> Nicht zuletzt deshalb bedarf das Personal des aktivierenden Gewährleistungsstaats »ausgeprägte[r] kommunikative[r] Kompetenzen«, es muss »managen« können und »Netzwerke gestalten«. Gesteuert werden soll hier »weniger durch Weisung und eher durch das Gespräch«.<sup>390</sup> Damit verändern sich kongruent zu den Rollen von Staat und Bürgerinnen und Bürger auch ihre klassischen Orte: Während das lokale Bürgeramt im aktivierenden Gewährleistungsstaat zum primären Ansprechpartner wird, wird das Ehrenamt zum Ort der aktiven Bürgerinnen und Bürger – auch wenn gerade das Beispiel des Ehrenamtes die Vielfalt verwaltungsrechtlicher Leitbilder sichtbar macht.<sup>391</sup>

<sup>386</sup> Eifert, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 19 Rn. 12.

<sup>387</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 231.

<sup>388</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 232.

<sup>389</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 233.

<sup>390</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 251.

<sup>391</sup> Baer geht in diesem Zusammenhang auf die zahlreichen Pflichten ein, die Ehrenamtliche treffen, ebenso wie die »relative Abwertung ehrenamtlicher Tätigkeit in einer Gesellschaft, die beispielsweise soziale Sicherung immer

Die *Metaregulierung durch Verfahren* ist im aktivierenden Gewährleistungsstaat entsprechend davon geprägt, dass der Staat sich darauf beschränkt, einen rechtlichen Rahmen zu gewährleisten, in dem sich Private selbst regulieren. Er steuert so die Erfüllung öffentlicher Interessen mittelbar. Dies geschieht, indem etwa interne Beauftragte für spezifische Gemeinwohlbelange eingesetzt werden müssen oder indem der Staat die Aufsicht über die Aufgabenerfüllung beibehält: »Er [der Staat] bedient sich des Mittels einer spezifisch gefassten Aufsicht, um fortlaufend und nachträglich Akteure zu steuern, die ansonsten selbstständig öffentliche Aufgaben erfüllen«.<sup>392</sup>

Diese netzwerkartigen Kommunikationswege der aktivierenden Verwaltung finden sich auch im Interview mit einer/m Behördenmitarbeitenden wieder:

I: Mich interessiert, wie entsteht so eine Unterkunft, wie sind die Kommunikationswege, wie muss ich mir das bildlich vorstellen, so eine Eröffnung von einer Unterkunft? #oo:03:36-9#

B: Wie muss man sich das vorstellen? Sie brauchen erstmal eine geeignete Immobilie. Da muss ein Dach drüber sein, da muss es Wasser geben, da muss es Strom geben. Dann müssen Sie dafür sorgen, dass, auf welchen Wegen auch immer, geeignete Schlafplätze da sind, das waren am Anfang dann Pritschen, die irgendwo besorgt werden. Und dann sollte man jemanden haben, eine Organisation wie auch immer, die in der Lage ist, den Betrieb einer solchen Unterkunft in den kommenden Wochen zu gewährleisten. Soweit die Theorie. [...] #oo:06:20-0#

I: Und das heißt, man sucht sich zuerst einen Betreiber und dann spricht man wahrscheinlich auch mit der [kommunale Untereinheit]? #oo:06:28-5#

B: Ja, auf alle Fälle, das darf man sich nicht so vorstellen, dass dann da einer sitzt, der dann alles entscheidet. Das, was Verwaltung in [Ort] in den vergangenen zwei, drei Jahren gelernt hat, ist, dass man ressortübergreifend arbeiten muss. Da hat diese wirklich schwierige Situation in der Flüchtlingshochphase dazu geführt, dass sich sehr sehr viel verändert hat. Wir hatten vor drei Wochen zum Beispiel ein Anwohnerbeteiligungsgespräch in [Ort]. Mit 250 Bewohnern. Mit sechs, sieben verschiedenen Verwaltungen. Das war eine sehr laute, sehr intensive Auseinandersetzung mit Informationsinseln, wo ich gedacht hab, das wäre vor drei Jahren so gar nicht möglich gewesen, dass man sich ressortübergreifend mit den Bürgerinnen und Bürgern auseinandersetzt über bestimmte Entwicklungen, in diesem Fall Flüchtlingshilfe. Weil singuläres Dasein passt nicht, wir werden immer irgendwo Schnittstellen finden. Deswegen ist

noch weitgehend an Erwerbsarbeit koppelt«. Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 230.

392 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 246.

die Arbeit mit den Geflüchteten, wo ja viele Behörden zusammenarbeiten, denken Sie bitte an Schule, denken Sie an Jugend, denken Sie an Gesundheit, denken Sie bitte an Arbeit und alles alles alles, das ist ja auch gewachsen. Da gab es ja auch einen Schub. Einen Schub, der Menschen dazu gebracht hat, sich zu bewegen und zu sagen, hm, eigentlich stimmt das. Wenn ich da selber vor mich hinplane und dann jemanden finde, der das politisch mitträgt, habe ich ja die anderen noch gar nicht mit-einbezogen. Ich glaube, dass da schon eine andere Offenheit mittlerweile herrscht. Andere miteinzubeziehen. #00:08:20-3#

I: Wenn Sie sagen, es hat sich verändert, haben Sie noch weitere Beispiele, wie sich die Kommunikationswege verschränkt haben? Also hat sich das materialisiert, gibt es da jetzt sowas wie regelmäßige Treffen? #00:08:33-5#

B: Also wenn Sie zum Beispiel jetzt die ganzen Umzüge nehmen, in [Ort] haben ja auch schon Umzüge stattgefunden. Heute, Stand [Zeit], leben dort 220 Personen. Da haben mal mehr gewohnt. Die sind ja ausgezogen, umgezogen, weggezogen. Bei großen Umzügen, die wir planen, ist es selbstverständlich, dass der abgebende und der aufnehmende [Ort], vor allen Dingen Jugend, Kindergärten, Schule, aber auch in anderen Bereichen, Arbeit, was auch immer da sein könnte, die sind da, die werden vorab informiert. Wer kommt da, was sind das für Leute, welche Familienstrukturen. Welche Hintergründe, nationalitätenmäßig und und und. Dass man diesen Datenaustausch hat. Ich glaube, dass das bei allen Reibereien, die es geben mag, weil einer sagt, ich hab' hier noch zu wenig Schulplätze, und es kann doch nicht sein, dass hier so viele alleinreisende Männer kommen, es waren doch Familien abgemacht, dass man da mittlerweile Wege findet in der Kommunikation, die immer noch verbessert werden können, wie das halt bei Kommunikation ist. Dass es in Ordnung ist, vorher mal anzurufen, »Leute, ich hab' damit ein Problem, können wir da vorher noch was anderes finden, weil mein Vorgesetzter da auch ein Problem damit hat, wenn der ein Problem hat, hab ich auch ein Problem, aber wenn ich ihm eine Alternative anbieten kann, kriegen wir die Kuh vielleicht vom Eis-. Finde ich eigentlich schlau. Ich glaub', das ist auch das, was die Bürgerinnen und Bürger von einer Behörde erwarten dürfen. Dass die hart arbeiten und sich, wenn der eine Weg vielleicht nicht so optimal ist, vielleicht Gedanken machen, ob es nicht noch einen zweiten oder dritten Weg gibt. Und dann muss man vielleicht gucken, ob man aus diesen eins, zwei, drei potenziellen Wegen einen vierten schustert. Das ist das, was die von uns erwarten. Und dass wir das auch ernst nehmen, wenn die sagen, der erste Weg gefällt uns nicht, dann bitte den zweiten oder dritten Weg. Hier sind so viele Kinder, wieso sind hier so viele Kinder? Gut, dann können wir ihnen alleinreisende junge Männer anbieten. Ja die wollen wir aber auch nicht, dann fängt es an, schwierig zu werden. Weil die netten 16, 17, 18-jährigen syrischen Mädchen, die vielleicht als Aupair oder als Haushaltshilfe bei Ihnen arbeiten,

haben wir so nicht. Da müssen wir jetzt was finden, wie wär's, wenn wir einen Kompromiss machen. Also die Menschen sind nicht unzugänglich, sie möchten aber, dass sie gehört werden, dass man ihnen aufmerksam zuhört, und dass man ihnen wenigstens ein Stück weit entgegenkommt, damit sie merken, ja, die andere Seite hat sich auch bewegt. Und das versuchen wir. #00:11:15-0#

Deutlich wird insbesondere am Ende des Zitats der »Dienstleistungscharakter« der aktivierenden Verwaltung. Auffällig ist dabei, dass das Gegenüber der aktivierenden, kommunikativen Verwaltung, wie sie von dem/der Behördenmitarbeiter/in beschrieben wird, stets die Bürgerinnen und Bürger, nicht jedoch die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte selbst sind. Die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte werden insofern weniger als anzusprechendes Subjekt der kommunikationsoffenen Verwaltung, sondern vielmehr als zu verwaltende Objekte adressiert. Diese Tendenz wird jedoch, so wird sich zeigen, durch aktivierende Praxen, insbesondere in Bezug auf die Arbeitsvermittlung, konterkariert.

Auf drei Aspekte des aktivierenden Gewährleistungsstaats wird im Folgenden näher eingegangen, da sie sich in der empirischen Forschung als besonders relevant herausgestellt haben: Die Privatisierung der Aufgabenerfüllung, die Aktivierung der Bewohnerinnen und Bewohner und die Flexibilisierung rechtlicher Regulierung. Dabei wird sich zeigen, dass auch die Organisation der Flüchtlingsunterbringung im Sinne der Rationalität des aktivierenden Gewährleistungsstaats selten in Reinform vorzufinden ist. Vielmehr führt sie in Kombination mit dem ordnungspolitischen Fundament teilweise zu paradoxen Ergebnissen.

## 2. Privatisierung

Die Steuerungsdebatten der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft beinhalten die Privatisierung ehemals staatlicher Aufgaben als elementaren Bestandteil.<sup>393</sup> Diskutiert werden dabei unterschiedliche Formen der Privatisierung, bei denen der Rechtsstaat eine öffentliche Aufgabe entweder gänzlich dem freien Markt überlässt oder in denen er in der Aufgabenausführung zwar mit privaten Akteuren kooperiert, jedoch die

<sup>393</sup> Exemplarisch mit Verweisen auf weitere Literatur: *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 12 Rn. 91ff.; *Voßkuhle*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation* (2012), § 1 Rn. 58 ff.; *Baer*, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 197ff.; *Knauff*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge* (2004), S. 60ff.

Hoheitsgewalt und die Kontrolle über die selbstregulierte Aufgabenerfüllung beibehält. Hierbei ist zunächst wichtig festzuhalten, dass der Rechtsstaat im Rahmen zunehmender Privatisierung nicht als rechtlich konstruierende Instanz verschwindet. Vielmehr verschieben sich Machtstrukturen im Zuge der Privatisierungsprozesse – und produzieren wiederum spezifische Rechtssubjektkonstruktionen bzw. Subjektivierungsprozesse. Das Recht schafft dann etwa die Bürgerkonstruktion des autonomen Bürgers, der ›rational‹ unter verschiedenen Vertrags-Optionen auswählt, im Gegensatz zum Bild eines abhängigen Konsumenten im Wohlfahrtsstaat.<sup>394</sup> Auch innerhalb rechtlicher Privatisierungsdebatten werden so unterschiedliche Bilder der Rechtssubjekte konstruiert, die durchaus widersprüchlich sein können: Die Privatisierung wohlfahrtsstaatlicher Leistungen kann etwa dem paternalistischen Bild des unselbständigen Konsumenten folgen, während die Privatisierung anderer Bereiche wie der Bildung rational entscheidende und damit autonome Bürgerinnen und Bürger konstruiert.<sup>395</sup> Am Beispiel der rechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs lässt sich hingegen erkennen, wie der Rechtsstaat zugleich strafrechtlich stark regulierend und gewährleistungsrechtlich privatisierend eingreift, Schwangerschaftsabbrüche also einerseits strafrechtlich sanktioniert und zugleich die Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen privatisiert und aus der gesetzlichen Krankenkassenversorgung herausnimmt.<sup>396</sup> Hier stützt die Privatisierung nicht das Bild einer rational entscheidenden, sondern vielmehr einer potenziell fehlerhaft entscheidenden Bürgerin. Die Privatisierung dient dann dazu, zusätzlich zur strafrechtlichen Sanktionierung moralisch-rechtliche Prämissen durchzusetzen, indem der Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen erschwert wird.<sup>397</sup>

394 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 129.

395 Abrams, in: Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility: A Comparative Perspective (2016), S. 11ff.

396 Im deutschen Recht wird die Sanktionierung des Schwangerschaftsabbruchs einerseits in §§ 218ff. Strafgesetzbuch geregelt, während der Ausschluss des Schwangerschaftsabbruchs als gesetzliche Krankenkassenleistung in § 20 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz normiert wird.

397 Abrams beschreibt das Subjekt der Privatisierung von Schwangerschaftsabbrüchen wie folgt: »The assumptions of autonomy and decision-making capacity that often underlie institutional privatization regimes, and that informed early abortion decisions, have been eroded: the subject of privatization envisioned by the Court is changing. Yet the autonomous, decision-making subject has not been replaced by the opportunistic, manipulative chooser envisioned by supporters of welfare reform. Instead, the subject of state abortion regulation is conceived as a flawed and incapable chooser«. Abrams, in: Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility: A Comparative Perspective (2016), S. 18.

Ähnlich komplex verhält es sich bei der Privatisierung der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland. Große Teile der Flüchtlingsunterbringung sind (inzwischen) privatisiert. Der Betrieb der Unterkünfte wird dabei, wie auch im Fall der zwei Forschungsfelder, von privaten Firmen organisiert. Dabei zeigt sich die Komplexität der Privatisierung etwa bereits dann, wenn die kommunalen Unterbringungsbehörden als quasi-Vermieter vom Sozialstaatsgebot entkoppelte »Schuldanerkenntnisse« oder »Gebühren« verlangen, die bei bis zu 25 € für den Quadratmeter liegen, und die für Bewohnerinnen und Bewohner anfallen, die zwar in der Flüchtlingsunterkunft leben, aber einer Lohnarbeit nachgehen.<sup>398</sup> Die Bewohnerinnen und Bewohner werden dabei als Pflichtempfängerinnen und -empfänger zunächst in eine Massenunterbringung gezwungen, für die sie dann als Mieter überhöhte Kosten zahlen sollen. Insbesondere im Bereich der Sicherheit scheint jedoch die Komplexität der Privatisierung deutlich auf. Die Privatisierung der Sicherheit ist ein im Zuge sich ändernder Staatlichkeit zunehmendes Phänomen, das über Sicherheitsdienstleistungen wie die Bewachung von öffentlichen Gebäuden hinaus bis zur privaten Kriegsführung reicht.<sup>399</sup> Der Bundesverband für Sicherheitswirtschaft gibt etwa den Anteil der Beschäftigten in der Flüchtlingsunterbringung mit 10% als drittgrößte Säule des privaten Sicherheitsgewerbes in Deutschland an (nach der Arbeit an Empfangsdiensten und im Objekt- und Werkschutz).<sup>400</sup> Die Privatisierung der Sicherheit führt dabei ganz allgemein zu einer Segmentierung und Differenzierung normativer Rationalitäten, die auf die Rechtswirklichkeit und das Verhältnis der Einzelnen zum Recht Auswirkungen haben: »Das Verwischen der Grenzen zwischen Staat, Gesellschaft und privaten Akteuren erschwert zugleich den Rechtsschutz für den Bürger, da für ihn nicht unmittelbar ersichtlich ist, in wessen Zuständigkeitsbereich er sich gerade befindet und wer daher für ihn der richtige Ansprechpartner ist«.<sup>401</sup> Dies lässt sich auch am Beispiel der privatisierten Sicherheit in den Flüchtlingsunterkünften

398 Vgl. Bayerischer VGH, Beschl. v. 14.04.2021 – 12 N 20.2529 – Rn. 95 (juris), in dem die Berechnung dieser Höhe der Gebühren als mit dem Sozialstaatsgebot unvereinbar beurteilt wird, sowie für die behördliche Praxis der Schuldanerkenntnisse in Berlin *Gerloff, Asylmagazin* 2022.

399 *Singelnstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012), S. 103.

400 Vgl. *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicher machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021).

401 *Singelnstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012), S. 104. Dieses Phänomen wird auch unter dem Stichwort der »Fragmentierung« diskutiert. Vgl. *Vesting*, Staatstheorie (2018), S. 170ff; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006); *Döhmann et al.* (Hg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – Band 77; Fragmentierungen (2018).

nachvollziehen: Während von Seite der Behördenleiter und Betreiber der Unterkünfte die Anstellung privater Sicherheitsdienste oftmals mit der Sicherheit *für* die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte begründet wird, führt sie de facto zu einer rechtlichen Prekarisierung *entgegen* der Interessen der Bewohnerinnen und Bewohner. Diese sind mit den ordnungsrechtlichen Normen des Asylgesetzes zum Wohnen in den Unterkünften verpflichtet und damit auf alltäglicher Basis mit dem privaten Sicherheitspersonal konfrontiert. Gleichzeitig erhöht die Privatisierung die Komplexität der rechtlichen Grenzen der Sicherheitsdienste in einem Maß, das das rechtliche Vorgehen gegen ein Fehlverhalten der privaten Akteure stark erschwert; teilweise agieren die Sicherheitsdienste zudem in einem verfassungsrechtlich nicht gedeckten Rahmen. Vor diesem Hintergrund ist es für ein Verständnis der Rechtswirklichkeit in den Flüchtlingsunterkünften ertragreich, die rechtliche Regelung der Privatisierung der Sicherheit in den Unterkünften in den Blick zu nehmen, wobei zunächst auf deren verfassungsrechtlichen Rahmen sowie deren rechtliche Graubereiche und Segmentierungen im Rahmen der Privatisierung eingegangen wird, die zur rechtlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner in der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte führen.

*a. Verfassungsrechtliche Normierung der Privatisierung:  
Funktionsvorbehalt und Beleihung*

Dabei agieren private Akteure in der Flüchtlingsunterbringung zunächst innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Rahmens, bei dem die Privatisierung der Sicherheit in der Flüchtlingsunterbringung verfassungsrechtlichen Grenzen begegnet. Verfassungsrechtliche Grenzen finden sich im sogenannten Funktionsvorbehalt (dazu unten mehr) nach Art. 33 Abs. 4 GG, aber auch im Demokratieprinzip und Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 GG.

Dass die Privatisierung verfassungsrechtliche Grenzen erfährt, ergibt sich dabei gerade aus ihrer ordnungspolitischen Funktion. Während die eingreifende, ordnende Verwaltung einem verfassungsrechtlichen Vorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG unterliegt, der vorsieht, dass eingreifende Maßnahmen zunächst durch Staatsbedienstete ausgeführt werden sollen, begegnet die Privatisierung des leistenden Verwaltungshandelns weniger starken verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Flüchtlingsunterbringung gehört nach § 44 Abs. 1 AsylG zur Pflichtaufgabe der Länder und Kommunen und ist in Landesaufnahmegesetzen und Gemeindesatzungen genauer geregelt.<sup>402</sup> Die Länder und Kommunen besitzen daher zwar kein

<sup>402</sup> Exemplarisch: §§ 5, 10 LaufnG Brandenburg; § 1 LaufnG Hessen; Art. 2 AufnG Bayern; siehe hierzu auch Engler, Asylmagazin 2018, S. 155 f.

Ermessen über das »ob« deren Realisierung, aber über das »wie«,<sup>403</sup> so dass die Kooperation mit privaten Akteuren in der Flüchtlingsunterbringung zunächst unproblematisch erscheinen könnte. In Bezug auf die Unterbringung von Geflüchteten als Teil der *Gewährleistungspflicht* des Staates ist die Möglichkeit verschiedener Formen der Privatisierung aus verfassungsrechtlicher Sicht tatsächlich unstrittig und gängige Praxis.<sup>404</sup> Ob in der Wasserversorgung, in Verkehrsbetrieben oder in Krankenhäusern: der Staat greift immer wieder auf die Hilfe privater Dritter für bestimmte Aufgaben zurück (funktionale Privatisierung), handelt selbst in privatrechtlichen Formen (formelle Privatisierung) oder überlässt zum Teil ganze Aufgabenbereiche der freien Marktwirtschaft (materielle Privatisierung).<sup>405</sup> Ein Blick in die Landesaufnahmegesetze zeigt, dass es sich bei der Flüchtlingsunterbringung um den Fall einer sogenannten funktionalen Privatisierung handelt, bei der staatliche Behörden private Betreiber mit der Erfüllung der Aufgabe der Unterbringung betrauen, ohne jedoch die Kontrolle darüber gänzlich dem privaten Sektor zu überlassen.<sup>406</sup>

Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet die funktionale Privatisierung der Flüchtlingsunterbringung jedoch insofern, als die Unterbringung historisch<sup>407</sup> und aktuell neben der Gewährleistung des Menschenrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auch eine »ordnungspolitische Funktion« als eine Abwehr- und Beschleunigungsmaßnahme im Asylverfahren innehalt. Wie bereits gezeigt, wird die Unterbringung als Gewährleistung des Sozialstaats in diesem Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Asylverfahren verknüpft und somit die Unterbringung als Wohnen im Rahmen der ordnungspolitischen Normierung mit zahlreichen Eingriffen in Grund- und Menschenrechte belastet. Rechtsstaatliche Eingriffe unterliegen im deutschen Recht zunächst einem in der Verfassung normierten »Funktionsvorbehalt« nach Art. 33 Abs. 4 GG. Dabei besagt Art. 33 Abs. 4 GG ganz allgemein, dass

die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse [...] als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen [ist], die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

Der sogenannte Funktionsvorbehalt soll dabei gewährleisten, dass

<sup>403</sup> Vgl. hierzu auch *Glauben*, Die Öffentliche Verwaltung 1994.

<sup>404</sup> *Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2016), S. 175f. Kritisch hierzu: *Broß*, WSI-Mitteilungen 2008.

<sup>405</sup> *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2018), S. 510 f.

<sup>406</sup> Teilweise geben die Landesaufnahmegesetze explizit die Erlaubnis zur Heranziehung privater Dritter für die Aufgabenerfüllung: § 10 Abs. 2 LaufnG Brandenburg.

<sup>407</sup> Vgl. *Münch*, Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland (1992), S. 73ff.

die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe regelmäßig den von Art. 33 Abs. 5 GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantierten besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetzesstreuer Aufgabenerfüllung unterliegt.<sup>408</sup>

Hoheitliche Befugnisse liegen laut dem Bundesverfassungsgericht dabei dann vor, »wenn Befugnisse zum Grundrechtseingriff im engeren Sinne [...] ausgeübt werden, die öffentliche Gewalt also durch Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt«.<sup>409</sup> Insbesondere in Bezug auf den Einsatz von privaten Akteuren im Maßregel- und Strafvollzug wird dabei diskutiert, ob bzw. welche Privatisierungsformen der Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG zulässt – mit sehr unterschiedlichen Meinungen.<sup>410</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat 2012 in Bezug auf den Betrieb einer Maßregelvollzugsanstalt unter Zuhilfenahme privater Angestellter entschieden, dass eine teilweise Privatisierung des Maßregelvollzugs ausnahmsweise durch einen qualifizierten Sachgrund gerechtfertigt sein kann,<sup>411</sup> und die gesetzliche Beleihung der privaten Angestellten mit hoheitlichen Eingriffsbefugnissen möglich ist.<sup>412</sup> Das heißt, auch die Eingriffsverwaltung kann von privaten Akteuren ausgeführt werden.

Sollen den privaten Dritten ebenfalls hoheitliche Befugnisse zukommen, so muss dies jedoch durch »Beleihung« durch den Staat erfolgen. Den privaten Firmen können per Gesetz hoheitliche Eingriffsbefugnisse übertragen werden, so dass diese befugt sind, »Staatsaufgaben in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts selbständig wahrzunehmen«.<sup>413</sup> In Bezug auf die private Sicherheitsbranche finden Beleihungen beispielsweise zur Sicherung des Flugverkehrs statt. Hier dürfen die privaten Sicherheitsdienste die Taschen der Passagiere auf gefährliche Gegenstände hin durchsuchen und im eigenen Ermessen über das Vorliegen einer Gefährdung entscheiden.<sup>414</sup> Das Sicherheitspersonal wird dabei zum Eingriff in das Recht auf Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG durch die Beleihung nach § 16 a Luftsicherheitsgesetz ermächtigt. Dabei setzt § 16 a Abs. 2 Luftsicherheitsgesetz zugleich den rechtlichen Rahmen der Beleihung fest, also die Erfordernisse für die Zulässigkeit einer Beleihung (zum Beispiel die Anforderungen an die Zuverlässigkeit, Nr. 1, oder keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen, Nr. 3).

<sup>408</sup> BVerfG, Urt. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 136 (juris).

<sup>409</sup> BVerfG, Urt. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 140 (juris).

<sup>410</sup> Exemplarisch lässt sich die Debatte in der Neuen Kriminalpolitik 1/2016 zum Thema »Privatisierung der Strafvollstreckung« nachlesen.

<sup>411</sup> BVerfG, Urt. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 146 (juris).

<sup>412</sup> BVerfG, Urt. v. 18.1.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 152 (juris).

<sup>413</sup> Burgi, in: Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), S. 589.

<sup>414</sup> Burgi, in: Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), S. 590f.

Ist keine gesetzliche Beleihung erfolgt, kann die Durchführung der öffentlichen Aufgaben bei Beibehaltung der staatlichen Kontrolle mittels privater Akteure nur durch die sogenannte Verwaltungshilfe stattfinden. In diesem Zusammenhang können private Akteure als Erfüllungsgehilfen eingesetzt werden, die primär die Weisungen der staatlichen Behörden ausführen. Die sogenannte Verwaltungshilfe ist dabei dadurch gekennzeichnet, dass die Verwaltungshelfer als Erfüllungsgehilfen engmaschig an die Anweisungen der Behörde gebunden sind und keine eigenen hoheitlichen Befugnisse innehaben.<sup>415</sup> In Bezug auf private Sicherheitsdienste ist insbesondere über die Bürener Abschiebehafteinrichtung bekannt geworden, dass dort privates Sicherheitspersonal als Verwaltungshilfe eingesetzt wird.<sup>416</sup> Da die Verwaltungshilfe in Vollzugsanstalten jedoch schnell Gefahr läuft, rein ausführende Bewachungsaufgaben zu überschreiten, wird für die Verwaltungshilfe im Strafvollzug die ständige Anwesenheit einer weisungsbefugten Person gefordert;<sup>417</sup> zudem bleibt die Bindung an rechtsstaatliche Gebote wie etwa den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erhalten.<sup>418</sup>

### *b. Fragmentierte Rechtsordnung: Rechtliche Graubereiche*

Die privaten Sicherheitsdienstleister sind demnach einerseits in das öffentlich-rechtliche Rechtssystem eingebunden. Ob die privaten Betreiber bzw. die Sicherheitsfirmen in der Flüchtlingsunterbringung gesetzlich mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind oder als Verwaltungshelfer agieren, muss nach den Landesaufnahmegesetzen bestimmt werden. Diese sehen keine Beleihung privater Dritter vor. Teilweise wird die Möglichkeit einer funktionalen Aufgabenprivatisierung explizit erwähnt, ohne jedoch die Übertragung hoheitlicher Befugnisse zu benennen.<sup>419</sup> In Berlin besagt der Betreibervertrag im Gegenteil, dass keine hoheitlichen Befugnisse auf die Betreiber übergehen.<sup>420</sup> Praktisch wird demnach

<sup>415</sup> Zum Begriff der Verwaltungshilfe: *Burgi*, in: Handbuch des Sicherheitsgewerberechts (2004), S. 598.

<sup>416</sup> Stober bezeichnet die reine Bewachung der Abschiebehäftlinge ohne Eingriffsbefugnisse als »schlicht-hoheitlich« und geht von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Sicherheitsfirma und dem Justizministerium aus. *Stober*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, S. 266.

<sup>417</sup> *Lange*, in: Handbuch des Sicherheitsgewerbes (2004), S. 753; *Gramm*, Verwaltungsarchiv 1999, S. 339ff.

<sup>418</sup> *Stober*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, S. 265; *Ernst*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 335.

<sup>419</sup> § 10 Abs. 2 LaufnG Brandenburg; § 3 Abs. 1 S. 4 LaufnG Hessen; § 2 Abs. 1 S. 2 Thüringer Flüchtlingsaufnahmegesetz.

<sup>420</sup> Anlage 1: Leistungs- und Qualitätsbeschreibung zum Betreibervertrag Flüchtlingsunterbringung Land Berlin, Mustervertrag des Landes Berlin »über den

davon auszugehen sein, dass die Betreiber und Sicherheitsdienste nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind und insofern »nur« als Verwaltungshelfer agieren.<sup>421</sup> Die starke Weisungsgebundenheit ohne eigene hoheitliche Befugnisse wäre angemessen, sofern sich die Aufgabe der Sicherheitsdienste auf rein ausführende Aufgaben ohne Ermessensentscheidungen, wie etwa einen reinen Gebäudeschutz, beschränkt. Tatsächlich üben Sicherheitsdienste aber in vielen Unterkünften grundrechtliche Eingriffe im Rahmen von Taschen- und Zimmerkontrollen aus, die aufgrund der gesetzlichen Wohnpflicht für Erstaufnahmeeinrichtungen besonders schwer wirken – und dass, obwohl ihr Einsatz gesetzlich nicht in Form einer Beleihung ausgestaltet ist. Die Rolle der privaten Sicherheitsfirmen als Teil der öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung bleibt so einerseits rechtlich unbestimmt; die Tätigkeiten von privaten Sicherheitsdiensten zumindest in Erstaufnahmeeinrichtungen sind verfassungsrechtlich bedenklich. Zu denken wäre hier an eine sogenannte faktische, rechtswidrige Beleihung.<sup>422</sup>

Die privaten Sicherheitsdienstleister bleiben andererseits private Rechtssubjekte, so dass der rechtliche Rahmen der privaten Sicherheitsdienstleistung in der Flüchtlingsunterbringung einer Fragmentierung unterliegt; neben das öffentlich-rechtliche Verwaltungsrecht tritt das Privatrecht. Die Befugnisse von privaten Sicherheitsfirmen lassen sich in § 34 a Abs. 5 Gewerbeordnung (GewO) nachlesen:

Der Gewerbetreibende und seine Beschäftigten dürfen bei der Durchführung von Bewachungsaufgaben gegenüber Dritten nur die Rechte, die Jedermann im Falle einer Notwehr, eines Notstandes oder einer Selbsthilfe zustehen, die ihnen vom jeweiligen Auftraggeber vertraglich übertragenen Selbsthilferechte sowie die ihnen gegebenenfalls in Fällen gesetzlicher Übertragung zustehenden Befugnisse eigenverantwortlich ausüben. In den Fällen der Inanspruchnahme dieser Rechte und Befugnisse ist der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten.

Betrieb einer Unterkunft und die Betreuung der wohnenden Flüchtlinge und Asylbewerberinnen und Asylbewerber (Betreibervertrag)«, Stand Dezember 2016, S. 4.

<sup>421</sup> So auch das Ergebnis eines Gutachtens, welches von der Initiative »Kreuzberg Hilft« in Auftrag gegeben wurde: *Dombert/Scharfenberg*, Qualitätsanforderungen an den Betrieb von Notunterkünften in Berlin (2016), S. 8.

<sup>422</sup> So hat das VG Bremen im Falle der Entfernung eines Altkleidercontainers durch einen privaten Dritten ohne behördlich festgehaltene Anordnung bestimmt, dass die »Letztentscheidungsverantwortung« im Rahmen der funktionalen Privatisierung nicht abgegeben werden darf, und dass es sich ohne Anordnung um eine »faktische [...] Beleihung« handele, VG Bremen, Beschl. v. 15.02.2017 – 5 V 3535/16 – Rn. 35 f. (juris).

Sofern keine gesetzliche Beleihung besteht, orientiert sich der rechtliche Rahmen der privaten Sicherheitsdienstleister also an den Rechten, die allen privaten Bürgerinnen und Bürger zustehen, und den *vertraglich* übertragenen Rechten. So können Sicherheitsdienste in privaten Gebäuden etwa das Hausrecht der eigentlichen Eigentümer bzw. Hausrechtsinhaberinnen und -inhaber durchsetzen, sofern ihnen diese privatrechtliche Befugnis vertraglich übertragen wird. Da die Flüchtlingsunterbringung jedoch eine öffentlich-rechtliche Aufgabe bleibt und die lokalen Behörden die Hoheitsgewalt behalten, ziehen nun in diese privatrechtlichen Normierungen wiederum öffentlich-rechtliche Maßstäbe ein. So gibt es in der verwaltungsrechtlichen Praxis in der Flüchtlingsunterbringung zunächst zahlreiche Unstimmigkeiten darüber, welche Befugnisse aus § 34 a Abs. 5 GewO folgen. Die Behördenmitarbeitenden leiten etwa Eingriffsbefugnisse aus einem vertraglich übertragenen öffentlich-rechtlichen Hausrecht ab und rechtfertigen so Eingriffsbefugnisse in die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner, die verfassungsrechtlich aber nur über eine Beleihung möglich wären.

### (1) Eine indirekte Beleihung? Öffentlich-rechtliches Hausrecht

Befugnisse der Sicherheitsfirmen können sich also zunächst aus einem vertraglich übertragenen Hausrecht ergeben; dies ist etwa bei privaten Supermarktfilialen oder in privaten Fußballstadien der Fall. Hierfür ist es jedoch relevant, um welche Art des Hausrechts es sich handelt: privat oder öffentlich-rechtlich. Ob es sich dabei um ein privates oder ein öffentlich-rechtliches Hausrecht handelt, ergibt sich aus dem Nutzungsverhältnis. Bei Flüchtlingsunterkünften handelt es sich kommunalrechtlich in der Regel um öffentliche Einrichtungen.<sup>423</sup> Öffentliche Einrichtungen können dabei von privaten Dritten sowohl mit einem privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestalteten Nutzungsverhältnis betrieben werden.<sup>424</sup> Ob in Flüchtlingsunterkünften ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis besteht, richtet sich nach dem Träger der Einrichtung.<sup>425</sup> In den meisten Landesaufnahmegesetzen sind die Nutzungsverhältnisse dabei explizit als öffentlich-rechtliche ausgewiesen.<sup>426</sup> Dabei umfasst

<sup>423</sup> Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 428.

<sup>424</sup> Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 432f.

<sup>425</sup> Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 430.

<sup>426</sup> Zum Beispiel: Art. 5 Abs. 1 AufnG Bayern; § 3 Abs. 3 LAufnG Hessen; § 11 Abs. 1 LAufnG Brandenburg; § 6 Abs. 3 Flüchtlingsaufnahmegesetz Baden-Württemberg; § 3 Abs. 2 AufnG Niedersachsen; § 4 LandesaufnG Saarland; § 6 Abs. 1 Thüringer Flüchtlingsaufnahmegesetz.

das Hausrecht des jeweiligen Behördenleiters [...] die Befugnis, Ordnungsmaßnahmen zu treffen, um die Verwirklichung des Widmungszwecks zu gewährleisten, Störungen des Dienstbetriebs abzuwenden und dabei insbesondere auch über den Aufenthalt von Personen in den Räumen des öffentlichen Gebäudes zu bestimmen. [...] Dieses Recht bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Konkretisierung, sondern folgt als notwendiger ›Annex‹ zur Sachkompetenz aus der Verantwortung der Behörde oder des Gerichts für die Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben und den ordnungsgemäßen Ablauf der Verwaltungsgeschäfte.<sup>427</sup>

Das Hausrecht kann verschriftlicht werden, beispielsweise durch Satzungen oder Benutzungsverordnungen sowie Hausordnungen, die die Befugnis, Störungen von der Einrichtung fernzuhalten, konkretisieren und die Zugangsberechtigung zur öffentlichen Einrichtung regeln.<sup>428</sup> Das heißt, die Behördenmitarbeitenden selbst können aus dem öffentlich-rechtlichen Hausrecht Befugnisse ableiten, um Ordnungsmaßnahmen zu ergreifen.

Wie sieht es jedoch mit privaten Dritten bzw. privaten Sicherheitsdienstleistenden aus? Inwiefern das öffentlich-rechtliche Hausrecht überhaupt auf private Dritte bzw. Sicherheitsfirmen übertragen werden kann, ohne dass eine Beleihung der damit einhergehenden Befugnisse vorliegt, ist strittig.<sup>429</sup> Unstrittig ist jedoch, dass nicht-beliehene Private beim Betrieb öffentlicher Einrichtungen keine öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu den Benutzerinnen und Benutzern, etwa in Form eines Verwaltungsaktes, eingehen können.<sup>430</sup> Eine Beleihung durch Hausordnungen widerspricht dabei der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, die eine demokratische Legitimationskette durch parlamentarisch erlassene Gesetze für die Übertragung von Eingriffsbefugnissen vorsieht. Hausordnungen können demokratisch erlassene Gesetze nicht ersetzen.<sup>431</sup> In der Praxis wird jedoch oftmals über das öffentlich-rechtliche Hausrecht eine quasi Beleihung der privaten Sicherheitsdienstleister sowie zahlreiche Eingriffe

<sup>427</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.10.2010 – OVG 10 B 2.10 – Rn. 65 (juris).

<sup>428</sup> Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 438.

<sup>429</sup> Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen (1988), S. 175ff.; Schnekenburger, Rechtsstellung und Aufgaben des privaten Sicherheitsgewerbes (1999), S. 175ff.

<sup>430</sup> Tettinger et al., Besonderes Verwaltungsrecht (2009), S. 110; Ernst, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 335; Engler, Asylmagazin 2018, S. 155.

<sup>431</sup> »Die Ermächtigung zum Erlaß von Hausordnungen in StVollzG § 161 gibt den Vollzugsbehörden keine selbständige Eingriffsgrundlage«. BVerfG, Kammerbeschluss v. 10.11.1995 (2. Kammer) – 2 BvR 1236/95 – Rn. 19 (juris); VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.02.2022 – 12 S 4089/20 – Rn. 95 (juris).

in die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte gerechtfertigt (hierzu mehr in Kapitel C III 4 b).

(2) Privatrecht mit unmittelbarer Grundrechtsbindung:  
Die »Jedermann-Rechte«

Demgegenüber bleiben die sogenannten Jedermann-Rechte bestehen, wie sie auch die privatrechtliche Gewerbeordnung festhält. § 34 a Abs. 5 GewO erlaubt es privaten Sicherheitsfirmen also nur solche Rechte auszuüben, die »Jedermann im Falle einer Notwehr, eines Notstandes oder einer Selbsthilfe zustehen, [und] die ihnen vom jeweiligen Auftraggeber vertraglich übertragenen Selbsthilferechte«. Die sogenannten Jedermann-Notrechte sind solche, die jeder Person privatrechtlich in Notsituationen zustehen und Abwehrrechte zur Verteidigung des Eigentums oder der körperlichen Unversehrtheit (beispielsweise Notwehr nach § 32 Strafgesetzbuch oder Selbsthilfe nach § 859 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch) oder zur Hilfe Dritter (sogenannte Nothilfe nach § 32 Abs. 2 Alt. 2 Strafgesetzbuch) vorsehen. Da diese Rechte nur Privaten zustehen, ist eine vertragliche Übertragung auf die privaten Sicherheitsdienste durch die Verwaltungsbehörden ausgeschlossen, da diesen als öffentlich-rechtlichen Institutionen keine Jedermann-Rechte zukommen. Die Mitarbeitenden der Sicherheitsfirmen können jedoch individuell eigene Jedermann-Rechte ausüben.<sup>432</sup>

Diese privaten Jedermann-Rechte erfahren im Rahmen der Sicherheitsdienstleitung in der Flüchtlingsunterbringung jedoch wiederum öffentlich-rechtliche Grenzen. Denn die Sicherheitsfirmen agieren im Rahmen der funktionalen Privatisierung als Erfüllungsgehilfen der öffentlich-rechtlichen Behörden, als Verwaltungshelfer. Inwiefern Sicherheitsfirmen, die Verwaltungshilfe ausüben, privatrechtliche Notstands- und Selbsthilferechte ohne die Bindung an öffentlich-rechtliche Maßstäbe wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausüben dürfen, ist dabei umstritten. So gibt § 34 a Abs. 5 GewO die einfachrechtlichen Grenzen der Befugnisse der Sicherheitsfirmen vor: »In den Fällen der Inanspruchnahme dieser Rechte und Befugnisse ist der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten«.

Die Geltung der einfachrechtlichen Grenze der »Erforderlichkeit« ist im Rahmen der Verwaltungshilfe jedoch fraglich. Tatsächlich könnte es nach § 34 a Abs. 5 GewO so scheinen, als ob private Sicherheitsfirmen in jedem Fall nur an den Grundsatz der »Erforderlichkeit« gebunden sind, der den Einsatz des »mildesten Mittels« verlangt und im Gegensatz zur

<sup>432</sup> Zum allgemeinen Festnahmerecht nach § 127 StPO in Flüchtlingsunterkünften siehe *Engler, Asylmagazin 2019*, S. 99.

Verhältnismäßigkeit keine Prüfung der Zumutbarkeit oder Angemessenheit erfordert.<sup>433</sup> Dagegen wird jedoch eingewandt, dass dies einer Flucht ins Privatrecht gleichkomme, bei der der Staat sich durch die Zuhilfenahme Dritter seiner Bindung an die Verfassung entziehen könne.<sup>434</sup>

Dem ist auch für die Befugnisse von Sicherheitsfirmen in Flüchtlingsunterkünften zuzustimmen. So ist es unbestritten, dass das Rechtsstaatsgebot bei einer Beleihung mit hoheitlichen Befugnissen eingehalten werden muss.<sup>435</sup> Wenn Sicherheitsfirmen in Flüchtlingsunterkünften trotz fehlender Beleihung faktisch hoheitliche Befugnisse ausüben, so müssen sie sich zumindest an die unmittelbaren Grundrechtsbindungen ihrer Auftragsgeber, der Behörden, sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz halten. Denn für die Rechtssicherheit der betroffenen Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkunft kann es nicht angehen, dass der Staat sich (per Verwaltungshilfe oder Beleihung) seiner Verantwortung entzieht: »Die Behörde hat in solchen Fällen kein Wahlrecht zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Private Sicherheitsdienste sind allenfalls Verwaltungshelfer bei der Umsetzung der öffentlich-rechtlichen Maßnahmen«<sup>436</sup> und unterliegen somit derselben Grundrechtsbindung wie ihre Auftraggeber. Die empirische Forschung zeigt jedoch, dass diese Grundrechtsbindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem Sicherheitspersonal nicht bekannt ist. Vielmehr ergibt sich aus der Empirie, dass die Sicherheitsdienstleister im Rahmen der segmentierten rechtlichen Normierungen selbst nicht überblicken, wo ihre Befugnisse und wo die rechtlichen Grenzen ihres Handelns liegen. Während die europäische Aufnahmerichtlinie eine angemessene Schulung des Personals in den Flüchtlingsunterkünften vorsieht (s.o.), zeigt sich hier, wie die mangelnde rechtliche Umsetzung in die Praxis die Bewohnerinnen und Bewohner im rechtlichen Raum der Flüchtlingsunterkünfte prekarisieren kann.

433 Roggan, Kritische Justiz 2008, S. 329.

434 Ernst, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 336; Gramm, Verwaltungsarchiv 1999, S. 341; Stober plädiert dafür, das Kriterium der Verhältnismäßigkeit vertraglich festzuhalten, Stober, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, S. 265. Burgi kritisiert hingegen, dass eine Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fehl gehe, da es sich beispielsweise bei regelmäßigen Streifengängen durch einen U-Bahnhof durch private Sicherheitsdienste nicht um eine Staatsaufgabe, sondern lediglich um eine »private Durchführungsleistung« handele, Burgi, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 4: Aufgaben des Staates (2006), § 75 Rn. 19.

435 Burgi, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 4: Aufgaben des Staates (2006), § 75 Rn. 29; Brauser-Jung/Lange, Gewerbeamtsarchiv 2003; BVerfG, Urt. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 180 (juris). Siehe auch Kapitel C, Fn. 510.

436 Ernst, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 336.

*c. Prekarisierung in der Rechtswirklichkeit: Private Akteure als Teil des Sicherheitsregimes in der Flüchtlingsunterbringung*

Diese segmentierten rechtlichen Rationalitäten führen demnach auf der einen Seite zu einer rechtlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner, die die komplexen Grenzen des Handels der privaten Sicherheitsmitarbeiter nicht kennen. Auf der anderen Seite erlangen die Angestellten der Sicherheitsdienstleister durch die Legitimation der Behördenmitarbeitenden, die auf das öffentlich-rechtliche Hausrecht verweisen, eine machtvolle Position innerhalb des rechtlichen Raums der Flüchtlingsunterkünfte. Die machtvolle Position der Sicherheitsdienste wurde etwa in den medial stark diskutierten Fällen körperlicher Folter der Bewohner einer Flüchtlingsunterkunft in Burbach<sup>437</sup> durch die Sicherheitsdienstleister sichtbar. 2016 wurde aus diesem Grund die Ausbildung des Sicherheitspersonals um eine Einführung in die rechtlichen Aspekte des Sicherheitsgewerbes ergänzt, und es wurde zusätzlich ein Katalog mit Fallgruppen eingeführt, die der nötigen Zuverlässigkeit für die Arbeit in der Sicherheitsbranche entgegenstehen, wie beispielsweise die Zugehörigkeit zu verfassungswidrigen Parteien oder ein Eintrag im Strafregister.<sup>438</sup> Dennoch müssen Sicherheitskräfte, die in Flüchtlingsunterkünften arbeiten wollen, nach § 34 a Abs. 1 a S. 2 GewO nur für leitende Positionen eine Sachkundeprüfung vorlegen, anders als etwa Sicherheitskräfte in Diskotheken. Die Voraussetzungen für die Arbeit in den Unterkünften befinden sich grundsätzlich auf der niedrigsten Stufe der gestaffelten Voraussetzungen zur Ausübung von Bewachungsaufgaben – und das, obwohl die Sicherheitskräfte täglich mit Konflikten in den Unterkünften konfrontiert sind. Die machtvolle Stellung des Sicherheitspersonals bleibt trotz dessen aufgrund der fragmentierten rechtlichen Regelung bestehen.

Im rechtlichen Raum der Flüchtlingsunterbringung erhält das Sicherheitspersonal so eine zentrale Rolle. Die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner beschrieben alle, dass der Alltag in der Flüchtlingsunterkunft maßgeblich vom Verhältnis zum Sicherheitspersonal geprägt war. Aufgrund der engmaschigen Kontrolle der Unterkünfte und der Durchsetzung der strengen Hausordnung durch das Sicherheitspersonal, die

437 Die Tatsache der mangelnden Ausbildung wurde dabei skurriler Weise gerade als strafmildernder Grund in den Strafverfahren zur Security-Gewalt in Burbach angeführt, *Hauschild*, Misshandelte Geflüchtete im Heim Burbach. Geldstrafe fürs Einsperren, taz vom 07.07.2021. Der BGH hat dabei zuletzt bestätigt, dass auch Sozialarbeitende, die die systematische Freiheitsberaubung von Geflüchteten in »Problemzimmern« mittragen, sich der Freiheitsberaubung strafbar machen, BGH, Beschl. v. 12.09.2023 – 4 StR 123/23.

438 Art. 1 Abs. 2 Gesetz zur Änderung bewachungsrechtlicher Vorschriften (BewachRÄndG) vom 04.11.2016, BGBl I Nr. 52 2016, S. 2456.

bei Eingangskontrollen beginnt und sich bis hin zu Zimmerkontrollen zieht, hat das Sicherheitspersonal die Macht, die Handlungen der Bewohnerinnen und Bewohner bis ins kleinste Detail zu bestimmen. Diese Kontrolle kann sich in eher banaleren Situationen zeigen, wie etwa der als willkürlich erlebten Bewachung von Notausgängen, wie eine Sozialarbeiterin erzählt:

I: Was für Beispiele hast du für Konflikte, die es mit den Securities zum Beispiel gibt? #oo:18:11-5#

B: Einerseits ist es Willkürlichkeit, das heißtt, du bist in diesem [Ort], es sind fünf Türen auf, um rauszugehen, die Türen sind drei Meter voneinander entfernt, du darfst aber nur zwei Türen benutzen, egal, wie schwer deine Sachen sind, weil das eine ist eine Notausgangstür und das andere eine Eingangstür. Es macht aber einfach keinen Sinn. Zwei Türen sind nebeneinander, beide sind auf, da kommt aber wieder dieses Ding, es sind zu viele Securities da, an jeder Ecke, die langweilen sich, die lesen teilweise die ganze Zeit Bücher, teilweise schlafen sie, weil sie nur auf eine Tür aufpassen müssen, den ganzen Tag, völlig unterfordert sind. Das macht sie aggressiv, du hast nicht das Gefühl, dass deine Arbeit eine gewisse Wertigkeit oder einen Sinn hat. Teilweise gab es wieder Regeländerungen, von denen die anderen ständig wechselnden Securities nichts wussten, demzufolge kams dann auch wieder zu Konflikten. Die waren halt einfach nur so richtig stumpfe ausführende Gewalt, die sinnlose Regeln bestärkt hat, das hat zu Konflikten geführt. Plus: Frauen auf den Arsch gucken, blöde Sprüche machen, das war oft ein Thema. Ich muss aber sagen, dass nicht alle Securities da jetzt eine Verfehlung waren. Es gab auch sehr viele vernünftige, ohne die der Laden auch nicht gelaufen wäre, oder die gesagt haben, ja, mach mal, ich guck weg, die sich halt auch einfach über manche Regeln echauffiert haben. #oo:20:53-0#<sup>439</sup>

Die Kontrolle durch die Sicherheitsdienste greift beim Betreten der Zimmer aufgrund eines Verstoßes gegen die Hausordnung jedoch andererseits bereits in die Privatsphäre der Bewohnerinnen und Bewohner ein. Viele der Interviewten berichteten in diesem Zusammenhang von Konflikten mit dem Sicherheitspersonal, weil sie etwa Essen mit aufs Zimmer nehmen wollten oder weil das Sicherheitspersonal die Zimmer unerlaubt betrat. Ein ehemaliger Bewohner der Notunterkunft am Tempelhofer Feld erzählt von einer Situation, in der ein Sicherheitsbediensteter einen Stuhl ohne sein Einverständnis aus seinem Zimmer geholt hat, während er schlief. Dabei nehmen die Sicherheitsmitarbeitenden als diejenigen, die zu jeder Stunde in den Unterkünften sind, nicht nur negative, sondern durchaus auch vermittelnde, sozialarbeiterische Rollen ein. Sie werden deshalb teilweise zum ersten Ansprechpartner nicht nur bei Konflikten unter den Bewohnerinnen und Bewohner, sondern etwa auch im Kontakt

439 Interview Sozialarbeiter/in 1.

mit dem Unterkunftsmanagement oder der medizinischen Versorgung, wie ein ehemaliger Bewohner erzählt:

B: Mir wurde ein Zahn gezogen. Und danach ist sehr viel Blut aus meinem Mund gekommen. Ich bin zum Arzt gegangen in [Ort]. »Hallo, das ist sehr viel Blut, es tut sehr weh, ich möchte eine Tablette, ich muss besser ins Krankenhaus gehen, weil es sehr viel Blut ist«. Der Arzt sagte »ok, warte hier eine Stunde, wenn es dann weiter geht, geh ins Krankenhaus. Wenn nicht, dann ist es ok«. Ich habe eine Stunde gewartet, der Arzt hat gesagt, »mach deinen Kiefer auf« (greift sich an den Kiefer und in den Mund.. Er hat ohne ... #oo:17:17-1#

I: Handschuhe? #oo:17:17-1#

B: Ohne Handschuhe mir in den Mund gegriffen. Ich hab gesagt »hallo, was machst du? Du musst Handschuhe anziehen!« »Jaja, habe ich vergessen, ist ok, Entschuldigung«. Und ich »du bist Arzt, oder?« Wirklich. [...] Nach einer Stunde war das Blut immer noch nicht weg. Der Arzt meinte »ok, warte halbe Stunde noch«. Ich war dann wirklich sehr sehr sauer und hab Stress mit dem Arzt gemacht. Dann kam ein Securit. »Hallo, was ist passiert?« Der Security war sehr nett. Der meinte zum Arzt »warum machst du das so? Seit einer Stunde wartet er hier, ich habe das doch gesehen. Warum kann er nicht einfach ins Krankenhaus?« Der Security sagte das also zum Arzt. Der Arzt sagte dann »jaja, ich rufe jetzt an«. #oo:18:54-0#

I: Und dann hat er angerufen? #oo:18:57-2

B: Ja. #oo:19:09-4#<sup>440</sup>

Die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner fühlten sich von den Sicherheitsdiensten zum Teil also auch beschützt. Eine ehemalige Bewohnerin berichtete etwa, dass sie und ihre Familie sich in der Unterkunft nur aufgrund des guten Verhältnisses zu einem Sicherheitsmitarbeitenden, mit dem sie in engem Kontakt stand, sicher vor sexualisierter Gewalt fühlten. Die machtvolle Position der Sicherheitsdienste kann jedoch auch umschlagen, etwa dann, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner nicht in die Gunst der Sicherheitsmitarbeitenden fallen, etwa aufgrund religiöser Differenzen:

I: Can you tell me something about how the relation with the security was? Like in general or with other people? #oo:14:25-1#

B: It was horrible. They can just, I don't know, anyone can realise if this person wants to do something bad or not, you know. They were just treating all of the people sometimes in a bad way. As if we are like prisoners. Ja. #oo:15:29-0#

I: I talked with a man, at Tempelhofer Feld like a year ago and he told me that there are also like religious conflicts between the security and the people who live inside there? #oo:15:49-3#

B: Ja... [...] I noticed some situations that the security guys would help some people from their religion. I don't want to say the names of the religions. But I saw, I noticed that very often. And I also was discriminated because of that in the camp at the very beginning. This is something that, this is something true, I [...] I was discriminated depending on my religion by the security guards. #00:16:57-9#<sup>441</sup>

Wie umfassend die Sicherheitsdienste den Raum der Flüchtlingsunterbringung kontrollieren und ihre Machtposition dabei missbrauchen können, wurde in den bereits erwähnten, medial stark rezipierten Gewalttaten durch Security-Personal in einer Flüchtlingsunterkunft in Burbach exemplarisch sichtbar, bei denen der Sicherheitsdienst ein rigides Strafsystem installierte und einen Strafraum für devante Bewohnerinnen und Bewohner einrichtete.<sup>442</sup> Es wurde allerdings auch in dem durch Sicherheitsfirmen betriebenen Prostitutionsring in Berliner Flüchtlingsunterkünften deutlich, bei dem Sicherheitsfirmen Bewohnerinnen und Bewohner von Berliner Unterkünften an Freier außerhalb der Unterkunft vermittelten.<sup>443</sup> Hierbei trägt die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner maßgeblich zur Einschüchterung der Bewohnerinnen und Bewohner gegenüber dem Sicherheitspersonal bei, und erschwert es ihnen, sich gegen den Machtmissbrauch, etwa durch die Mobilisierung von Recht, zu wehren. Auch die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner berichteten von Angst vor dem Sicherheitspersonal in gewaltvollen Situationen:

B: [...] I remember the other time, a guy there has an issue with his girl-friend. They were fighting. The security is there to make peace, even though the security beat the hell out of that boy that night. They didn't allow us to take videos. And after, I left, because I didn't want to get myself involved in it, because it gets me annoyed. Those are the people who are supposed to make peace in this camp, this is why they are here. Why are they beating this guy? They put his hand back, another guy is hitting him, he cannot fight, you know. They pin him down, put their knee on his back, not one not two not three. So I could not resist I had to go to my room, because if I had seen it, I would have wanted to get involved, and maybe if I got involved it might be another crime for me, so I just walked out of that place. [...] #00:28:19-9#<sup>444</sup>

Die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner zeigt sich hier in der Sorge davor, sich in die beobachtete körperliche Gewalt durch den Sicherheitsdienst einzumischen und schließlich selbst für eine

441 Interview Bewohner/in 1.

442 Schneider, Prozess um misshandelte Flüchtlinge in Siegen gestartet, WDR vom 08.11.2018.

443 Santina/Ul-Haq, Flüchtlinge zur Prostitution gezwungen. Sicherheitsleute als Zuhälter in Berliner Flüchtlingsheimen (2017).

444 Interview Bewohner/in 4.

Straftat verurteilt zu werden. In dem Maße, wie der Alltag in den Unterkünften durch den »good will« der Sicherheitsangestellten geprägt sein kann, erinnern die Berichte der Interviewten an das vom Soziologen Ervin Goffmann geprägte Konzept der *totalen Institution*. Der Begriff der *totalen Institution*<sup>445</sup> stellt dabei die Durchregulierung der Räume und die bürokratische Verwaltung aller Lebensbereiche in den Vordergrund, die das Leben in der Institution allumfassend bestimmen. Die daraus resultierende fehlende Handlungsmacht lässt sich durchaus in die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte übersetzen.<sup>446</sup> Der Raum der Flüchtlingsunterkunft kann zudem, wie gezeigt, durch eine Kontrolle aller Lebensbereiche geprägt sein – allerdings ließ sich die Überwachung in der Totalität, wie sie von Goffman beschrieben wird, in den Forschungsfeldern nicht wiederfinden.

Die ordnungsrechtliche Rationalität schafft dabei erst das starke Sicherheitsbedürfnis (s.o.), das in Form von Konflikten zwischen den Bewohnerinnen und Bewohnern oder Bewohnerinnen und Bewohnern einerseits und dem Sicherheitspersonal in den Massenunterkünften andererseits als natürlich erscheint, und mittels der Anstellung privater Sicherheitsfirmen befriedigt wird. Es ist dabei die Privatisierung der Sicherheit in den Flüchtlingsunterkünften, die zu einer rechtlichen Fragmentierung und Komplexität führt, in der die ordnungspolitische Normierung des Raums der Flüchtlingsunterbringung auf die privatwirtschaftlich betriebenen Sicherheitsunternehmen trifft. Dabei durchschauen weder Sicherheitsdienste noch die Bewohnerinnen und Bewohner, teilweise nicht mal mehr die Behördenmitarbeitenden, den rechtlichen Rahmen des Handelns der Sicherheitsdienste. Die ordnungspolitische Rationalität der Flüchtlingsunterbringung manifestiert sich demnach gerade nicht als zentraler Souverän, der die Bewohnerinnen und Bewohner be- oder entrechteset, sondern vielmehr in der alltäglichen Überwachung und Disziplinierung durch die privaten Sicherheitsdienste sowie die in der Privatisierung liegende Verantwortungsabgabe der Durchführung des erzwungenen Fürsorgesystems an private Sicherheitsunternehmen. Die ohnehin bestehende rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner wird durch die Fragmentierung des rechtlichen Rahmens der Flüchtlingsunterbringung zusätzlich verstärkt. Wie die Disziplinierungen durch die Sicherheitsdienste dabei wirken, hängt dabei auch maßgeblich von weiteren Faktoren wie etwa Gender oder religiösen Zugehörigkeiten der Bewohnerinnen und Bewohner ab, die Ungleichheiten innerhalb der rechtlichen Prekarisierungsprozesse schaffen.

445 Goffman, *Asyle* (1973).

446 Vgl. hierzu Kopetzki, der die fehlende Handlungsmacht in der *totalen Institution* in die Einschränkung subjektiver Rechte übersetzt, Kopetzki, Wiener Zeitschrift zur Geschichte der Neuzeit 2008, S. 143.

### 3. Aktivierung

Die Idee der indirekten Steuerung und zunehmenden Kooperation mit Privaten geht im aktivierenden Gewährleistungsstaat mit einem Konzept des Staat-Bürger-Verhältnisses einher, bei dem die Bürgerinnen und Bürger zur Autonomie *befähigt* werden sollen. Das Ideal einer größtmöglichen Selbstregulierung für private Akteure<sup>447</sup> gilt dann auch für die Bürgerinnen und Bürger. Ihre Aktivierung erfolgt durch unterschiedliche Strukturveränderungen, wie etwa der allgemeinen Stärkung zivilgesellschaftlichen Engagements.<sup>448</sup> Zugleich wird die *Arbeitspolitik* des als paternalistisch und strukturell zu starr gezeichneten Sozialstaats hin zu einer *Arbeitsmarktpolitik* transformiert. Unter der aus dem US-amerikanischen Raum übernommenen Prämisse des »enabling rather than providing«<sup>449</sup> wird der Rechtsstaat zum »Sozialinvestor«, der sich auf die »Gewährleistung rechtlicher, finanzieller und infrastruktureller Rahmenbedingungen«<sup>450</sup> konzentriert und die ökonomische Eigenleistung der Bürgerinnen und Bürger fördern will:

Sinnbildlich für dieses Aktivierungsparadigma sind die Metaphern von Hängematte und Trampolin geworden: ›Wir müssen‹, so schreibt

447 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 220ff.; Franzius, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012).

448 Vgl. hierzu etwa die Rolle des Ehrenamts für die Aktivierung, Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 229.

449 »Vorbildfunktion hatten in diesem Zusammenhang verschiedene US-amerikanische und britische *welfare-to-work*-Programme, die sich primär auf *employability* (Beschäftigungsfähigkeit) der Erwerbslosen fokussierten, sowie der von der Clinton-Administration verabschiedete *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (PRWORA) von 1996. Letzterer stellte es den Bundesstaaten der USA frei, ihr jeweils eigenes Sozialsystem auf- bzw. auszubauen, solange folgende obligatorische Vorgaben erfüllt würden: Beendigung wohlfahrtsstaatlicher Programme auf der Grundlage ungeprüfter Sozialansprüche, Verpflichtung für Leistungsbezieher zur Übernahme einer Arbeit nach zwei Jahren des Leistungsbezugs, eine maximale Bezugsdauer von fünf Jahren im Leben eines Leistungsbeziehers und weitere, vor allem auf Förderung von Familien bezogene Programme. Diese sozialpolitischen Maßnahmen wurden in der Bundesrepublik nicht in derselben Weise umgesetzt – schon allein wegen der offenkundigen Unverträglichkeit mit dem Grundgesetz. Jedoch wurden unter den Schlagwörtern ›Fördern und Fordern‹ derartige Maßnahmen rezipiert und grundsätzlich mit der Agenda 2010 politisch sowie gesetzgeberisch aufgegriffen«. Wolf, Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang (2011), S. 238f.

450 Wolf, Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang (2011), S. 219.

Hombach, ›den Sozialstaat vom Sicherheitsnetz zum Trampolin machen, von der Hängematte zum Sprungbrett, das den Einzelnen zurückfördert ins Arbeitsleben, in Eigenverantwortung, in die Teilhabe der Gesellschaft. Jede Staatsinvestition ist nur legitim, wenn sie die Fähigkeiten und die Eigeninitiative der Bürger unterstützt und herausfordert, wenn sie nicht nur materielles Wohlergehen sichert.‹<sup>451</sup>

Der Rechtsstaat entledigt sich nicht seiner Gemeinwohl-Verantwortung, sondern agiert im Rahmen einer »Verteilten Verantwortung für das Gemeinwohl«.<sup>452</sup>

Diese Prämissen des aktivierenden Gewährleistungsstaats lassen sich durchaus auch in der deutschen Migrationspolitik und im Speziellen in der Flüchtlingsunterbringung wiederfinden. Die Bewohnerinnen und Bewohner werden während ihres Aufenthalts in den Flüchtlingsunterkünften für den Eintritt in den deutschen Arbeitsmarkt vorbereitet. Allerdings läuft diese Aktivierung konträr zur ordnungspolitischen Rationalität der Flüchtlingsunterbringung, die die Arbeitskraft der Bewohnerinnen und Bewohner im Rahmen von Arbeitsverboten sowie Arbeitsverpflichtungen als Teil ordnungsrechtlicher Maßnahmen gerade nicht dem privaten Markt überlässt, sondern stark rechtlich reguliert. Die Rechtswirklichkeit in der Flüchtlingsunterbringung steht hier exemplarisch für eine allgemeine Widersprüchlichkeit des Verhältnisses von Migrationspolitik und Arbeitsmarktpolitik:

So offenbart sich ein Widerspruch zwischen einer Innenpolitik, die das Thema Asyl vor allem sicherheitspolitisch bearbeitet und dafür Sorge tragen will, dass die Zahl an Geflüchteten in Deutschland abnimmt [...], und einer arbeitsmarktaffinen Politik, die eher Bildung, Ausbildung und Beschäftigung von Geflüchteten in den Vordergrund rückt.<sup>453</sup>

*Buckel et al.* weisen in diesem Zusammenhang auf die zum Teil »diagonal« widersprüchlichen Politiken verschiedener Staatssektoren hin:

Staatliche Politiken sind aufgrund der Virulenz von Nationalismus und Rassismus in den Einwanderungsländern durch eine Anti-Einwanderungsrhetorik und repressive Sicherheitsgesetze gekennzeichnet [...]. Zugleich jedoch verfolgen sie aufgrund der Arbeitskraftpolitik des national-sozialen Staates eine flexible und tendenziell vermehrte Zuwendung.<sup>454</sup>

<sup>451</sup> Wolf, Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang (2011), S. 229. Wolf bezeichnet Bodo Hombach, den Kanzleramtsminister der rot-grünen Regierung von 1998 bis 1999, als »Architekt des unter dem Slogan der Neuen Mitte geführten Schröderschen Bundestagswahlkampfs«, Wolf, Der aktivierende Sozialstaat zwischen Freiheit und Zwang (2011), S. 228.

<sup>452</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 203.

<sup>453</sup> Goebel, in: Migration und Arbeit (2019), S. 108.

<sup>454</sup> Buckel et al., in: Kämpfe um Migrationspolitik (2014), S. 30. Siehe hierzu auch die innereuropäischen Auseinandersetzungen zur sogenannten

Diese unterschiedlichen Zugriffe auf die Arbeitskraft der Geflüchteten lassen sich insbesondere in der rechtlichen Regelung des Arbeitsmarktzugangs in den Flüchtlingsunterkünften nachvollziehen, bei der die rechtliche Normierung der Arbeit explizit mit dem Raum der Flüchtlingsunterkunft verschränkt wird: Sie changiert zwischen dem ordnungspolitischen Zugriff, der die Arbeitskraft der Bewohnerinnen und Bewohner vom Arbeitsmarkt isoliert, sowie einer aktivierenden Integrationspolitik, die die Arbeitskraft von Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte mit »guter Bleibeperspektive« als Ressource begreift und diese an den deutschen Arbeitsmarkt heranführen will.

*a. Ordnungspolitische Funktionalisierung von Arbeit:  
Arbeitsverbot und Arbeitszwang*

Der ordnungspolitische Zugriff auf Arbeit in der Flüchtlingsunterbringung zeigt sich zunächst in einer starken rechtlichen Regulierung von Arbeit, die sowohl aus einem Arbeitsverbot als auch einem Arbeitszwang besteht. So besagt § 61 Abs. 1 S. 1 AsylG, dass Asylantragsstellende grundsätzlich »für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, [...] keine Erwerbstätigkeit ausüben« dürfen. Das Arbeitsverbot wird nach neun Monaten aufgehoben, sofern die Voraussetzungen des § 61 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 4 AsylG vorliegen, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte also vor mehr als neun Monaten ihren Asylantrag gestellt haben (Nr. 1), die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist (Nr. 2), der Ausländer nicht Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates (§ 29a AsylG) ist (Nr. 3) und der Asylantrag nicht als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig abgelehnt wurde, es sei denn, das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Entscheidung des Bundesamtes angeordnet (Nr. 4). Die Neun-Monatsfrist wurde mit dem Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht<sup>455</sup> eingeführt, um die rechtliche Regelung des Arbeitsverbots europarechtskonform zu gestalten.<sup>456</sup>

europäischen »Blue Card«, die Georgi et al. als »Puzzle-Politik« bezeichnen: Georgi et al., in: Kämpfe um Migrationspolitik (2014).

455 Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019, BGBl. I Nr. 31 2019, S. 1302.

456 So schreibt Art. 15 AufnahmeRL vor, dass die Mitgliedsstaaten spätestens neun Monate nach der Asylantragsstellung den Zugang zum Arbeitsmarkt gewährleisten müssen. Anderes gilt für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverbots für Bewohnerinnen und Bewohner aus sicheren Herkunftsstaaten, die die 9-Monats-Frist überschreitet und die nach wie vor als

Von dem generellen Arbeitsverbot kann nach § 61 Abs. 2 AsylG eine Ausnahme gemacht werden, »wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist«. Allein schon aus der hohen Anzahl der Änderungen, bei der die Länge des Arbeitsverbots ähnlich wie die Länge der gesetzlichen Wohnverpflichtung für Erstaufnahmeeinrichtungen einem »ständigen Wechsel«<sup>457</sup> unterliegt, wird deutlich, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt einem Spannungsverhältnis zwischen migrationspolitischen Prämissen und dem Bedarf an Arbeitskräften unterliegt.<sup>458</sup> Vor diesem Hintergrund wird er zunächst an die gesetzliche Wohnverpflichtung für Aufnahmeeinrichtungen geknüpft und somit zum Bestandteil des sicherheitspolitischen Zugriffs auf die Flüchtlingsunterbringung.

Gleichzeitig mit einem Arbeitsverbot besteht eine Pflicht zur Aufnahme von Arbeitsgelegenheiten in den Erstaufnahmeeinrichtungen. Diese ist nicht im AsylG, sondern im AsylbLG normiert und koppelt die Arbeitsverpflichtung an die gewährten staatlichen Sozialleistungen. So werden die Bewohnerinnen und Bewohner von Aufnahmeeinrichtungen nach § 5 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 AsylbLG<sup>459</sup> verpflichtet, »Arbeitsgelegenheiten insbesondere zur Aufrechterhaltung und Betreibung der Einrichtung« und die sonstigen Leistungsempfänger des AsylbLG (die etwa in Gemeinschaftsunterkünften wohnen) »Arbeitsgelegenheiten bei staatlichen, kommunalen und bei gemeinnützigen Trägern [...] sofern die zu leistende Arbeit sonst nicht, nicht in diesem Umfang oder nicht zu diesem Zeitpunkt verrichtet werden würde« auszuführen. Für die Arbeit erhalten sie nach § 5 Abs. 2 AsylbLG 80 Cent die Stunde. Zwar sieht § 5 Abs. 1 S. 2 AsylbLG auch Arbeitsgelegenheiten

europarechtswidrig kritisiert wird, *Neundorf*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 61 AsylG Rn. 1.

457 *Bergmann*, in: Bergmann/Dienelt. Ausländerrecht, 14. Aufl. (2022) § 61 AsylG Rn. 2.

458 Vgl. etwa zum Gesetzeszweck *Neundorf*, in: BeckOK Ausländerrecht, 36. Aufl. (2023), § 61 AsylG Rn. 2.: »Mit dem (teilweisen und zeitlich beschränkten) Verbot der Erwerbstätigkeit würden regelmäßig auch einwanderungspolitische Ziele verfolgt, wobei die Erwägung zu Grunde liege, dass Ausländer ihren Aufenthalt im Inland durch eine Erwerbstätigkeit verfestigen (BVerwG BeckRS 1990, BECKRS Jahr 31227965), daher könne für Asylbewerber nur unter bestimmten Voraussetzungen der Arbeitsmarktzugang erlaubt werden, solange ihr endgültiges Bleiberecht nicht feststehe«.

459 § 5 AsylbLG besteht seit der Einführung des AsylbLG, d.h. seit 1993. Allerdings wurde die Sanktionierung bei Nichtausführung der Arbeitsverpflichtungen erst 2016 im Rahmen des Integrationsgesetzes eingeführt. Zur Geschichte des Paragraphen siehe *Cantzler*, Asylbewerberleistungsgesetz (2019), § 5 Rn. 7ff.

außerhalb der Flüchtlingsunterkünfte vor. In der Praxis werden unter § 5 AsylbLG jedoch mehrheitlich Arbeitsgelegenheiten innerhalb der Unterkünfte zur Verfügung gestellt.<sup>460</sup> § 5 Abs. 4 AsylbLG normiert dabei eine Sanktionierung, sofern der Arbeitspflicht nicht nachgekommen wird:

Arbeitsfähige, nicht erwerbstätige Leistungsberechtigte, die nicht mehr im schulpflichtigen Alter sind, sind zur Wahrnehmung einer zur Verfügung gestellten Arbeitsgelegenheit verpflichtet. Bei unbegründeter Ablehnung einer solchen Tätigkeit besteht nur Anspruch auf Leistungen entsprechend § 1a Absatz 1. Der Leistungsberechtigte ist vorher entsprechend zu belehren.

Davon abgesehen, dass die Kürzung des Existenzminimums ohnehin starken verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet (dazu mehr unter C II 2),

- 460 Mit Verweis auf die empirisch nachweisbare Dominanz der Arbeitsgelegenheiten innerhalb der Unterkünfte wurde die Kürzung der Aufwandsentschädigung von 1,05 € auf 0,80 € begründet: »Ihre Absenkung erfolgt, um den tatsächlich verursachten Mehraufwand realistischer abzubilden. Denn die Bereitstellung von Arbeitsgelegenheiten durch die zuständigen Leistungsbehörden erfolgt mehrheitlich in Aufnahmeeinrichtungen im Sinne des § 44 des Asylgesetzes oder in vergleichbaren Einrichtungen (nach Absatz 1 Satz 1 erster Halbsatz). Dies bestätigt eine vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales durchgeführte, nicht repräsentative Länderumfrage zu Anzahl und Art der im Zeitraum August 2015 bis Januar 2016 zur Verfügung gestellten Arbeitsgelegenheiten. Speziell durch die in Einrichtungen angebotenen Tätigkeiten wie etwa die Reinigung der Gemeinschaftsflächen oder die Mithilfe bei der Essensausgabe entstehen den Leistungsberechtigten regelhaft nur geringe Mehraufwendungen, da die erforderlichen Arbeitsmittel, zum Beispiel Arbeitskleidung oder -geräte, von den Trägern der Einrichtungen gestellt werden und Fahrtkosten oder Kosten für auswärtige Verpflegung nicht anfallen«. BT-Drucks. 18/8615, Entwurf eines Integrationsgesetzes vom 31.05.2016, S. 36. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gefangenlohn. Das Bundesverfassungsgericht entschied 1998, dass eine Vergütung in Höhe von 5 % der sozialversicherungsrechtlichen Bezugsgröße und damit von monatlich 213,50 DM in den alten Bundesländern und 182 DM in den neuen Bundesländern für Strafgefangene verfassungswidrig ist, BVerfG, Urt. v. 1.07.1998 – 2 BvR 441/90 – Rn. 167 (juris). Nach der Erhöhung des Lohns auf 9% nahm es keinen Verstoß gegen die Verfassung mehr an, vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 24.03.2002 – 2 BvR 2175/01. 2023 befand es nun die Verfassungsbeschwerde eines Beschwerdeführers aus Bayern, der nach den gesetzlichen Regelungen einen Arbeitslohn von 1,91 € pro Stunde in der Justizvollzugsanstalt erhielt, als begründet, da die geringe Höhe des Lohns gegen das Resozialisierungsgebot verstößt, BVerfG, Urt. v. 20.06.2023 – 2 BvR 166/16 – Rn. 153ff. (juris).

wird in der Literatur das Vorliegen eines »Arbeitszwangs«,<sup>461</sup> wie ihn das Grundgesetz in Art. 12 Abs. 3 GG lediglich für den Freiheitsentzug erlaubt, verneint. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Arbeitsverpflichtungen, wie sie auch beim regulären Bezug von Arbeitslosengeld nach dem Sozialgesetzbuch bestehen; rechtsdogmatische Ausführungen stützen sich entsprechend primär auf die Rechtsprechung zu den Arbeitsverpflichtungen nach dem Sozialgesetzbuch.<sup>462</sup> Auf die Tatsache, dass an-

461 Der Begriff des »Arbeitszwangs« soll laut Jarass gegenüber dem Begriff der »Zwangarbeit«, bei der »die gesamte Arbeitskraft des Betroffenen zur Verfügung gestellt werden muss« ein breiteres Spektrum an staatlichen Maßnahmen abbilden, *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth. GG*, 14. Aufl. (2016), Art. 12 Rn. 117. Ebenso *Wieland*, in: *Dreier. Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. (2013), Art. 12 Rn. 54. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Verbot von Arbeitszwang und Zwangarbeit, Art. 12 Abs. 2, Abs. 3 GG, als einheitlichen Schutzbereich, und verknüpft die Auslegung eng mit der deutschen Geschichte der Zwangarbeit im Nationalsozialismus: »Wo die von der Verfassung gezogene Grenze des Verbots erzwungener Arbeit im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 3 GG verläuft, lässt sich danach nur fallbezogen feststellen. Dabei gilt es im Auge zu behalten, daß Art. 12 Abs. 2 und 3 GG als Ausdruck bewußter Abkehr von Methoden, die die Person herabwürdigen und für totalitäre Herrschaftssysteme kennzeichnend sind, in enger Beziehung steht zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde, auf deren Schutz alle staatliche Gewalt verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 79 Abs. 3 GG)«, BVerfG, Beschl. v. 13.01.1987 – 2 BvR 209/84 – Rn. 51 (juris). Entsprechend hat es die Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 12 Abs. 2, 3 GG für jugendgerichtlich angeordnete Arbeitsleistung verneint, BVerfG, Beschl. v. 13.01.1987 – 2 BvR 209/84 – Rn. 57 (juris). Der rechtsdogmatische Begriff des Arbeitszwangs ist dabei deutlich enger gefasst als der Begriff, der in der sozialwissenschaftlichen Debatte etwa im Kontext von Arbeitsmaßnahmen für Sozialhilfeempfängerinnen und -empfänger verwendet wird, vgl. hierzu *Dingeldey*, Berliner Journal für Soziologie 2007; *Eick et al.*, WSI Mitteilungen 2004; *Wilde*, Neue Kriminalpolitik 2017.

462 Vgl. etwa Cantzler, der, wie auch andere Kommentarliteratur, in dieser Frage auf eine Rechtsprechungskette verweist, die sich wiederum auf einen Bundesverwaltungsgerichts-Beschluss aus dem Jahr 1979 stützt. In diesem hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass »die Regelungen über geinnützige Arbeit (BSHG § 19 Abs 2) und über den Verlust des Anspruchs auf Sozialhilfe bei Weigerung, zumutbare Arbeit zu leisten (BSHG § 25 Abs 1), [...] mit höherrangigem Recht vereinbar [sind]; insbesondere stehen sie nicht in Widerspruch zu GG Art 12 Abs 2 und 3 und zu den Regelungen des Gesetzes betreffend das Übereinkommen Nr 29 der Internationalen Arbeitsorganisationen vom 1930-06-28 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 1956-06-01 (BGBl II 1956, 640)«. BVerwG, Beschl. v. 23.02.1979 – 5 B 114/78 – 1. Orientierungssatz (juris). Die Sanktionierungen im Sinne einer Leistungskürzung nach § 1a AsylbLG unter das Existenzminimum bei Verweigerung der Arbeitsverpflichtung werden unter Bezugnahme der aktuellen

ders als beim regulären Bezug von Sozialhilfe für die Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtungen zugleich ein Arbeitsverbot und eine Zugangssperre zum regulären Arbeitsmarkt bestehen, gehen sie nicht ein. Zudem zeigt auch der Gesetzeszweck der Arbeitsverpflichtung nach § 5 AsylbLG, der gerade nicht in der Arbeitsmarktintegration liegt,<sup>463</sup> dass die Verpflichtung nach § 5 AsylbLG zu Arbeitsaufnahme in Erstaufnahmeeinrichtungen sich in ihrer Rationalität von den Arbeitsverpflichtungen nach dem Sozialgesetzbuch etwa in Form von 1-Euro-Jobs unterscheidet. Sie normiert gerade keine »Aktivierung« im Sinne eines »Förderns und Forderns«, sondern lediglich ein »Fordern«.<sup>464</sup> Die Funktion von Arbeit wird in diesem Zusammenhang explizit an den ordnungspolitischen rechtlichen Raum der Flüchtlingsunterkunft, speziell der Erstaufnahmeeinrichtung, geknüpft, die mithilfe der Arbeitskraft der Bewohnerinnen und Bewohner instand gehalten wird. Die genannten Gesetzeszwecke wie etwa Spracherwerb oder gesellschaftliche Teilhabe laufen in der Rechtspraxis dabei leer, ist doch ein Großteil der Arbeitsgelegenheiten gerade innerhalb der Unterkunft, d.h. in Kontakt mit den anderen Bewohnerinnen und Bewohner, angesiedelt. Die Arbeitsgelegenheiten ermöglichen also größtenteils gerade keinen Kontakt zur Gesellschaft außerhalb der Unterkunft. Ebenso verschwimmt das rechtliche Kriterium der »Zusätzlichkeit«<sup>465</sup> für Arbeitsgelegenheiten außerhalb der Aufnah-

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeit der Sanktionen im Arbeitslosengeld II (BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – I BvL 7/16) als verfassungswidrig kritisiert, vgl. *Cantzler, Asylbewerberleistungsgesetz (2019)*, § 5 Rn. 42.

- 463 Benannte Gesetzeszwecke reichen von der Strukturierung des Tagesablaufs über Spracherwerb bis zu Möglichkeiten zur gesellschaftlichen Teilhabe; *Cantzler, Asylbewerberleistungsgesetz (2019)* § 5 Rn. 1. Cantzler nennt unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung des Integrationsgesetzes von 2016 auch den Gesetzeszweck der Arbeitsmarktintegration. »Neben der Strukturierung des Tagesablaufs eröffnen diese Tätigkeiten zugleich Möglichkeiten der gesellschaftlichen Teilhabe, des Spracherwerbs und einer ersten Heranführung an den Arbeitsmarkt«, BT-Drucks. 18/8615, Entwurf eines Integrationsgesetzes vom 31.05.2016, S. 36.
- 464 Die Rationalität der rechtlichen Normierung der verpflichtenden Arbeitsgelegenheiten wird auch dadurch nicht verändert, dass die Möglichkeit zu Arbeitsgelegenheiten als Zuverdienst oder die Möglichkeit zur Tagesstrukturierung per se von Nichtregierungsorganisationen begrüßt wird, vgl. hierzu *Lehran, Asylmagazin 2016*, S. 410.
- 465 »Der Begriff ist weit zu fassen [...]. Um zusätzliche Arbeit handelt es sich, wenn sie entweder nicht zu den Pflichtaufgaben der in § 5 Abs. 1 S. 2 genannten Trägern gehört oder wenn Pflichtaufgaben völlig außerplanmäßig oder besonders intensiv durchgeführt werden. An dem Merkmal der Zusätzlichkeit fehlt es daher z.B., wenn die Arbeiten in jedem Fall durchgeführt werden müssen, wie z.B. Reinigungsarbeiten in einem Krankenhaus, oder

meeinrichtungen in dem Maße, in dem bereits die gesetzliche Normierung dieser Arbeitsgelegenheiten in § 5 AsylbLG gerade die Instandhaltung der Unterkünfte durch die Arbeitsverpflichtungen vorsieht und dies in der Praxis auch für die Gemeinschaftsunterkünfte genutzt wird. Die in der Literatur aufgezählten Beispiele wie etwa die Essensausgabe oder Reinigung der Sanitäranlagen erscheinen in diesem Zusammenhang gerade nicht als »zusätzliche« sondern als den alltäglichen Betrieb der Unterbringung aufrechterhaltende Arbeiten. Dieser Eindruck wird durch die Rechtsprechung zu § 5 AsylbLG bestätigt.<sup>466</sup> Die Arbeit der Bewohnerinnen und Bewohner wird für die Aufrechterhaltung der Flüchtlingsunterkünfte als ordnungspolitische Maßnahme funktionalisiert: Der Zugang zum freien Arbeitsmarkt wird zur Durchführung eines effizienten Asylverfahrens verwehrt, Arbeitsgelegenheiten zur Aufrechterhaltung und Instandhaltung der Erstaufnahmeeinrichtungen werden unter Androhung der Unterschreitung des menschenwürdigen Existenzminimums zwingend.

#### *b. »Arbeit in Integration«: aktivierende Vermittlungsprogramme*

Demgegenüber sah der dem § 5 AsylbLG folgende und inzwischen weggefallene<sup>467</sup> § 5a AsylbLG ebenjene »Aktivierung« des Gewährleistungstaats vor, die unter dem Credo »Fördern und Fordern« bekannt ist.<sup>468</sup> § 5a AsylbLG normierte ähnlich wie § 5 AsylbLG die Verpflichtung zur Wahrnehmung von Arbeitsgelegenheiten, allerdings waren diese unter dem Stichwort der »Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen« auf die

wenn sie nicht notwendig sind, um einen ordnungsgemäßen Arbeitsablauf zu gewährleisten, weil die damit befassten Bediensteten diese Arbeiten auch ohne Hilfe Dritter bewältigen können [...]; Decker, in: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 11. Aufl. (2022), § 5 AsylbLG Rn. 5.

<sup>466</sup> Beispiele für Arbeitsverpflichtungen aus der Rechtsprechung: Putzjob in der Unterkunft (VG Regensburg, Beschl. v. 09.01.2019 – RN 6 S 18.50495), Reinigung von Unterkunfts- und Hofflächen im Umfang von 5 Stunden täglich (OVG der Freien Hansestadt Bremen, Beschl. v. 13.07.2011 – 1 A 291/10). Die nach § 5 AsylbLG auferlegte Arbeit als Küchenhilfe in einem Kindergarten und einer Krankenhausküche (FG Baden-Württemberg, Urt. v. 27.04.2012 – 10 K 3663/11) wertete das Finanzgericht Baden-Württemberg als Erwerbstätigkeit, die zum Erhalt von Kindergeld berechtigte.

<sup>467</sup> § 5 a AsylbLG war an das Arbeitsmarktprogramm »Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen« geknüpft und trat am 31.12.2021 außer Kraft, Bekanntmachung über das Außerkrafttreten des § 5a des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 14.07.2021, BGBl I Nr. 45 2021, S. 2925.

<sup>468</sup> BT-Drucks. 18/8615, Entwurf eines Integrationsgesetzes vom 31.05.2016, S. 36.

Eingliederung und Heranführung an den Arbeitsmarkt fokussiert. Dabei war § 5a AsylbLG anders als § 5 AsylbLG nicht an den Raum der Flüchtlingsunterkunft gebunden. Der Kreis der Adressaten der Arbeitsgelegenheiten nach § 5a AsylbLG ging über die Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte hinaus; erfasst waren sowohl Personen mit Anspruch auf Grundleistungen nach dem AsylbLG als auch Personen, die Analogieleistungen nach § 2 AsylbLG bezogen. Das bedeutet, dass die Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtungen während der empirischen Forschung dieser Arbeit sowohl aufgrund von § 5 AsylbLG als auch von § 5a AsylbLG verpflichtet sein konnten, Arbeitsgelegenheiten wahrzunehmen. § 5a AsylbLG knüpfte jedoch an die Bleibeperspektive und nicht an den Raum der Flüchtlingsunterkunft an. So wurden Asylbewerberinnen und -bewerber aus sicheren Herkunftsstaaten im Sinne von § 29a AsylG i.V.m. Anl. II AsylG sowie Personen, »die eine Duldung nach § 60a AufenthG besitzen [...] oder die vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn die Abschiebungssandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist« nach § 5a Abs. 1 S. 2 AsylbLG aus dem Adressatenkreis der Vorschrift ausgenommen. Die Anknüpfung an die gute Bleibeperspektive der Vorschrift wurde teils als widersprüchlich zum Gesetzeszweck des AsylbLG allgemein gesehen, da das Asylbewerberleistungsgesetz den niedrigeren Leistungsbedarf im Vergleich zu deutschen Sozialhilfeempfängerinnen und -empfängern gerade mit der allgemein geringen Bleibeperspektive begründet.<sup>469</sup> Deutlich wird hier jedoch, dass sich der Gesetzeszweck von dem in § 5 AsylbLG festgelegten unterscheidet: Als Teil der »Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen«<sup>470</sup> sollten die in § 5a AsylbLG normierten Arbeitsgelegenheiten eine Heranführung an den Arbeitsmarkt beziehen.<sup>471</sup> Aus diesem Grund stellte die Bundesagentur für Arbeit die Mittel für die Arbeitsgelegenheiten zur Verfügung: es entstand ein rechtlich äußerst komplexes »sozialrechtliches Vierecksverhältnis« aus den leistungserbringenden Asylantragsstellenden, der zuständigen Behörde, den Maßnahmenträgern, die die Arbeitsgelegenheiten schufen

<sup>469</sup> Leopold, in: Grube/Wahrendorf/Flint. SGB XII, 7. Aufl. (2020), § 5a AsylbLG Rn. 2.

<sup>470</sup> Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Richtlinie für das Arbeitsmarktprogramm »Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen« vom 20.07.2016, BAnz AT 27.07.2016 B2, S. 1.

<sup>471</sup> Dass dieser Gesetzeszweck teilweise rassistisch geprägte Stereotype reproduziert, zeigen Ausführungen des Bayerischen Arbeitsministeriums, das »erklärt, durch niedrigschwellige Arbeiten könnten Asylsuchenden ›früh wichtige Werte wie Pünktlichkeit, Verantwortlichkeit und Gewissenhaftigkeit vermittelt werden, ›auf die es in unserer Arbeitswelt ankommt‹«, *Lehran*, Asylmagazin 2016, S. 410.

bzw. anfragten und der Bundesagentur für Arbeit.<sup>472</sup> Dabei konterkarierte § 5a AsylbLG als Integrationsmaßnahme die Funktionalisierung von Arbeit zur Instandhaltung der Erstaufnahmeeinrichtungen nach § 5 Abs. 1 AsylbLG. Arbeit wurde vielmehr als Teil einer gelingenden Integration und als wirtschaftliche Ressource verstanden:

Menschen, die eine gute Bleibeperspektive haben, sollen möglichst zügig in unsere Gesellschaft und in den Arbeitsmarkt integriert werden. [...] Die Integration ist zugleich Aufgabe jedes einzelnen nach Deutschland kommenden Menschen, des Staates und der Gesellschaft. Sie erfordert Eigeninitiative und Integrationsbereitschaft des Einzelnen sowie staatliche Angebote und Anreize. Mangelnde Integration führt mittel- und langfristig nicht nur zu gesellschaftlichen Problemen, sondern verursacht auch hohe Kosten.<sup>473</sup>

Aber auch über die Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen hinaus verfolgten die Behörden in den Forschungsfeldern eine aktivierende Arbeitspolitik. In der Notunterkunft am Tempelhofer Feld gab es etwa ein »Willkommen in Arbeit«-Büro zur Beratung für den Einstieg in den deutschen Arbeitsmarkt. In den Forschungsfeldern gab es darüber hinaus dezentrale, aktivierende Vermittlungsprogramme:

I: Und vom [Behörde] aus betreiben Sie sozusagen auch direkt am [Ort] Aufklärungsprojekte? #oo:15:58-2#

B: [...] Wir selber haben aber auch ein Projekt am Laufen. Flüchtlinge in Arbeit. Auch mit [Name] zusammen und wollen sehen, dass wir über unsere Wirtschaftsnetzwerke, die wir ja haben auch im [Ort], dann eben Praktika, Ausbildungsplätze, gegebenenfalls dann auch im Anschluss auch Jobs vermitteln können. Da sind wir schon ganz gut, insgesamt. [...] Ich glaube, es gibt inzwischen um die 270 Vermittlungen innerhalb des [Ort] in Unternehmen. Das ist nicht immer schon ein Job, aber es sind ganz viel Praktika, um sich gegenseitig kennenzulernen, zu gucken, ist es der richtige Job, kann derjenige wirklich das aus unserer Sicht, was er denkt, was er kann? [...] Also da bahnen sich inzwischen auch die ersten Ausbildungsplätze an und auch die ersten Jobs, weil eben die Erfahrung ist, dass die Menschen, die jetzt in die Praktika reingehen, hochmotiviert sind. Gut, es hapert sicherlich noch mit der Sprache, keine Frage, es hapert auch vielleicht noch an dem ein oder anderen Wissen,

<sup>472</sup> »Wie die einzelnen Verbindungen des Vierecksverhältnisses rechtlich einzurichten sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Auch die rechtliche Zuordnung der beantragenden Kommune oder der gemeinnützigen Träger zur Bundesagentur für Arbeit lässt sich nur schwer dogmatisch fassen«. *Leopold*, in: Grube/Wahrendorf/Flint. SGB XII, 7. Aufl. (2020), § 5a AsylbLG Rn. 15.

<sup>473</sup> BT-Drucks. 18/8615, Entwurf eines Integrationsgesetzes vom 31.05.2016, S. 1.

aber zumindest bringen sie alles mit, um gut reinwachsen zu können.  
[...] #oo:20:22-3#

I: Das Flüchtlinge in Arbeit Projekt, [...] haben Sie da ein Büro?  
#oo:20:39-0#

B: Nein. #oo:20:39-8#

I: Das heißt die Leute wenden sich... #oo:20:43-0#

B: Nein, im Moment laufen hier gerade die Gespräche, wie kriegt man die Menschen zusammen? Da wird's kein Büro geben, wo die Leute hingehen, sondern es wird nachher dann verabredete Gesprächssituationen geben, wo die Unternehmen mit denen, die dafür in Frage kommen, sich zusammen setzen. Ob das dann in [Ort] ist, kann ja auch im Unternehmen sein, das wird sehr individuell ausgehandelt. #oo:21:14-3#

I: Und wie werden die Leute dafür vorgeschlagen? #oo:21:17-4#

B: Na, über die Betreiber. #oo:21:17-5#<sup>74</sup>

Der/die Behördenmitarbeiter/in spricht in dem Zitat von »Vermittlungen«; die Arbeitskraft der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkunft wird demnach durchaus als Ressource begriffen, die die Unternehmen benötigen. Die Bewohnerinnen und Bewohner und die Unternehmen lernen sich dabei gegenseitig kennen; hier wird eine Perspektive sichtbar, bei der auch die Bewohnerinnen und Bewohner als aktiv handelnde Akteure gedacht werden, die sich selbstständig für oder gegen einen potenziellen Arbeitsplatz entscheiden können. Mit der informellen Auswahl der Teilnehmenden durch die Betreiber am Programm deutet sich jedoch bereits ein weiterer Aspekt des aktivierenden Gewährleistungsstaats an, um den es im Folgenden geht und der bereits bestehende gesellschaftliche Hierarchien verstärken kann: die Flexibilisierung.

#### 4. Flexibilisierung

Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität in den rechtlichen Regelungen der deutschen Flüchtlingsunterbringung führt wie gezeigt nicht zu einem Mangel an rechtlichen Regelungen oder einer »Leerstelle« des Rechts. Vielmehr folgt ihr eine spezifische rechtliche, eingriffsintensive Normierung der Flüchtlingsunterkünfte als Räume der Sicherheit. Die Flüchtlingsunterbringung als Bestandteil eines umfassenden Gewährleistungsrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum wird dabei kaum explizit durch Bundes- oder Landesgesetze normiert, bzw. wird, sofern sie explizit normiert ist, durch ordnungspolitische Prämissen dominiert. Gewährleistungsaspekte in der deutschen

474 Interview Behördenmitarbeiter/in 1.

Flüchtlingsunterbringung werden jedoch aus rechtlicher Perspektive nicht vollständig *negiert*, sondern vielmehr im Rahmen eines Steuerungsansatzes, der auf die Selbstregulierung der Akteure setzt, verfolgt. Die rechtliche Normierung als Teil der bereits erörterten Meta-Regulierung bzw. Deregulierung auf Landes- und kommunaler Ebene führt demnach zu einer *Flexibilisierung*<sup>475</sup> in der Umsetzung von Gewährleistungsrechten. Diese hat einerseits eine erhöhte rechtliche Komplexität zur Folge. Gleichzeitig untergräbt sie in Form von kommunalen Selbstbindungskonzepten oder Zielvorgaben den Rechtsschutz der Bewohnerinnen und Bewohner – und verstärkt damit die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner zusätzlich zur ordnungsrechtlichen Dominanz in der rechtlichen Normierung. An die Stelle von parlamentarisch verabschiedeten Bundes- und Landesgesetzen zur Flüchtlingsunterbringung treten informelles Verwaltungshandeln, Konzeptpapiere und kommunale Satzungen in Form von Hausordnungen, deren Einhaltung oder Rechtswidrigkeit von den Bewohnerinnen und Bewohner nicht oder nur schwer eingeklagt werden können;<sup>476</sup> exemplarisch lässt sich dies an Fragen eines rechtlichen Gewaltschutzes in Flüchtlingsunterkünften (a) sowie der Rolle von Hausordnungen (b) nachvollziehen. Gleichzeitig führte die Prämissen der Unterbringung in Sammelunterkünften im Anschluss an die sogenannte Flüchtlingskrise 2016 zu einer Aufweichung gewährleistungsrechtlicher Standards wie etwa Bau- bzw. Brandschutzbüroschriften in vielen Flüchtlingsunterkünften: Statt beispielsweise die Unterbringung im Flughafen Tempelhof aufgrund mangelnder Einhaltung der Brandschutzbüroschriften zu verbieten, griffen die lokalen Behörden auf die Figur der Duldung (c) zurück. Diese rechtsdogmatische Figur ist für die Flexibilisierung der Gewährleistungsrechte der Bewohnerinnen und Bewohner relevant: Rechtswidrige bauliche Zustände in der Flüchtlingsunterbringung können mit ihrer Hilfe so lange »geduldet« werden, bis sie behoben sind.

<sup>475</sup> Eifert spricht in diesem Zusammenhang von einer »flexibel anpassbare[n] Breite der Regulierung« bei der »in den privaten Kontrollverhältnissen ein fließender Übergang zwischen hoheitlich abgestützten und rein selbstregulativen Qualitätssicherungssystemen ermöglicht wird«. Eifert, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 19 Rn. 80.

<sup>476</sup> »Die Vollzugsbehörden nutzen in breiter Form das informelle Verwaltungshandeln für eine als situationsgerecht wahrgenommene Flexibilität in der Anwendung rechtlicher Vorgaben. [...] Im schlechtesten Fall handelt es sich um ein bloßes ›Einknicken‹ der Aufsichtsinstanzen, bei dem unangemessen oder sogar rechtswidrig Vorteile gewährt, Interessen Dritter vernachlässigt und die Steuerungskraft der Vorgaben ausgehöhlt werden«. Eifert, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 19 Rn. 46.

### *a. Gewaltschutzkonzepte und Rechtsschutz*

Die AufnahmeRL sowie die EGMR-Rechtsprechung beinhalten zahlreiche Vorgaben für die Flüchtlingsunterbringung, an denen sich die rechtliche Normierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung messen muss. Dies gilt auch für den Bereich des Gewaltschutzes. So ergeben sich einerseits aus der Vulnerabilitäts-Rechtsprechung des EGMR Schutzpflichten des deutschen Rechtsstaats für vulnerable Personen: »Auf dieser Basis lässt sich auf eine Judikaturlinie zum Schutz von vulnerablen Personen im staatlichen Gewahrsam zurückgreifen: Hier finden sich Pflichten zum Schutz vor Übergriffen durch andere Angehaltene oder zur Gewährung von Betreuung nach Gewalterfahrungen«.<sup>477</sup> Die Vorgaben des Art. 18 AufnahmeRL verpflichten die Mitgliedsstaaten zudem beispielsweise dazu, die Unterkünfte zum Schutz vor sexualisierter Gewalt mit verschließbaren Sanitäranlagen oder separaten Schlafräumen für Männer und Frauen auszustatten;<sup>478</sup> da diese für trans, inter oder queere Personen problematisch sein können, müssen ebenfalls Möglichkeiten für individuelle Lösungen bestehen.<sup>479</sup> Um besonders schutzbedürftige Gruppen rechtzeitig erkennen können, verpflichtet die AufnahmeRL die Mitgliedstaaten zudem in Art. 21 zur Einführung eines »Clearing-Verfahrens«, bei dem Geflüchtete, die besonders schutzbedürftig sind, während des Asylverfahrens ermittelt werden und eine spezifische Unterstützung erhalten können. Gewaltschutz wird mit der AufnahmeRL demnach nicht nur als akute Konfliktlösung, sondern auch als präventive Maßnahme normiert. In der rechtlichen Normierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung findet der präventive Gewaltschutz als subjektives Recht der Bewohnerinnen und Bewohner jedoch wenig Beachtung. Er wird einerseits als abstrakte Zielvorgabe verankert und andererseits der Selbstbindung der Betreiber überlassen.

#### **(1) Abstrakte Zielvorgabe: Gewaltprävention im Bundesrecht**

Bei akuten Gewaltvorfällen kann zunächst durchaus rechtlich reagiert werden, etwa mittels Umverteilungen auf andere Unterkünfte oder die Unterbringung im Frauenhaus – auch wenn die Komplexität der örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsfragen, der Finanzierung und des Rechtswegs ein rechtliches Vorgehen oftmals erschweren.<sup>480</sup> Die

<sup>477</sup> Engler/Sußner, in: *Gewaltschutz in Geflüchtetenunterkünften* (2019), S. 136.

<sup>478</sup> Frings, Streit 2015, S. 150f.

<sup>479</sup> Sußner, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2019.

<sup>480</sup> Zum akuten Gewaltschutz in Flüchtlingsunterkünften: Rabe, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften

Vorgaben aus der AufnahmeRL sowie die Judikatur des EGMR zur Vulnerabilität (s.o.) legen jedoch fest, nicht nur die Behebung bereits entstandener Gewaltsituationen, sondern auch strukturell gewaltproduzierende Rahmenbedingungen in den Blick zu nehmen.<sup>481</sup> Zu diesen Rahmenbedingungen gehören auch die rechtlich normierten Unterbringungsstandards für besonders gefährdete Gruppen sowie die praktische Möglichkeit der Betroffenen, im Fall einer drohenden Gewaltsituation Rechtsschutz zu erlangen. Rechtsschutz und Gewaltschutz verschränken sich insofern.

Der Anspruch auf eine Unterbringung, die den Schutzbedürfnissen besonders gefährdeter Gruppen gerecht wird, ist im deutschen Bundesrecht bis zuletzt nicht umfassend umgesetzt worden. Als Reaktion auf die Misshandlungen in der Geflüchtetenunterkunft in Burbach wurde zwar die Gewerbeordnung reformiert (s.o.); zudem schreibt § 44 Abs. 3 AsylG die Überprüfung des Führungszeugnisses von Mitarbeitenden und Ehrenamtlichen in Flüchtlingsunterkünften auf Einträge etwa zur Verletzung der Erziehungs- oder Fürsorgepflicht nach § 171 Strafgesetzbuch vor. Die Vorgaben der AufnahmeRL für die separate Unterbringung von »schutzbedürftigen Gruppen« blieben jedoch eine Option, die je nach Bundesland mehr oder weniger eingehalten wird.<sup>482</sup> Dies hat sich auch nicht durch den 2019 verabschiedeten § 44 Abs. 2a AsylG<sup>483</sup> geändert:

Die Länder sollen geeignete Maßnahmen treffen, um bei der Unterbringung Asylbegehrender nach Absatz 1 den Schutz von Frauen und schutzbedürftigen Personen zu gewährleisten.

Zu beachten ist zunächst, dass es sich bei der Vorschrift um eine *ermessenslenkende* Vorschrift handelt, d.h. die Länder »sollen« geeignete Maßnahmen treffen. In Ausnahme- oder atypischen Fällen kann jedoch von der gesetzlichen Regelvorgabe abgewichen werden. Ob eine atypische Situation oder ein Ermessensfehler vorliegt, ist gerichtlich überprüfbar, nicht aber die Ermessensausübung selbst.<sup>484</sup> Die Auslegung des Begriffs »geeignete Maßnahmen« muss sich dabei an den Vorgaben

(2015); *Frings, Streit 2015; Engler/Sußner*, in: Gewaltschutz in Geflüchtetenunterkünften (2019).

481 *Sußner*, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2019, S. 439; *Goldner*, Beschwerdeverfahren für geflüchtete Menschen in Unterkünften (2019), S. 6.

482 Die Diskussion etwa, inwiefern das zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht der Zustimmung durch den Bundesrat bedarf, drehte sich u.a. um die finanziellen Mehrbelastungen durch § 44 Abs. 2a AsylG, BR-Drucks. 275/1/19, Empfehlungen der Ausschüsse vom 17.06.2019, S. 6.

483 Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019, BGBl I Nr. 31 2019, S. 1294.

484 *Ruffert*, in: *Knack/Henneke*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. (2014), § 40 Rn. 36 f.

der AufnahmeRL orientieren: So sind darunter die in Art. 21 AufnahmeRL genannten Bestimmungen zu verstehen, nach denen der Staat einer Ermittlungspflicht der Schutzbedürftigkeit sowie der Pflicht zu gewaltpräventiven Maßnahmen bei der Aufnahme unterliegt.

Inwiefern § 44 Abs. 2a AsylG dabei eine tatsächliche Verbesserung für schutzbedürftige Gruppen<sup>485</sup> darstellen kann und nicht lediglich »Programmcharakter« hat, hängt davon ab, ob sich aus der Verpflichtung für die Länder ein einklagbarer Anspruch für die Betroffenen ergibt. Dieser ließe sich aus der Schutznormtheorie<sup>486</sup> herleiten, nach der ein Gesetz dann ein subjektiv-öffentliches Recht beinhaltet, wenn der Schutzzweck der Norm auch Individualinteressen schützt.<sup>487</sup> Ein Großteil der Literatur nimmt dies bei § 44 Abs. 2a AsylG nicht an.<sup>488</sup> Die Schutznormtheorie wird etwa von den Verwaltungsgerichten in Bezug auf einen Anspruch auf eine Unterbringung in Erstaufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften oder einen Anspruch auf Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung nach Verstreichen der gesetzlichen Frist von sechs bzw. 18 Monaten nach § 47 AsylG teilweise mit Verweis auf die »ordnungspolitische Funktion« der Rechtsnormen verneint.<sup>489</sup> Andere Stimmen sehen hingegen in § 44 Abs. 2a AsylG dabei zumindest ein subjektives Recht auf eine ermessensfehlerfreie Anwendung im Sinne einer Auslegung nach der AufnahmeRL.<sup>490</sup>

485 Der Gesetzgeber versteht unter schutzbedürftigen Personen »Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, lesbische, schwule, bi-, trans- oder intersexuelle Personen, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Opfer von Menschenhandel, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Störungen und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, wie z. B. Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt, weiblicher Genitalverstümmelung, Zwangsverheiratung oder Opfer von Gewalt aufgrund sexueller, geschlechtsbezogener, rassistischer oder religiöser Motive« und schließt sich damit der Definition der AufnahmeRL an. BT-Drucks. 19/10706, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss) vom 05.06.2019, S. 15f.

486 Zum Begriff: *Masing*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 7 Rn. 106ff. Zu den »Voraussetzungen einer Berechtigung im Sinne eines subjektiven Rechts«: *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth. Verwaltungsrecht I (2017), S. 476ff.

487 *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs. Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. (2023), § 40 Rn. 139ff..

488 Siehe hierzu Kapitel C, Fn. 128.

489 Siehe hierzu Fn. 136, 137, 138.

490 Vgl. hierzu *Engler/Sußner*, in: Gewaltschutz in Geflüchtetenunterkünften (2019), S. 143f.

## (2) Flexibilisierung: Landesaufnahmegesetze und Selbstbindung

Stattdessen unterliegt der präventive Gewaltschutz den sich stark unterscheidenden Aufnahmegesetzen der Bundesländer sowie zahlreichen Selbstbindungskonzepten durch die Betreiberfirmen. Während dabei einzelne Länder wenige Teile der Aufnahmerichtlinie rechtlich verbindlich normiert haben, fehlen in anderen Bundesländern gesetzliche Regelungen zu Mindeststandards in der Flüchtlingsunterbringung gänzlich.<sup>491</sup> So hat Baden-Württemberg etwa geschlechtsspezifisch getrennte Sanitärbereiche gesetzlich normiert.<sup>492</sup> Bayern hat einige wenige Gewaltschutzmaßnahmen, wie etwa die Möglichkeit des Auszugs aus den Erstaufnahmeeinrichtungen für Alleinerziehende mit mindestens einem Kind, rechtlich normiert, § Art. 4 Abs. 3 Nr. 1 AufnG.<sup>493</sup> Der subjektive Anspruch auf Auszug und damit die Möglichkeit zum Rechtsschutz ist allerdings nach Art. 4 Abs. 3 Nr. 1 AufnG an die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren geknüpft; präventiver Gewaltschutz wird damit zur Option bzw. ein gewaltförderndes Wohnumfeld zur Sanktion bei mangelnder Mitwirkungspflicht. Und schließlich sieht Nordrhein-Westfalen keinerlei gesetzlich verankerte Gewaltschutzmaßnahmen vor. Das Innenministerium hat stattdessen ein Gewaltschutzkonzept mit »Erlasscharakter«<sup>494</sup> verabschiedet, das bestenfalls die Verwaltung selbst bindet, den Bewohnerinnen und Bewohner jedoch keinen sicheren gerichtlichen Rechtsschutz bietet.<sup>495</sup> Deutlich wird hier schon anhand dieser drei Beispiele,

<sup>491</sup> Entsprechend gibt es für jedes Bundesland unterschiedliche Ausarbeitungen zivilgesellschaftlicher Organisationen zum Gewaltschutz in Flüchtlingsunterkünften. Zu finden unter: [https://www.gewaltschutz-gu.de/weitere\\_materialien/gewaltschutzkonzepte\\_berichte\\_und\\_andere\\_veroeffentlichungen/](https://www.gewaltschutz-gu.de/weitere_materialien/gewaltschutzkonzepte_berichte_und_andere_veroeffentlichungen/) (zuletzt besucht am 27.11.2019).

<sup>492</sup> Vgl auch § 5 Abs. 2 Verordnung des Justizministeriums über die Durchführung des Flüchtlingsaufnahmegesetzes (DVO FlüAG) vom 08.01.2014, GBl. 2014, S. 59: »Alleinstehende Personen sind nach Geschlechtern räumlich getrennt unterzubringen«. Dabei kann die Aufteilung von Wohnbereichen nach Geschlechtern selbst gewaltproduzierende Situationen kreieren, etwa für Personen, die sich keinem Geschlecht zuordnen, vgl. hierzu Sußner, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2019.

<sup>493</sup> Siehe hierzu auch § 7 Abs. 3 S. 1 Asyldurchführungsverordnung (DVAsyl) vom 16.08.2016 (GVBl. S. 258): »Bei der Verteilung und der Zuweisung ist neben der Haushaltsgemeinschaft von Ehegatten und ihren minderjährigen ledigen Kindern oder sonstigen humanitären Gründen von gleichem Gewicht auch den Belangen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Rechnung zu tragen«.

<sup>494</sup> *Landesregierung Nordrhein-Westfalen*, Land legt Gewaltschutzkonzept für Flüchtlingseinrichtungen vor, Pressemitteilung vom 30.03.2017.

<sup>495</sup> Zur rechtsdogmatischen Einordnung von Verwaltungsvorschriften sowie deren Konsequenzen für den (umstrittenen) gerichtlichen Rechtsschutz

dass die Gewaltschutzmaßnahmen in den Bundesländern sehr unterschiedlich ausfallen. Inwiefern potenziell gefährdete Personen einer Geflüchtetenunterkunft einem Bundesland zugeteilt werden, das Gewaltschutzmaßnahmen rechtlich festgelegt hat, hängt demnach auch im Bereich des Gewaltschutzes vom Zufall des Königsteiner Schlüssels ab.

Darüber hinaus lassen sich eine Fülle von Gewaltschutz-Konzeptpapieren der Betreibenden der Flüchtlingsunterkünfte finden. Die wohl bundesweit größte Initiative bildet in dieser Hinsicht die vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und dem Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen (UNICEF) in Kooperation mit 14 weiteren NGOS und Flüchtlingsunterkünften betreibende Wohlfahrtsvereinen entwickelten »Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften«.<sup>496</sup> Die detaillierten Gewaltschutzmaßnahmen, die in diesem Konzept festgehalten werden, haben jedoch lediglich Leitliniencharakter für die partizipierenden Wohlfahrtsverbände:

Die im Folgenden benannten Mindeststandards sind Leitlinien für Erstellung, Umsetzung und Monitoring von unterkunftsspezifischen Schutzkonzepten in jeder Form von Unterkünften für geflüchtete Menschen. Sie können auch als Orientierung für die (Weiter-)Entwicklung von länderspezifischen bzw. kommunalen Schutzkonzepten dienen. Insgesamt gilt, dass die folgenden Mindeststandards in allen Unterkünften für Geflüchtete in Deutschland umgesetzt und eingehalten werden sollen.<sup>497</sup>

siehe *Ruffert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 17 Rn. 67 ff. Dies erklärt wohl auch die Tatsache, dass die »verbündlichen« Gewaltschutzstandards in NRW nur teilweise umgesetzt sind: »Die konkrete Umsetzung des LGSK NRW in den Landeseinrichtungen bedarf einer passgenauen Weiterentwicklung an die jeweiligen Gegebenheiten vor Ort. Diese Flexibilität ermöglicht es den Einrichtungen, bedarfsgerecht und effizient zu arbeiten. Die Umsetzung des LGSK NRW erfolgt daher sukzessive. Aktuell wird im Rahmen einer Bestandsaufnahme durch die Bezirksregierungen geprüft, wie der jeweilige Schutzgedanke jeder einzelnen Leitlinie vor Ort umgesetzt werden kann. Bis zur vollständigen Umsetzung des LGSK NRW bedarf es jedoch noch eines Übergangszeitraums, da viele Maßnahmen nicht von heute auf morgen umzusetzen sind«. Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 17/1461, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage 546 vom 14.12.2017, S. 2.

496 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und UNICEF*, Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften (2017).

497 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und UNICEF*, Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften (2017), S. 9.

Damit stehen die »Mindeststandards« der Initiative exemplarisch für die Fülle an Selbstbindungskonzepten, die letztendlich der Eigenkontrolle der Betreibenden unterliegen. Einen effektiven Rechtsschutz der Bewohnerinnen und Bewohner, der unabhängig von den Handlungen der Betreibenden geltend gemacht werden kann, bieten diese Konzepte jedoch nicht. Die Bewohnerinnen und Bewohner verbleiben in einer prekarisierenden Abhängigkeit von der selbst auferlegten Umsetzung der Gewaltschutzmaßnahmen durch die Betreiberfirmen.

Auch in den Forschungsfeldern kamen Gewaltschutzkonzepte zur Anwendung. Die Unterkünfte arbeiteten etwa mit Frauenschutzbeauftragten oder Ombudspersonen, die als Ansprechpersonen fungieren sollten. Allerdings wussten die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner nicht über die Ombudspersonen, Gewaltschutzkoordinatoren und Frauenbeauftragten Bescheid; die Frage nach dem Erhalt von Informationen hierzu etwa bei der Ankunft in der Unterkunft verneinten alle. Zudem konnten die vereinzelten Angebote nicht der grundlegenden Prekarisierung in den Massenunterkünften, die etwa auch im Rahmen sozialer Kontrolle durch die anderen Bewohnerinnen und Bewohner stattfindet, entgegenwirken.

I: Und du hast es ja grade vorhin schon auch, als wir in der Küche saßen, ein bisschen angesprochen, dass du nicht glaubst, dass es ein rechtloser Raum ist, aber dass die Leute nicht wissen, wie sie ihre Rechte einfordern können. #oo:13:19-9#

B: Ja, ich kann das halt an vielen Einzelfallbeispielen festmachen. Da ist eine junge Frau [...] und schlussendlich erfährt sie so viel sexuelle Gewalt, von Securities beispielsweise oder von Situationen, die ihr an der [Ort] passieren, dass sie nicht weiß, wie sie damit umgehen soll. Also dieses Catcalling, dass sie so auf ihre Oberweite angesprochen wird, oder mal am Po begrabscht wird, das ist für sie ein krasser Grenzübertritt, mit dem sie auch nicht so richtig weiß umzugehen. [...] Natürlich gibt es eine Frauenbeauftragte und so. Aber das Mädchen hat sich auch einfach nicht getraut, zu dieser Frau hinzugehen. Ich krieg's selber mit, wenn ich mit meiner Mädchengruppe, im Alter von 15 bis 22, dort unterwegs bin, am Tag, alles ist cool, [...] und wir kommen in der [Straßename] an und da wird erstmal alles wieder präpariert, die Mädels pfeifen sich selber runter und sagen, ab hier werden sie beobachtet. Also der Punkt soziale Kontrolle. Ich hab' dann gezielt gefragt, ist es dein Onkel, dein Papa, wer ist das Problem? Nein, es sind die Leute aus [Name] [...] Dieses andauernd auf dem Präsentierteller leben vor den anderen, keinen eigenen Rückzugsraum zu haben, ist einfach zu schwer, gerade für die Mädchen und jungen Frauen. [...] #oo:17:57-5#

B: [Die Frauenbeauftragte], die organisiert den Frauentag und organisiert mal, dass eine Frauenrechtsorganisation dahin kommt und was

erzählt. Das ist eine liebe, nette Frau. Aber du kannst nicht Frauenbeauftragte von so vielen Leuten sein. #oo:25:21-4#<sup>498</sup>

Die Behördenmitarbeitenden in beiden Forschungsfeldern gaben zudem an, mit dezentralen Beschwerdesystemen zu arbeiten, bei denen etwa Beschwerdebriefkästen für anonyme Beschwerden in der Unterkunft aufgestellt wurden, bzw. die Bewohnerinnen und Bewohner die Behörden über eine Emailadresse erreichen konnten. Auffällig war dabei, dass die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner nichts von den Gewaltschutzmaßnahmen, den Ansprechpartnern oder den Beschwerdesystemen wussten. Zudem hängt die Umsetzung von Beschwerdesystemen, wie auch die der Gewaltschutzkonzepte, von den Betreiberfirmen bzw. den Behörden selbst ab. Sofern Bewohnerinnen und Bewohner von erfolgreichen Beschwerden erzählten, hatten sie sich direkt an die Betreiberfirmen gewendet und keines der offiziellen Angebote genutzt. Dabei befinden sich nicht nur die Bewohnerinnen und Bewohner, sondern auch andere Akteure in einer prekären Situation in Bezug auf Beschwerden und Konflikte. Eine Sozialarbeiterin beschreibt die Problematik der Beschwerdesysteme anhand der Beschwerden zur Kleiderkammer:

B: Das kommt schon öfters vor, dass jemand kommt und sich über irgendwas beschwert, natürlich, das gehört auch dazu, weil die Menschen einfach sehr frustriert sind, und das verstehen wir alle natürlich. Es ist so, das ist witzig, dass du jetzt die Frage stellst, es gibt nämlich seit neuem eine Beschwerdestelle, von der Regierung aus, ein Beschwerdemangement, und die hat auch schon Gespräche geführt mit Bewohnern und kommt da auch manchmal in [Ort] und redet mit denen, aber die ist halt für alle Einrichtungen zuständig. Das ist halt schwierig, weil die nicht direkt greifbar ist. Es gibt jetzt Flyer, in glaub ich tatsächlich allen Sprachen, die so im Camp gesprochen werden, die man ausfüllen kann, da ist ein Fragebogen dabei, wo eben steht, ich möchte mich über Sicherheitsmitarbeiter, Regierungsmitarbeiter, [Name] beschweren, das und das ist passiert. Und da gibt es auch einen Briefkasten, wo man das einwerfen kann, oder man kann das bei uns abgeben. Und dann schaut sich das die Dame, ich hab' jetzt den Namen vergessen, ehrlich gesagt, schaut sich das genauer an, und versucht da eine Lösung zu finden. Ein Thema ist zum Beispiel die Kleiderkammer. Also es gibt Kleidung, die Menschen hier im Camp bekommen einen Gutschein, da gibt es dann eine Firma, die einmal in der Woche kommt am Vormittag, und Kleidung ausgibt, die kann man sich eben kaufen für diese Warengutscheine, die man vom Sozialamt erhalten hat. [...] Bewohner haben uns dann schon öfters gesagt, dass es für einmal tragen so schön war und dann haben sie es halt gewaschen und dann sind die Nähte aufgegangen, die Form hat sich irgendwie verändert. Und die Sachen, die kosten trotzdem, die sind vielleicht ein bisschen vergünstigt, aber ja, so ein T-Shirt

498 Interview Sozialarbeiter/in 1.

kostet trotzdem 10€ oder so. [...] Aber die Dame hat sich das auch angeschaut, die hat gemeint, nee, das passt alles. Weil die Kleidung wahrscheinlich auch auf den ersten Blick gut aussieht. Aber ist halt immer so ein Sonderthema, was sagen die Bewohner, was sagen dann andere... #oo:21:29-4#

I: Und eure Rolle, bist du dann auch in der Rolle, dass du das dann an das Beschwerdemanagement trägst oder an die Heimleitung, oder versuchst du eher, mit den Klienten selbst zu arbeiten? #oo:21:42-4#

B: [...] Ich find's jetzt eigentlich mit dem Briefkasten und so eine ganz gute Lösung. Mit dem Fragebogen: Die Leute müssen es halt ausfüllen können und das ist halt immer so eine Sache. Also insgesamt eher ungerne, [...] man hat halt eine komische Rolle, weißt du, man will jetzt auch niemandem auf die Füße treten oder sowas, und wenn's dann heißt, ja die [Name], die hat sich über die Securities bei der [Behörde] beschwert oder sowas, ich mein, wir arbeiten mit den Leuten zusammen, ja gut, jetzt nicht direkt irgendwie, aber wir sehen uns halt. Mit ehemals [Name] mit der Betreiberfirma, haben wir auch eben zu tun und deswegen, das würde dann das Verhältnis einfach belasten, wenn wir uns da über die verschiedenen Akteure beschweren irgendwie. [...] #oo:23:22-1#<sup>499</sup>

Deutlich wird in den Zitaten, dass nicht nur die Beschwerden der Bewohnerinnen und Bewohner, sondern auch Beschwerden durch die Mitarbeitenden in den Flüchtlingsunterkünften erschwert werden. Maßgeblich hierfür ist die Geschlossenheit des Raums der Flüchtlingsunterkünfte, bei der den Bewohnerinnen und Bewohner wenig rechtliche Ansprüche, die extern gegen die Behörden und Betreiberfirmen durchgeklagt werden könnten, zustehen. Die Geschlossenheit der Räume wird dabei maßgeblich durch ein weiteres Flexibilisierungsmoment in der Organisation der Flüchtlingsunterkünfte verstärkt: Hausordnungen.

### *b. Hausordnungen*

In die Lücke der bundesrechtlichen Normierung der Gewährleistungsaspekte in der deutschen Flüchtlingsunterbringung treten neben Selbstbindungskonzepten wie etwa im Bereich des Gewaltschutzes ebenfalls materiell-rechtliche Normierungen,<sup>500</sup> beispielsweise Hausordnungen.

499 Interview Sozialarbeiter/in 3. Zu den Widersprüchen in der Sozialen Arbeit in Sammelunterkünften allgemein siehe *Muy*, in: Konflikt als Verhältnis (2018), S. 155ff.

500 Unter materiellem Recht werden in den Rechtswissenschaften dabei solche rechtlichen Regelungen verstanden, die nicht durch ein demokratisches Gesetzgebungsorgan wie etwa dem Bundestag oder den Landtagen erlassen wurden.

Hausordnungen legen die Regeln und Pflichten der Bewohnerinnen und Bewohner im Rahmen des Hausrechts der Betreiber der Unterkünfte fest. Im Wohnalltag der Unterkünfte nehmen Hausordnungen und die an sie geknüpften Hausverbote eine fundamentale Rolle ein: Sie betreffen einerseits die Bewohnerinnen und Bewohner selbst, die zum Teil in die »freiwillige Obdachlosigkeit«<sup>501</sup> entlassen werden, sofern sie gegen sie verstößen. Zudem gibt es ebenfalls Berichte von Hausverboten, die ausgesprochen wurden, um ehrenamtlich Tätige aus den Unterkünften fernzuhalten; teilweise erfolgten sie in diesem Rahmen sogar »kollektiv«.<sup>502</sup> In Bayern wurde zuletzt einem mobilen Info-Bus für Asylverfahrens-Beratungen der Zugang zu allen Erstaufnahmeeinrichtungen in Oberbayern verwehrt.<sup>503</sup> Hausverbote werden dabei in der Praxis oftmals von den privaten Sicherheitsfirmen ausgesprochen und durchgesetzt, ohne dass eine Begründung erfolgt und die Möglichkeit zur Stellungnahme seitens der Betroffenen gewährleistet wird. Die Möglichkeiten dessen, was Hausordnungen regeln, unterliegen jedoch grundrechtlichen Grenzen; Inhalt und Umfang von Hausordnungen sind keineswegs unbegrenzt. In der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte haben sie sich jedoch zum flexiblen Ersatz für fehlendes formelles Recht entwickelt, mit dem Befugnisse auf private Dritte übertragen und verstärkte Eingriffe in die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner ermöglicht werden sollen.

### (1) Normative Grenzen der Hausordnungen

Grundsätzlich können Hausordnungen in Form von Satzungen oder Nutzungsverordnungen erlassen werden und sind als kommunale Selbstgesetzgebung klassische Beispiele sogenannten ›materiellen Rechts‹. Als

<sup>501</sup> *Flüchtlingsrat Berlin*, Rechtsfreie Zone im Bezirksamt Mitte? Sozialbehörde bekämpft Obdachlose statt Obdachlosigkeit, Pressemitteilung vom 16.01.18. Ein Fall, in dem ein Geflüchteter sogar obdachlos wurde, da sein Antrag auf Unterbringung nach zweimaligem Hausverbot verweigert wurde, landete vor dem Berliner Verwaltungsgericht. Den Hausverboten »lag beide Male im Wesentlichen zugrunde, dass der Antragsteller in seinem Zimmer geraucht hatte«. VG Berlin, Urt. v. 01.03.2017 – 23 L 144.17 – Rn. 6 (juris).

<sup>502</sup> *Lager Mobilisation Network Berlin*, Wie BTB Bildungszentrum die Menschen im Lager Osloerstr. 23-26 segregiert, Pressemitteilung vom 06.02.2017. In Brandenburg wurde Unterstützenden sogar ein Hausverbot erteilt, weil sie Weihnachtsgeschenke verteilen wollten. *Flüchtlingsrat Brandenburg*, Christkind in Oberhavel nicht willkommen, Pressmitteilung vom 18.12.2014.

<sup>503</sup> Der Münchner Flüchtlingsrat hat deshalb eine Klage gegen die Regierung von Oberbayern in die Wege geleitet, siehe hierzu Kapitel C IV 2 sowie Kapitel C, Fn. 131.

Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Hausrechts in den Flüchtlingsunterkünften müssen sie selbst an öffentlich-rechtlichen Maßstäben gemessen werden. So muss beim Betrieb einer öffentlichen Einrichtung einerseits die Bindung an die Verfassung nach Art. 1 Abs. 3 GG beachtet werden. »Beispielsweise ist eine Obdachlosenunterkunft menschenwürdig zu gestalten«.<sup>504</sup> Gleichzeitig muss durch die Ausübung des Hausrechts der Einrichtungszweck erreicht werden; insbesondere belastende Regeln müssen entsprechend durch den Einrichtungszweck und Rechtsstaatsgebote gerechtfertigt sein.<sup>505</sup> Ein Verbot der Hundehaltung in Obdachlosenunterkünften beispielsweise gilt »aus Gesundheitsgründen und im Interesse eines zumutbaren Zusammenlebens auf engem Raum«<sup>506</sup> als rechtmäßig und dem Einrichtungszweck entsprechend. Die Grundrechtsbindung gilt auch für die Hausordnungen der Flüchtlingsunterkünfte, die die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner beachten müssen und nur beschränkt in diese eingreifen dürfen.<sup>507</sup> Zudem können die Hausordnungen keine formellen Rechtsnormen ersetzen. Etwaige formelle Gesetze der Landesaufnahmegerichte, die die Möglichkeit des Erlasses einer Nutzungsordnung oder Hausordnung für die Unterkünfte vorsehen,<sup>508</sup> stellen demnach keine rechtliche Generalklausel dar, die es legitimiert, per Hausordnung willkürlich Befugnisse für Grundrechtseingriffe zu normieren bzw. an private Dritte zu übertragen.<sup>509</sup> Die Befugnis zu Grundrechtseingriffen muss stets auf einer demokratischen Legitimationskette und damit formeller Gesetzgebung basieren.<sup>510</sup>

Wer ein Hausverbot aussprechen darf, richtet sich außerdem danach, wer das eigentliche Hausrecht innehat. Diese Frage wird im Rahmen der

<sup>504</sup> *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 433.

<sup>505</sup> *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht (2019), S. 442.

<sup>506</sup> *Lange*, Kommunalrecht (2013), S. 795.

<sup>507</sup> *Cremer/Engelmann*, Hausordnungen menschenrechtskonform gestalten (2018); *Engler*, Asylmagazin 2018; *Lederer*, Grundrechte für Geflüchtete in Gemeinschaftsunterkünften (2018).

<sup>508</sup> Vgl. etwa § 6 Abs. 3 S. 2 Flüchtlingsaufnahmegeretz Baden-Württemberg.

<sup>509</sup> »Das Recht, eine Hausordnung zu schaffen, vermag indes Eingriffsnormen nicht zu ersetzen. Die in einer solchen Hausordnung geregelten Beschränkungen müssen auf anderen Vorschriften des Gesetzes gründen (Bundesverfassungsgericht StV 1996, 499 f)«. OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.06.2010 – 1 Ws 851/09 – Rn. 16 (juris). Siehe auch Kapitel C, Fn. 431.

<sup>510</sup> Dies hat das Bundesverfassungsgericht in der bereits erwähnten Maßregelvollzug-Entscheidung (siehe Kapitel C, Fn. 408, 409) 2012 ausgeführt: »Alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedarf nach dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) der demokratischen Legitimation. Es muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden«. BVerfG, Urt. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 – Rn. 165 (juris).

Privatisierung des Betriebs der Flüchtlingsunterkünfte zunehmend komplex. Das Hausrecht ist zunächst ohnehin rechtlich nicht klar definiert.<sup>511</sup> Im Privatrecht leitet es sich nach allgemeiner Auffassung aus dem Eigentum und den daraus folgenden Selbsthilfe- und Unterlassungsansprüchen des Bürgerlichen Gesetzbuches ab:

Das Hausrecht [beruht] auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB. und [ermöglicht] seinem Inhaber, in der Regel frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt.<sup>512</sup>

Im öffentlichen Recht lässt sich die Möglichkeit von Hausverboten für Behörden aus dem Rechtsgrund der ungestörten, ordnungsgemäßen Verwaltungstätigkeit ableiten.<sup>513</sup> In diesem Fall handelt es sich bei der Erteilung eines Hausverbots um einen Verwaltungsakt, gegen den – wie gegen jeden Verwaltungsbescheid – Widerspruch eingelegt werden kann.<sup>514</sup> Die meisten Erstaufnahmeeinrichtungen werden von den Ländern selbst betrieben; wird dort ein Hausverbot erteilt, handelt es sich um einen Verwaltungsakt,<sup>515</sup> zu dem Betroffene theoretisch nach § 28 VwVfG Stellung nehmen und gegen den sie nach § 79 VwGO Widerspruch einlegen können.

Viele Betreiber von Flüchtlingsunterkünften sind in der Regel jedoch weder Eigentümer der Unterkünfte, noch handelt es sich um Behörden. Vielmehr handelt es sich um private Firmen, die im Auftrag des Landes die Flüchtlingsunterkünfte betreiben. Die Regel, im Zweifelsfall darauf abzustellen »welche Rechtsnormen die Rechtsbeziehungen der Beteiligten und damit das Hausverbot prägen«,<sup>516</sup> hilft dann nicht weiter. Denn auch wenn die Rechtsbeziehung zwischen privaten Betreibern und Asylsuchenden eine öffentlich-rechtliche ist,<sup>517</sup> können diese keine Verwaltungsakte erlassen, da ihre privatrechtliche Rechtsform bestehen bleibt; sie agieren also nicht als Beliehene (siehe S. S. 296f.). Das wiederum führt dazu, dass sie sich nicht öffentlich-rechtlicher Handlungsformen wie der des Verwaltungsakts bedienen können.<sup>518</sup> Hausverbote in diesen Flüchtlingsunterkünften sind entsprechend eine Mischform, bei denen das

<sup>511</sup> *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen (1988), S. 174.

<sup>512</sup> BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 115/11 – Rn. 8 (juris).

<sup>513</sup> SG Dortmund, Beschl. v. 09.11.2017 – S 30 AS 5263/17 ER – Rn. 11 (juris).

<sup>514</sup> LSG Sachsen, Urt. v. 13.08.2015 – L 3 AS 708/15 – Rn. 43 (juris).

<sup>515</sup> VG Kassel, Beschl. v. 27.12.2017 – I K 1933/16.KS – Rn. 7f. (juris).

<sup>516</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 08.10.1997 – 25 B 2208/97 – Rn. 3 (juris).

<sup>517</sup> Vgl. etwa § 6 Abs. 3 S. 1 Flüchtlingsaufnahmegesetz Baden-Württemberg: »Für die Dauer der Erstaufnahme wird ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis begründet«.

<sup>518</sup> *Ernst*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 335.

Hausrecht vertraglich<sup>519</sup> oder per Gesetz<sup>520</sup> auf den Betreiber übertragen wird, gleichzeitig jedoch kein privatrechtliches Verhältnis zwischen Betreibern und den untergebrachten Geflüchteten besteht. Rechtlich hat dies zur Folge, dass Betroffene von Hausverboten nicht dieselben Rechtsbehelfe wie bei einem Verwaltungsakt nutzen können. Gleichzeitig ist der Rahmen, in dem sich die Betreiber bei der Ausübung des Hausrechts bewegen, eng: Die unmittelbare grundrechtliche Bindung muss auch bei der Ausübung des Hausrechts in Form von Hausverbots beachtet werden. Die Hausverbote müssen deshalb zunächst dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalten.<sup>521</sup> Inwiefern dieser eingehalten wird, kann sich je nach Grund, Art der Erteilung und Auswirkungen eines Hausverbots unterscheiden. Für die grundrechtliche Bindung der Betreiber bei der Ausübung des Hausrechts spielt es dabei keine Rolle, dass zur Erfüllung der Aufgabe zum Teil private Unternehmen herangezogen werden – die wiederum private Sicherheitsfirmen beauftragen. Denn auch wenn die Betreiber der Unterkünfte das Hausrecht innehaben,<sup>522</sup> dürfen sie dieses nicht willkürlich ausüben. Entsprechend gelten für sie dieselben Maßstäbe wie für deren öffentlich-rechtliche Auftraggeber. Diese sind nach Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG unmittelbar an die Verfassung und die Grundrechte gebunden. Andernfalls käme die Zuhilfenahme privater Akteure einer »Flucht ins Privatrecht« gleich, bei der der Staat sich grundrechtlicher Bindungen entledigen könnte, indem er private Unternehmen mit der Durchführung hoheitlicher Pflichten beauftragt.<sup>523</sup> Das bedeutet in der Folge eine Beschränkung der Wahrnehmung des Hausrechts durch öffentlich-rechtliche Kriterien.<sup>524</sup>

<sup>519</sup> Für Berlin hat beispielsweise nach § 2 Abs. 4 des Muster-Betreibervertrags der Betreiber der Unterkunft das Hausrecht, Mustervertrag des Landes Berlin »über den Betrieb einer Unterkunft und die Betreuung der wohnenden Flüchtlinge und Asylbewerberinnen und Asylbewerber (Betreibervertrag)«, Stand Dezember 2016. Die zuständige Behörde, in diesem Fall das Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten (LAF), muss jedoch über Hausverbote informiert werden und kann gegebenenfalls abweichende Entscheidungen treffen.

<sup>520</sup> Vgl. § 1 Abs. 7 Aufnahmegesetz Sachsen-Anhalt.

<sup>521</sup> BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – I BvR 699/0; VG Osnabrück, Urt. v. 04.05.2012 – 6 B 44/12 Rn. 33 (juris); LSG Sachsen, Urt. v. 13.8.2015 – L 3 AS 708/15 – Rn. 64f. (juris).

<sup>522</sup> Mustervertrag des Landes Berlin »über den Betrieb einer Unterkunft und die Betreuung der wohnenden Flüchtlinge und Asylbewerberinnen und Asylbewerber (Betreibervertrag)«, Stand Dezember 2016.

<sup>523</sup> Für private Abschleppdienste: BGH, Urt. v. 18.02.2014 – VI ZR 383/12.

<sup>524</sup> Dies lässt sich auch in der Fraport-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nachlesen: »Die öffentliche Hand kann zwar die zivilrechtlichen Eigentümerbefugnisse – wie vorliegend das Hausrecht – nutzen, jedoch

## (2) Rechtswirklichkeit: Hausordnungen als flexible quasi-formelle Rechtsnormen

Mit dem immer üblicher werdenden Einsatz von privaten Akteuren scheinen oftmals auch die rechtlichen Befugnisse zur Ausübung des Hausrechts in Flüchtlingsunterkünften zu verschwinden. Schon die Frage, inwiefern beispielsweise private Sicherheitsfirmen das Hausrecht mit Hilfe von Hausverboten durchsetzen dürfen bzw. inwiefern ihnen das Hausrecht eines öffentlich-rechtlichen Gebäudes übertragen werden kann, ist umstritten (siehe hierzu S. 225). Dies gilt erst recht für den eingeschränkten Raum der Flüchtlingsunterkunft, was der VGH Baden-Württemberg in seiner bereits erwähnten Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Hausordnung für Flüchtlingsunterkünfte in Baden-Württemberg bestätigte (siehe zum Verlauf des Prozesses S. 189ff.).<sup>525</sup> Hausordnungen dienen jedoch trotz der rechtlichen Unschärfe oftmals als Legitimation der Übertragung von rechtlichen Befugnissen an private Akteure. Die Hausordnungen werden in diesem Zusammenhang zu einer flexiblen Selbstgesetzgebung der Kommunen oder Betreiber, einem quasi-formellen Recht, mit dessen Hilfe private Akteure ermächtigt werden, in die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner einzutreten. Dabei spielen sie für die Konstruktion der Rechtswirklichkeit in den Unterkünften eine zentrale Rolle: Sie normieren nicht nur, wer sich wie in den Unterkünften aufhalten darf, sondern beispielsweise auch, welche Gegenstände auf dem Gelände erlaubt sind oder wann die Zimmer der Bewohnerinnen und Bewohner betreten werden dürfen. Damit können sie zu einer verstärkten Isolierung und einem Ausschluss einer (Gegen-)Öffentlichkeit in den Unterkünften führen, etwa dann, wenn NGOs oder Besuchenden der Zugang verwehrt wird. Die Grenzen der in den Hausordnungen normierten Eingriffsbefugnisse werden im Rahmen der dezentralen rechtlichen Ausgestaltung und Privatisierung dabei durchaus unterschiedlich festgelegt: Während manche Hausordnungen etwa ausführlich in der Unterkunft verbotene sowie erlaubte Gegenstände auflisten, konzentrieren sich andere Hausordnungen ausschließlich auf die Befugnisse

entheben diese nicht davon, insbesondere einseitig verbindliche Entscheidungen durch legitime Gemeinwohlzwecke am Maßstab der Grundrechte und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen». BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – I BvR 699/0 – Rn. 58 (juris). Im Übrigen ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Grundrechte auch mittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten; dies gilt auch für das Aussprechen von Hausverboten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015 – I BvQ 25/15.

<sup>525</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – I2 S 4089/20 – Rn. 120 (juris).

der Sicherheitsfirmen, und wiederum andere Hausordnungen sind kurz und ungenau gehalten. Die Hausordnungen selbst sind den Bewohnerinnen und Bewohnern dabei oftmals nicht bekannt, und das, obwohl sie einen starken Einfluss auf deren Grundrechte und Wohnalltag haben. So prekarisiert schon die mangelnde Transparenz in der Rechtspraxis die rechtliche Stellung der Bewohnerinnen und Bewohner. Darüber hinaus erschwert auch das rechtliche Konstrukt der Hausordnungen selbst einen möglichen Rechtsschutz. Zwar kann gegen Hausverbote, die als Verwaltungsakte erlassen werden, auf verwaltungsrechtlichem Weg vorgegangen werden.<sup>526</sup> Allerdings wird die Ausübung des Hausrechts oftmals durch die Sicherheitsfirmen praktiziert, und diese stehen, wie bereits erörtert, in einem äußerst komplexen rechtlichen und persönlichen Verhältnis zu den Bewohnerinnen und Bewohnern. Hausverbote, die von ihnen ausgesprochen werden, erfolgen nicht in der klassischen Rechtsform des Verwaltungsakts, da sie nur als Verwaltungshelfer agieren (siehe S. S. 296f.); gegen sie kann beispielsweise kein Widerspruch eingelegt werden. Dasselbe gilt für Hausverbote für externe Besucher, die in einem eher informellen Rahmen vergeben werden. Darüber hinaus ist eine Dokumentation oder rechtliche Mobilisierung gegen Einzelakte von Mitarbeitenden in den Unterkünften für die prekarisierten Bewohnenden mit vielen Hürden verbunden, wie etwa der Sorge vor andauernden Konflikten im Wohnort oder Fragen der Glaubwürdigkeit vor Gericht (siehe hierzu S. 280). Der Rechtsschutz gegen die repressiven Hausordnungen ist faktisch demnach enorm erschwert. Diese rechtliche Prekarisierung im Vorgehen gegen rechtswidrige Hausordnungen zeigt sich auch in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Normenkontrollantrag mehrerer Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtung Freiburg. Das Bundesverwaltungsgericht bewertete den Antrag als unzulässig, da es den bereits ausgezogenen Bewohnern an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle – sie seien aufgrund ihres Auszugs und der Verabschiedung einer neuen Hausordnung für die Erstaufnahmeeinrichtung in doppelter Hinsicht nicht mehr von den Regeln der Hausordnung betroffen.<sup>527</sup> Dass es sich hierbei um einen rechtlich einzigartigen Fall von Hausordnungen handelt, denen die Bewohnerinnen und Bewohner aufgrund der gesetzlichen Wohnverpflichtung teils für Jahre unfreiwillig unterworfen sind und die sie wiederum aufgrund ordnungspolitischer Entscheidungen der Umverteilung auf andere Unterkünfte auch nicht freiwillig sondern aufgrund einer ordnungsrechtlichen Verfügung verlassen, beachtet das abstrakte Verständnis des Rechtsschutzbedürfnisses des Bundesverwaltungsgerichts nicht. Mag ein präventiver Rechtsschutz gegen

<sup>526</sup> Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 28.03.2023 – I C 40/21.

<sup>527</sup> Bundesverwaltungsgericht, Pressemitteilung Nr. 48/2023 vom 15.06.2023.

die Hausordnungen theoretisch möglich sein,<sup>528</sup> erschwert die Entscheidung den faktischen Rechtsschutz der Bewohnerinnen und Bewohner stark.<sup>529</sup>

- 528 »Für die Bejahung des Rechtsschutzinteresses genügt es, daß sich die Rechtsstellung des Antragstellers aktuell verbessern kann, daß also die begehrte Entscheidung im Hinblick auf das angestrebte eigentliche Ziel nicht offensichtlich nutzlos ist.«, BVerwG, Beschl. v. 17.12.1992 – 4 N 2/91 – Rn. 14 (juris). Insofern könnten Normenkontrollanträge für Hausordnungen auch dann gestellt werden, wenn die Bewohner noch in der Unterkunft wohnen, ihre Grundrechte jedoch noch nicht durch das Anwenden der Hausordnung, etwa durch die Sicherheitsdienste, verletzt wurden, weil durch den Normenkontrollantrag verhindert werden kann, dass die Grundrechte der antragstellenden Bewohner zukünftig unverhältnismäßig verletzt werden. Dieses Rechtsschutzbedürfnis würde dann jedoch erneut entfallen, sobald die Bewohnenden aus der Unterkunft heraus auf eine andere Unterkunft, in der eine andere Hausordnung gilt, verteilt würden. Insofern wäre eine solche Klage nur im Wege des Eilrechtsschutzes und dessen spezifischen Voraussetzungen, vgl. hierzu § 123 Abs. 1 VwGO, sinnvoll.
- 529 Dabei wurde die Frage nach der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO aufgrund eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses auch schon in der Vorinstanz des VGH Mannheim gestellt und aufgrund der Schwere der Grundrechtseingriffe teilweise angenommen: »Ist ein Antragsteller – wie hier aufgrund des endgültigen Verlassens der LEA bzw. des Anwendungsbereichs der Hausordnung – bereits vor dem Zeitpunkt des nachfolgenden Außerkrafttretens der Norm nicht mehr in der geltend gemachten Form von den mit dem Normenkontrollantrag angegriffenen Regelungen betroffen, kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Das Rechtsschutzinteresse ist zu verneinen, wenn der Antragsteller unabhängig vom Ausgang des Normenkontrollverfahrens keine reale Chance hat, die von ihm geltend gemachte Rechtsverletzung abzuwenden bzw. seine Rechtsstellung zu verbessern. [...] Ein berechtigtes individuelles Interesse an der Fortführung des Normenkontrollverfahrens kann sich u.a. auch zur Rechtsklärung bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Freiheiten eines Antragstellers ergeben. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen ›tiefgreifender‹ oder ›gewichtiger‹ Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung (in der Hauptsache) kaum erlangen kann«, VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 02.02.2022 – 12 S 4089/20 – Rn. 62, 66 (juris). Das Bundesverwaltungsgericht lehnte das Vorhandensein des Rechtsschutzbedürfnisses ab, da die Hausordnungen nicht unmittelbare Grundrechtseinschränkungen normierten, sondern zunächst durch das Personal etwa in Form von Zimmerbetretungen ausgeführt werden müssten, und verwies auf die Möglichkeit eines präventiven Rechtsschutzes. Das Urteil ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeit nicht veröffentlicht, die

Ein weiteres Beispiel für den Einsatz der Hausordnung und des Hausrechts in der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte findet sich in dem 2018 ausgesprochenen Betretungsverbot der Regierung von Oberbayern, die für Mitarbeitende des Infobusses des Münchner Flüchtlingsrats sowie Amnesty International ein Zugangsverbot für sämtliche Erstaufnahme- und AnkER-Einrichtungen in Oberbayern aussprach. Bei diesem Infobus handelt es sich um eine mobile kostenlose Rechtsberatung, die zu ausgewählten Erstaufnahme- und AnkER-Einrichtungen fährt. Ein Rechtsberater berichtete hierzu bei einem Feldbesuch im Infobus:

I: Wir stehen hier jetzt aber ja um die Ecke vom [AnkER-]Zentrum, ihr könnt mit dem Bus nicht in die Unterkunft reinfahren. Warum? #oo:03:53-6#

B: Wir haben von der Regierung von Oberbayern 2018, als wir das Projekt gestartet haben, ein Zugangsverbot bekommen, ein komplettes, das heißt, auch unsere Berater/innen, auch wir als Personen, durften nicht rein. Früher war das so, dass wir uns einfach an der Pforte gemeldet haben, dann sind wir reingegangen. Mit dem Bus können wir schon lange nicht rein, wegen Brandschutz, was ein bisschen blöd ist, das ist die offizielle Begründung, Brandschutz und Privatsphäre. Genau. Und aktuell schaut's so aus, dann haben wir dagegen geklagt, das ging dann über ein Jahr. Und jetzt letztes Jahr im Herbst haben wir dann ein Zugangsgebot bekommen, also wir dürfen reingehen, mit Voran/abmeldung. Genau, also mandatiert. Das heißt, wenn wir jemanden haben, der beraten werden will, dürfen wir rein, theoretisch. #oo:04:46-0#

I: Wie kam es zu diesem Betretungsverbot? Gab es einen bestimmten Vorfall, weshalb das auf einmal erlassen wurde, oder wie erklärt ihr euch das? #oo:04:52-6#

B: Spekulation natürlich, weil wir keine offizielle Stellungnahme von der Regierung von Oberbayern bekommen haben. Offiziell heißt es »Brandschutz und Privatsphäre«. Wir gehen davon aus, dass es darum geht, dass wir das Projekt hier in Ingolstadt starten wollten, einfach auch um diese AnkER-Zentren überprüfen zu können, also damit das halt ein geschlossener Raum bleibt, indem die Leute, wofür AnkER auch steht, Anerkennung, Entscheidung und Rückführung, vor allem die Rückführung eben möglichst reibungslos abläuft und es keinerlei unabhängige Beratungsstellung gibt, keine Monitoring-Systeme, genau. Und dass einfach so eine black box bleibt, wie sie ist. #oo:05:35-7#

Verfasserin war jedoch während des Prozesses vor dem Bundesverwaltungsgericht anwesend. Der Normenkontrollantrag wurde am 16.12.2020 gestellt, als zwei Bewohner noch in der Erstaufnahmeeinrichtung lebten; bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, das die Unzulässigkeit wiederum auf den Auszug stützte, vergingen insofern über zwei Jahre.

I: Und ihr könnt aber die Flyer für eure Beratung in der Kantine auslegen? #oo:05:41-3#

B: Wir haben da kein offizielles Statement von der Regierung. Wir geben sie immer wieder Leuten mit, die das für uns machen oder der Caritas, die das für uns macht, das sind so die Ideen. #oo:05:51-5#

I: Und die Leute dürfen das auch machen, oder machen die das dann eher heimlich? #oo:05:58-1#

B: Bisher hat uns das noch keiner bestätigt, wie er das gemacht hat. Eigentlich ist es kein Problem. Was wir mitbekommen haben ist, wenn die Security uns fragt, ob wir Flyer für sie haben, weil die sind ja auch oft Leute mit Migrationshintergrund, die dann vielleicht noch in anderen Camps wen kennen usw. Da wird dann klar gesagt, gib den Flyer zurück, sonst fliegst du raus. Sonst gibt es Ärger. #oo:06:22-6#

Der Münchener Flüchtlingsrat reichte Klage gegen das Zugangsverbot mit teilweisem Erfolg ein: Die Beratenden dürfen bei Bedarf für einzelne Beratungsgespräche in die Unterkünfte, allerdings nicht mit dem Bus in den Unterkünften selbst eine barrierearme, anlasslose Beratung anbieten.<sup>530</sup> Der Rechtsberater bezeichnet die Unterkünfte dabei als »black box« und »geschlossene Räume«. Deutlich wird hier, wie die ordnungsrechtliche Rationalität in der Kombination mit der rechtlichen Flexibilisierung einen rechtlich unübersichtlichen und für zivilgesellschaftliche Akteure schwer zugänglichen Raum schafft.

### *c. Baurechtliche Duldung*

Teil der Flexibilisierung ist schließlich auch das verwaltungsrechtliche Instrument der Duldung. Der Begriff der Duldung stellt einen »Sammelbegriff«<sup>531</sup> dar, der verschiedene Arten des Nicht-Einschreitens durch die Verwaltung umfasst: »Die Duldung ist also das (zumindest vorübergehende) bewusste Unterlassen ordnungsbehördlichen Einschreitens gegen einen rechtswidrigen Zustand, trotz Vorliegens aller Handlungsvoraussetzungen in Kenntnis des maßgeblichen Sachverhalts«.<sup>532</sup> Für die Flüchtlingsunterbringung ist dabei insbesondere die baurechtliche Duldung relevant. Bei dieser werden sowohl formell rechtswidrige Zustände geduldet, bei denen ein Bauvorhaben beispielsweise nicht genehmigt wurde, sowie materielle rechtswidrige Zustände, etwa wenn ein

<sup>530</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat inzwischen über die Klage entschieden: Siehe hierzu Kapitel C, Fn. 131.

<sup>531</sup> Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 5.

<sup>532</sup> Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 12.

Bauvorhaben nicht dem Bebauungsplan oder der Baunutzungsverordnung entspricht.<sup>533</sup> Sie ist rechtlich nicht normiert, und damit ein flexibles Instrument für den Umgang der Verwaltung mit baurechtlich rechtswidrigen Zuständen. Im Verwaltungsrecht findet die Duldung in verschiedenen Bereichen Anwendung,<sup>534</sup> wobei die baurechtliche Duldung sich etwa von der ausländerrechtlichen Duldung gerade darin unterscheidet, dass bei der letzteren der Status der Duldung verrechtlicht ist und ein expliziter Anspruch auf eine Duldung besteht.<sup>535</sup>

Als flexibles Instrument wurde die Duldung in der Flüchtlingsunterbringung vermehrt angewendet, um die Unterbringung in baurechtlich nicht zu Wohnzwecken bestimmten Gebäuden und in Gebäuden, die Teile der Bauordnungen wie etwa Brandschutzbestimmungen nicht einhalten, zu ermöglichen bzw. um Flüchtlingsunterkünfte in Bereichen zu errichten, die nach den lokalen Bebauungsplänen keine Bebauung zu Wohnzwecken vorsehen.<sup>536</sup> Auch in den für diese Arbeit untersuchten Forschungsfeldern wurde sie zu diesem Zweck eingesetzt. Die Duldung wurde etwa von Berliner Behördenmitarbeitenden für die Notunterkunft Tempelhof-Schönefeld als Möglichkeit beschrieben, schnell eine große Anzahl von Übernachtungsplätzen bereitzustellen, obwohl die Notunterkunft im Flughafen Tempelhof zum Zeitpunkt der Interviews gegen einschlägige Brandschutzvorschriften verstieß. Ähnlich wird dies auch in der Literatur zu Duldungserlassen der Behörden für die Errichtung bzw. den Betrieb von Flüchtlingsunterkünften in anderen Bundesländern beschrieben.<sup>537</sup> Auch wenn die baurechtliche Duldung in diesem Zusammenhang als Mittel dient und diente, Geflüchtete vor der Obdachlosigkeit zu schützen, da mit ihr schnell und umbürokratisch Übernachtungsplätze geschaffen werden können, steht sie exemplarisch für die Auswirkungen der ordnungspolitischen Rationalität der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung in der Rechtswirklichkeit: Im Rahmen eines selbsterschaffenen Wohn-Notstands (s.o.), bei dem trotz aller Kapazitäts-Engpässe an der gesetzlichen Wohnverpflichtung für Geflüchtete festgehalten wird, wird die Duldung zum wichtigen Rechtsmittel, um die Wohnverpflichtung aufrechterhalten zu können. Zugleich handelt es sich

<sup>533</sup> Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 28.

<sup>534</sup> So bspw. im Umweltrecht, Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 13.

<sup>535</sup> Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 17.

<sup>536</sup> Hierzu wurde 2015 eigens das Baugesetzbuch geändert, um die Errichtung von Flüchtlingsunterkünften vom Bebauungsplan zu befreien, Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20.10.2015, BGBl. I Nr. 40 2015, S. 1722.

<sup>537</sup> Sommer, Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht (2017), S. 48.

bei den nicht-eingehaltenen Rechtsvorschriften um relevante Gewährleistungsrechte, wie etwa die Brandschutzverordnungen des Baurechts. Nicht ohne Grund sind Turnhallen aus baurechtlicher Sicht gerade nicht zu Wohnzwecken geeignet. Neben den Aspekt der Schaffung von Wohnraum tritt hier also ebenfalls die (zumindest) potenzielle Gefährdung der Bewohnerinnen und Bewohner. Die für die formelle Rechtmäßigkeit geforderten verfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechte Dritter im Sinne der § 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG und § 58 VwVfG sind in der Rechtswirklichkeit der Massenunterbringung dabei zwar für potenzielle Nachbarn der Unterkünfte,<sup>538</sup> nicht jedoch für die Bewohnerinnen und Bewohner selbst umsetzbar.

I: Das läuft dann sozusagen so, die unterschiedlichen Bereiche, also Baurecht, Denkmalschutz, Veterinär usw., die werden dann am Anfang überprüft, und dann wird das genehmigt, oder eben auch nicht? Und bei der Unterkunft [Ort] ist es genehmigt? #00:04:43-5#

B: Nee, in dem Fall nicht genehmigt. [...] Wir haben in [Ort] im Moment die Situation, dass alles über den Status der Duldung läuft. Das ist noch nicht genehmigt, und das hat auch noch nicht den Zustand des Genehmigungsfähigen. Sondern man sagt dann, unter bestimmten Voraussetzungen kann vorab genutzt werden, auf dem Status der Duldung, aber mit der Auflage, teilweise Sachen zu kompensieren. Also zum Beispiel den Brandschutz: wenn es da keine vernünftige Anlage gibt, dann stellt man eben Menschen hin, die immer gucken, dass es nicht brennt. [...] Das ist ein Zustand geduldet auf Zeit. Nämlich mit dem Ziel, es vernünftig zu tun in der Zeit. #00:05:41-1#

I: Das heißt, mit der Auflage, dass sozusagen die Bestimmungen getroffen werden müssen. Und wie lange gilt dann so eine Duldung, also gibt es da eine Frist? #00:05:44-9#

B: Na in der Regel gilt das wohl für ein halbes Jahr, aber wie genau die Fristen jetzt sind, kann ich Ihnen nicht sagen, man kann das auch verlängern, und das ist dann immer eine Frage der Aushandlung im Einzelfall. #00:06:03-2#

<sup>538</sup> Gibt man den Begriff »Flüchtlingsunterkunft« in die juristischen Datenbanken ein, eröffnet sich eine Fülle an baurechtlichen Verfahren, bei denen Anwohner oder benachbarte Gewerbe gegen die Errichtung einer Flüchtlingsunterkunft geklagt haben. Ein Beispiel für eine Klage einer Nachbarin gegen die Errichtung einer Gemeinschaftsunterkunft in einem Dialysezentrum, bei dem der Betrieb des Dialysezentrums trotz mangelnder Gebietsverträglichkeit geduldet wurde und die Nachbarin gegen die Erteilung einer Bau genehmigung für den Betrieb einer Flüchtlingsunterkunft klagte, findet sich bei VG Gera, Beschl. v. 16.12.2015 – 4 E 1073/15 Ge.

## 5. Paradox: Bewohner/innen als isolierte Untertanen und Bürger zugleich

Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität und der Sicherheitsfokus in Kombination mit den Privatisierungs- und Flexibilisierungsmaßnahmen des aktivierenden Gewährleistungsstaats führen so zunächst zu einem Paradox: Die Bewohnerinnen und Bewohner werden im Sinne der ordnungspolitischen Rationalität als Untertanen adressiert, zugleich jedoch im Sinne des aktivierenden Gewährleistungsstaats mit einer rechtlichen Flexibilisierung konfrontiert, die von ihnen aktive Eigeninitiative verlangt, auf klare formell-rechtliche Regelungen verzichtet und stattdessen auf informelle Kommunikation mit den Behörden setzt. Sowohl die Maßnahmen zur Aktivierung als auch die zum Gewaltschutz und zur Mitbestimmung setzen auf flexible Kommunikationsstrukturen, hinter denen keine klaren rechtlichen Ansprüche stehen, die die Bewohnerinnen und Bewohner einklagen könnten. Einerseits werden die Bewohnerinnen und Bewohner demnach als Untertanen einer rechtlichen Ordnungspolitik rechtlich prekarisiert. Zugleich sollen sie sich jedoch aus dieser prekären Situation heraus als aktive Bürger in informelle Arbeitsaktivierungsprogramme einbringen oder durch die Kommunikation mit Ombudspersonen und Beschwerdestellen an Diskriminierungsstrukturen und anderen Problemen in der Unterkunft arbeiten.<sup>539</sup>

Dabei führt die Flexibilisierung und Fragmentierung der rechtlichen Regelungen in den Unterkünften zu einer Intransparenz darüber, welche formell-rechtlichen Regelungen gelten. In der Folge erlangen privat-rechtliche Akteure und Behörden in der Praxis einen weiten Spielraum für ihre Handlungen und Entscheidungen. Nicht zuletzt die Möglichkeit der Betreiber und Behörden zur Entscheidung darüber, wer die Unterkünfte betreten darf, führt dazu, dass die Unterkünfte zu geschlossenen Räumen werden, in denen die Präsenz einer zivilgesellschaftlichen

<sup>539</sup> Diese »Privatautonomie als Fiktion«, die mit privatrechtlichen Rechtsverhältnissen einhergeht, haben von Eicken, Ernst und Zenz bereits 1989 für die Stellung von Bewohnern von Altersheimen, die aufgrund eines selbst abgeschlossenen Aufnahmevertrags in den Heimen waren, treffend beschrieben: »Die Tatsache, dass in den hier betroffenen Einrichtungen ganz überwiegend ›Aufnahmeverträge‹ abgeschlossen werden, wird zum Vorwand für die Fiktion von Privatautonomie im anachronistischen Sinne einer ›laissez-faire-Mentalität‹: mit Hilfe der darauf gestützten privatrechtlichen Konzeption der Rechtsverhältnisse in Einrichtungen sind bislang rechtliche Korrektive zum Schutz der sozial schwächeren Vertragspartner weitgehend abgewehrt worden, auch solche wie sie in anderen Bereichen des Privatrechts längst üblich sind (z.B. im Miet- oder Arbeitsrecht)«, Eicken, Fürsorglicher Zwang (1990), S. 91. Eine solche ›laissez-faire-Mentalität‹ lässt sich durchaus auch in der Flüchtlingsunterbringung wiederfinden.

Gegenöffentlichkeit erschwert wird. In der Rechtswirklichkeit der Unterkünfte lässt sich zudem beobachten, wie diese rechtliche Intransparenz und Isolation zu einer verstärkten Ungleichheit innerhalb der Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner führen kann. In beiden Forschungsfeldern wurde etwa die Verteilungspraxis auf die Notunterkunft am Tempelhofer Feld und die AnkER-Zentren als intransparent und der Willkür der Behörden überlassen beschrieben. Während im Rahmen der bundesweiten Verteilung mit dem Königsteiner Schlüssel die Geflüchteten dabei anonymisiert auf die Bundesländer verteilt werden, bleibt die Praxis der Verteilung innerhalb der Bundesländer der Entscheidung der Behörden überlassen. Sie folgt zum Teil einer Kategorisierung und Hierarchisierung von Bewohnerinnen- und Bewohnergruppen, bei der beispielsweise zuletzt die Bewohnerinnen und Bewohner ganzer Gemeinschaftsunterkünfte spontan umverteilt wurden, um ukrainische Geflüchtete unterzubringen.<sup>540</sup> Die Interviewpartnerinnen und -partner beschrieben dabei insbesondere in Bayern, dass die (Um-)Verteilung politischen Zielen der Behörden diente, wie etwa die vereinfachte Rückführung von Geflüchteten aus sicheren Herkunftsstaaten in den AnkER-Zentren, die Isolation bestimmter Geflüchtetengruppen aufgrund rassistischer Merkmale oder zur Auflösung und Sanktionierung von in den Unterkünften entstandenen Protestbewegungen. In beiden Forschungsfeldern berichteten die Bewohnerinnen und Bewohner darüber hinaus, dass die Isolation des Raums zum Teil auch dazu führte, dass keine Reaktion auf ihre Berichte über Gewalt und Diskriminierungen durch Security und andere Bewohnerinnen und Bewohner innerhalb der Unterkünfte folgte. Dieses Phänomen zeigte sich in Interviews schon in der vielfach geäußerte Frustration darüber, dass auf die durchaus getätigten Beschwerden, etwa über das Essen oder die Hygiene der Sanitäranlagen, keine Änderungen folgten. Ganz drastisch wird dies jedoch in dem Bericht einer Bewohnerin des AnkER-Zentrums Ingolstadt-Manching deutlich, die monatelang von anderen Bewohnern des Lagers zwangsprostituiert wurde und berichtet, von den Behörden in ihrer Problemschilderung ignoriert worden zu sein.<sup>541</sup>

Ein Aktivist und Rechtsberater in Bayern erzählt hierzu:

I: Und habt ihr da etwas auch von ethnischer oder religiöser Diskriminierung mitbekommen? Oder ist das nicht so das Thema? #oo:14:29-0#

B: Eher von rassistischer Diskriminierung. Als wir angefangen haben, oder ich angefangen habe, so im Mai/Juni/Juli waren unglaublich viele Nigerianer/innen in der Max-Immelmann Kaserne, und da ist schon immer wieder Rassismus vorhanden gewesen. #oo:14:48-2#

<sup>540</sup> Hardenberg, Sie sollen Platz machen, Süddeutsche vom 27.03.2022.

<sup>541</sup> Vgl. hierzu den Bericht in der Broschüre des Münchener Flüchtlingsrats: *Münchener Flüchtlingsrat*, System »AnkER« (2021), S. 32.

I: Durch...? #00:14:50-2#

B: Durch die Security, auch die Regierung tatsächlich, würde ich sagen. Das ist schon immer auch ein Kontext, den man mitlesen muss bei den ganzen Sachen, also was sie machen, warum sie die jetzt zum Beispiel nicht umverteilen. Es gibt diese Regelung, dass nicht mehr als 300 Nigerianer/innen auf dem Stadtgebiet Ingolstadt leben dürfen. Die ist auch inoffiziell, aber... #00:15:13-5#

I: Auf dem Stadtgebiet? #00:15:13-5#

B: Hm (bejahend)... Also die Max-Immelmann Kaserne steht ja in Manching. Das heißt, es ist nicht Stadtgebiet Ingolstadt. Aber jetzt hier die Neuburgerstraße, die Marie-Curiestraße und auch die P3 sind alle auf dem Stadtgebiet Ingolstadt. Und in den Unterkünften sollen nicht mehr als 300 Nigerianer/innen untergebracht werden. #00:15:33-5#

I: Und dann geht es speziell um die Nationalität Nigerianer/innen? #00:15:33-9#

B: Genau, weil zum Beispiel, es ist ja immer nach diesem Königsteiner Schlüssel aufgeschlüsselt und auch in Bayern dann nochmal, welche Unterkünfte welche Leute nehmen. Deshalb habe ich ja grade vorhin gesagt, wir haben viele Nigerianer/innen, Afghanen und Leute aus den sicheren Herkunftsstaaten von Moldavien, Albanien etc. Weil die Ingolstadt zugewiesen sind als Punkt. Und da hat sich die Stadt dann eben dagegen gestellt und gesagt, ok, es geht vor allem um die Hautfarbe der Leute und es geht darum, dass es nicht so viele Schwarze sind, und dadurch, dass das einzige Herkunftsland für Ingolstadt-Manching Nigeria ist, fixiert sich das auf Nigerianer/innen. #00:16:09-3#

I: Und gibt es gegen die Verhältnisse, die du beschrieben hast, in der Unterkunft oder auch wegen Konflikten mit dem Sicherheitspersonal Protest durch Bewohnerinnen und Bewohner? #00:16:21-8#

B: Ja. Schon. Vor allem eben von den Nigerianer/innen. Ich weiß nicht, ob du Refugees Struggle for Freedom kennst? Die Gruppe, da sind einige gewesen hier aus Ingolstadt-Manching. Inzwischen ist die Situation ganz anders, also auch in Ingolstadt-Manching. Die haben viele Leute umverteilt, also vor allem Nigerianer/innen sind ganz wenige nur noch da, sind noch 25 in den ganzen AnkER-Zentren. Und dadurch sind halt auch die Proteste weniger geworden, weil vor allem die Refugees Struggle Leute da Protest organisiert haben. Aber das war vor meiner Zeit. Also bevor ich angefangen hab'. #00:16:57-3#

I: Und umverteilt dann als Reaktion auf die Proteste? #00:16:58-9#

B: Ich glaube halt auch so ein bisschen auf die Problematik mit der Zwangspornstitution. Das war in Ingolstadt ein ganz großes Problem in der Max-Immelmann Kaserne mit den Nigerianer/innen. Das hat bis ins Camp rein stattgefunden, dass die Leute da prostituiert wurden, dass dann Freier vor der Tür standen und die Leute abgeholt

haben. Ich glaube schon, dass das eine größere Rolle gespielt hat. [...] #oo:17:36-0#

I: Und die Zwangsprostitution wurde extern organisiert, oder waren da auch Strukturen von... also in Berlin zum Beispiel gab's ja einen ganz großen Skandal, weil die Sicherheitsfirmen die Zwangsprostitution mitorganisiert haben. Ist das in Ingolstadt oder Bayern auch so gewesen? #oo:17:58-6#

B: Ich hab' immer nur Gerüchte dazu gehört, ich hab' nie was Handfestes, sonst hätten wir da schon was gemacht, aber es ist schon auch so, dass die Security da ordentlich mitwirkt oder mitmacht, einfach indem sie die Augen zumacht, bestochen wird, usw. Wie weit die da mit drin hängen kann ich dir nicht sagen. #oo:18:15-2#

Wie willkürlich dabei die Verteilungsentscheidungen, sowohl innerhalb der Unterkünfte als auch zwischen den Unterkünften, erlebt werden, erzählt auch ein/e Bewohner/in:

I: Und wart ihr getrennt untergebracht von den anderen, weil ihr eine Familie wart, oder wart ihr auf demselben Flur wie alle anderen auch? #oo:11:50-4#

B: Wir waren in den Containern, hast du die gesehen? [...] als wir da waren, war es Winter, und da lebten dort die Familien. Und man sagte, also die Leute, die da lebten, sagten, ja das ist das beste Camp, das ist für Familien, hier ist es immer ruhig und gut. Aber [...] mit uns kamen viele Leute, aus [Ort] auch, große Familien mit vielen Kindern, die waren sehr laut und danach hat man auch wieder [Nationalität] gebracht, alleinstehende und viele [Nationalität]. Als wir kamen, man hat gesagt, das Camp ist zur Hälfte besetzt. Nach unserer Ankunft kamen innerhalb von einem Monat viele Leute zu uns und das Camp war voll. Und dann fingen die Schlägereien und Konflikte an, jeden Morgen, weil die [Nationalität], denen gefiel es nicht, dass die [Nationalität] sehr laut sind. Jemand kommt, redet mit den [Nationalität], drei vier Männer, »was willst du«, dann kommen die [Nationalität] auch, mischen sich ein und dann fängt das an. Dann eskaliert es. Du bist immer im Stress, weil du weißt nicht, was passiert oder nicht passiert. Und wir waren mit meinem Papa zusammen in einem Raum. Und wir haben gesagt, wir sind zwei Frauen und Papa, wir können nicht in einem Raum sein. »Ja wir haben wenig Platz, Sie sollen in einen Raum«. Und dann in den letzten drei Monaten, als wir schon die Ausbildung machten und wir sagten, hey wir müssen in der Nacht lernen aber Papa, er hat Problem mit Bluthochdruck, also er muss gut schlafen und das Kind auch. Warum sollen sie mit Licht sitzen, wenn wir lernen? Und dann haben sie gesagt, »ja, ok, wir geben euch noch einen Raum«. #oo:13:52-3#

I: Ok, aber erst am Ende. #oo:13:52-3#

B: Ja, das war auch vom Büro so die Ansage, »das ist kein Hotel, ihr habt keine Chance, ihr werdet sowieso abgeschoben«. [...] Unser Raum, es war ein Container mit zwei Räumen. Ein größerer und ein kleinerer und eine Toilette. Und der kleine Raum war immer frei, die ganze Zeit. Also im ersten Winter, als es so viele Leute waren, hatten wir Nachbarn. Dannach wurden die abgeschoben und dieser Raum war frei. Und niemand wurde da untergebracht. Und wir sagten, »geben Sie bitten diesen Raum für unseren Papa und Kind«. »Nein«. Warum? Sechs, acht Monate war der Raum geschlossen, sie haben ihn uns nicht gegeben. Was war das Problem? »Ja, es kommen Leute« und sechs, acht Monate kamen aber keine Leute. [...] #00:15:42-0#

I: Konntet ihr Besuch empfangen? #00:15:49-0#

B: Nein. Aus anderen Camps, die konnten kommen zu uns und die sollten diese Ausweise zeigen. Aber nicht einfach die Leute von draußen. Nur die Leute, die in Camps leben, in anderen Camps, die konnten zu uns kommen. #00:16:23-4#

[...]

I: Also wenn ihr zur Heimleitung gegangen seid, ist nichts passiert? #00:36:36-3#

B: Sie machten nichts. Ich kann da nur sagen, als wir hier eine Wohnung kriegen sollten, sie haben das erfahren, aber sie wollten immer Druck machen, psychologisch haben sie uns unter Druck gesetzt: »Keine Chance«, der eine Betreuer meinte, »ah, du musst hier als Putzfrau arbeiten«, sowas. [...] Und als sie erfuhren, dass wir einen Transfer in eine Sozialwohnung bekommen sollen, haben sie entschieden, dass wir in ein anderes Camp umziehen sollen. Ich war schon in der Schule, meine Schwester ruft mich an, sie war gestresst, Alltag, sie ruft an, »sie wollen uns umverteilen ins [Ort]«. Ich ging nach Hause und fragte den Camp-Chef, »Was ist das Problem?« »Ja, die Regierung hat gesagt, sie sollen umziehen. [...] das ist Corona, Sie haben ein Kind und im [Ort] gibt es eine Schule, das Kind muss von da in die Schule gehen«. Ich hab' gesagt, »was ist das Problem, jeden Tag fährt der Shuttlebus um sieben Uhr, zum [Ort] und bringt die Leute, die Interviews machen, dahin, und das Kind konnte mit dem Bus immer fahren«. [...] »Ja, Sie müssen umverteilt werden, jetzt ist der Shuttle-Bus in einer Stunde da, packen Sie schnell Ihre Sachen. Sonst werden Sie rausgeschmissen und Ihre Sachen werden ins andere Camp gefahren«. [...] Ich habe meinen städtischen Betreuer von der Ausbildung angerufen, der hat die Regierung angerufen, die Regierung hat den Camp-Chef angerufen und gesagt, hey, lasst sie in Ruhe. Und [Mitarbeiter Rechtsberatung] wie oft habe ich ihn angerufen, er hat mich immer beruhigt, wir schauen, was wir machen können, und ja, wenn es ihn nicht gegeben hätte, meine Familie würde vielleicht schon abgeschoben sein oder wir wären verrückt geworden. #00:43:04-1#

Auffällig in dem Bericht ist hierbei, dass die Unterkünfte zwar nach außen geschlossen sind, jedoch nicht für Besuche zwischen den Bewohnerinnen und Bewohnern; die Bewohnerinnen und Bewohner werden demnach primär als Gruppe der ›Lagerbewohnerinnen und -bewohner‹ gegenüber einer Öffentlichkeit außerhalb der Lager isoliert. Der/die Interviewte beschreibt Leute, die außerhalb der Lager wohnen, selbst als Leute »von draußen«, das »drinnen« bezieht sich demnach nicht nur auf das eigene Lager, sondern das Lagersystem allgemein. Die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner wird zudem durch die Intransparenz der rechtlichen Regelungen sowie die Geschlossenheit der Räume ungleich und intersektional verstärkt. Das junge Kind und der alte Vater werden den Konflikten genauso ausgesetzt wie die jungen erwachsenen Bewohner.<sup>542</sup> Die rechtlichen Rationalitäten wirken dabei nicht lediglich repressiv auf die Bewohnerinnen und Bewohner. Vielmehr zeigt sich die prekarisierende Struktur in einer Verantwortungsabgabe an private Akteure und einem »Überlassen« der Bewohnerinnen und Bewohner an die privaten, nicht ausreichend rechtlich regulierten Akteure. Dabei verweisen die privaten Betreiber in Bezug auf die Ausgestaltung des Alltags in den Unterkünften wiederum auf die staatlichen Behörden. Dass dies zu einer kafkaesken Situation<sup>543</sup> führen kann, in der es de facto keine Ansprechpartner gibt, erzählt ein Bewohner aus dem AnkER-Zentrum:

B: I don't know how it works, but when I was in Italy, the first thing they did, when we came to the country, was to tell us the rules and regulations of the country. And also they gave us a teacher that would teach us the language. But in Germany it's different. I don't know why, maybe it's because of [Ort]. They bring us here to put us in the camp. No information. No guideline, this is how the country is, this is the law, this is what you should do, this is what you shouldn't do, nobody tells us. They just leave us there. No school, we tell them, we want to go to school, they will tell you, you have to wait. For how long? They say, we

542 »Es ist auch einfach kein Ort für Kinder, weil es ist ein sehr konfliktbehafteter Ort. Es gibt Leute, die Drogen konsumieren, Leute, die Alkohol konsumieren, einfach weil sie mit der Situation sehr überfordert sind und es ein ungeheures Konfliktpotenzial in diesen Unterkünften gibt. Und es immer wieder eskaliert. Und das ist einfach kein friedlicher Ort, weder für Kinder noch sonst irgendwen.« Quelle: Interview Rechtsberater/in 3.

543 Insofern lässt sich hier auf die von Kiesow getätigte Kritik an Agambens Kafka-Rezeption (Kapitel A, Fn. 68) referieren: Die Herrschaft des Rechts materialisiert sich weniger in einer körperlichen Exklusion, wie sie in Kafkas »Vor dem Gesetz« beschrieben und von Agamben rezipiert wird, sondern in den vielen kleinen Disziplinierungen, deren »Urheber« sich jedoch nicht immer deutlich zeigt, und die treffender wohl in Kafkas »Der Prozess« dargestellt werden, *Kiesow*, Rechtsgeschichte 2002.

don't know, it's from the government. Sometimes we do ask them who is the government? You are the representative of the government here. So why can't you do something? [...] So we don't really know what to do, because I was thinking, if the people are in charge that are supposed to be in charge of us, they should take care of everything that we need. But it's not like that here. So they just leave us there, maybe when we go to the cantine to eat, they told us the cantine used to close at three o'clock and if you go there by two, the food is already finished. #00:03:12-7#<sup>544</sup>

Die Rationalität der rechtlichen Regelungen in Kombination mit den neueren Verwaltungspraxen kreieren so eine paradoxe Situation, in der zwar durchaus Versuche bestehen, die Sicherheit in den Unterkünften zu verbessern, de facto die Verantwortlichkeiten aber undurchsichtig und die von den Bewohnerinnen und Bewohnern geforderte Eigenständigkeit ohne hinreichende Ressourcen überfordernd ist. Die Ergebnisse der empirischen Forschung zu den rechtlichen Regelungen und den Verwaltungspraxen zeichnen entsprechend ein tristes Bild von der Rechtswirklichkeit der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Sie bleibt jedoch nicht unangefochten. Auch in dem entmündigenden Raum der Flüchtlingsunterkünfte finden die Bewohnerinnen und Bewohner Möglichkeiten der Handlungsmacht, wie sich im Folgenden zeigen wird.

#### IV. Rechtliche Anfechtungen: Einflussnahme auf, Aneignung von und Devianz gegenüber Rechtsnormen

In den vorangegangenen Kapiteln wurde gezeigt, wie die rechtliche Rationalität der ordnungspolitischen Funktion die rechtlichen Räume der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland als Räume der Sicherheit und die Bewohnerinnen und Bewohner als Untertanen konstruiert. Die komplexen Praxen des aktivierenden Gewährleistungsstaats prekarisieren den rechtlichen Status der Bewohnerinnen und Bewohner zusätzlich, indem sie die Bewohnerinnen und Bewohner als autonome, ressourcenstarke Subjekte adressieren. Im Fokus standen hier normative Konstruktionen, Organisationsformen und Praxen der *staatlichen Institutionen*, ihr Umgang mit verschiedenen rechtlichen Rationalitäten sowie die Auswirkungen auf die spezifische Rechtswirklichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner. Die Erforschung des Rechts der Rechtswirklichkeit als relational autonom und als soziale Norm, so hat sich gezeigt, lässt sich einerseits in den Kollisionen seiner normativen Rationalitäten und andererseits in der (paradoxa) Art der Wirkung nachvollziehen. Aus der Analyse des Rechts als sozialer und prekärer Norm, die einer ständigen

544 Interview Bewohner/in 4.

Anwendung durch verschiedene Akteure bedarf, folgt jedoch auch, dass eine Analyse der Rechtswirklichkeit an dieser Stelle nicht stehen bleiben kann. Wird Recht als soziale Norm verstanden, so folgt daraus ein Verständnis des Rechtsverhältnisses zwischen Individuum und abstrakter Norm, das auch jenseits staatlicher Institutionen als sich gegenseitig beeinflussend und damit dialektisch begriffen werden kann: Um die Rechtswirklichkeit zu erforschen, darf der Blick weder auf die Produktion rechtlicher Normativität noch auf deren Anwendung durch staatliche Institutionen verengt werden. Die Anwendung von Recht in diesem Zusammenhang beispielsweise auf die Mobilisierung von Rechtsnormen vor Gericht zu reduzieren, blendet andere Interaktionen mit dem Recht aus. Vielmehr muss die Aneignung und Anwendung des Rechts durch diejenigen, die mit den rechtlichen Rationalitäten konfrontiert werden, mit in den Blick genommen werden – Recht wird auch im Feld ihrer Handlungspraktiken wirksam. Auch sie können es transformieren.<sup>545</sup>

Dabei lässt sich im empirischen Feld der deutschen Flüchtlingsunterbringung zunächst feststellen, dass der rechtlichen Prekarisierung keine reine Faktizität oder Sprachlosigkeit der Bewohnerinnen und Bewohner folgt – auch dann nicht, wenn diese nicht mit der Form des Rechts interagieren. So lassen sich zahlreiche kollektive Praktiken außerhalb der Form des Rechts finden, bei denen die Bewohnerinnen und Bewohner auf die Wirkungen der rechtlichen Prekarisierung reagieren: In Komitees und veröffentlichten Stellungnahmen tragen sie eigene Erfahrungen in die Öffentlichkeit,<sup>546</sup> organisieren politischen Protest in Form von Demonstrationen,<sup>547</sup> wirken der Isolation durch organisierte Lagerbesuche

545 Dieser Teil der Untersuchung bezieht sich demnach auf ein dezentrales Verständnis des Rechts, etwa als Feld »kultureller Praxis«, vgl. für den Bereich des Migrationsrechts etwa *Kawar*, in: *Handbook on the Governance and Politics of Migration* (2021). Das heißt nicht etwa nur der »juridische Stab«, sondern auch die Individuen, die den rechtlichen Normen im Alltag begegnen, sind Teil dieser Praxis. *Vetters et al.* fassen dies in ihrer Studie plausibel zusammen: »This interest in how law is constructed and transformed beyond the formal legislative process by actors other than those formally designated as professional legal actors and who are in many ways decoupled from the nation state paves the way for reconsidering the underlying and implicitly state-centric notion of law that has shaped legal sociology for so long«. *Vetters et al.*, *Migration and the Transformation of German Administrative Law: An interdisciplinary research agenda* (2017), S. 12.

546 Vgl. etwa das Statement der Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtung in Ellwangen, die eine Gegendarstellung zur medialen Berichterstattung der Razzien publizierten: *refugees4refugees*, Was ist in Ellwangen passiert? Ein Statement von den Geflüchteten in Ellwangen (2018).

547 Im Zuge der Corona-Politik Sachsens organisierten die Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtungen zahlreiche Demonstrationen, vgl.

entgegen,<sup>548</sup> etablieren eigene, solidarische Fürsorgesysteme, bei denen die Leistungen des AsylbLG unter den Bewohnerinnen und Bewohner umverteilt werden<sup>549</sup> und verweigern kollektiv die erzwungene Fürsorge durch den Staat in Form von kollektiven Essens- bzw. Hungerstreiks in den Unterkünften<sup>550</sup> – um nur einige wenige Beispiele der politischen Selbstorganisierung aufzuzählen. Insofern als der Zugang zum Recht erschwert wird, entsteht also weder ein normatives Vakuum noch absolute Ohnmacht; stattdessen greifen die Bewohnerinnen und Bewohner zusammen mit unterstützenden Personen auf verschiedene kollektive Praxen zurück, um Handlungsmacht zu erlangen.

Die Suche der Bewohnerinnen und Bewohner von Flüchtlingsunterkünften nach Handlungsspielräumen, so zeigt die Empirie, fokussiert sich also keineswegs ausschließlich auf rechtsstaatliche Institutionen. Gerade weil diese als potenziell repressiv und einschränkend erlebt werden, erlangen Handlungsweisen außerhalb rechtsstaatlicher Institutionen Bedeutung. So zeigt sich in der Rechtswirklichkeit der Unterkünfte (wie auch außerhalb von Flüchtlingsunterkünften), wie eigene Aneignungsprozesse rechtlicher Normen ebenso wie deviantes Verhalten Handlungsmacht ermöglichen können, wo das Recht verstärkt prekärisierend wirkt. Zugleich treten nicht nur die Bewohnerinnen und Bewohner selbst in die Interaktion mit den rechtlichen Rationalitäten. Ähnlich wie die deutsche Unterbringung nicht durch einen homogenen, souveränen Rechtsstaatsapparat reguliert wird, sondern unterschiedliche rechtliche Rationalitäten von verschiedenen Akteuren umgesetzt werden, findet die Anfechtung des Regimes der Unterbringung und die Infragestellung der daraus folgenden Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner durch verschiedene Akteure statt; teils zusammen mit den Bewohnerinnen und Bewohnern, teils stellvertretend für sie. Auch hier ergibt sich also ein Geflecht von Akteuren, die im rechtlichen Feld aktiv werden.

Das wird im folgenden Kapitel nicht bedeuten, den Blick vollständig von den rechtlichen Institutionen abzuziehen und Recht auf eine kulturelle Praxis zu reduzieren, an der alle gleichberechtigt im Sinne eines

*Sächsischer Flüchtlingsrat*, Leid im Lager sichtbar machen, Pressemitteilung vom 14.12.2021.

<sup>548</sup> Der Verein Women in Exile e.V. veranstaltet etwa immer wieder Bustouren, um auf die Missstände in den Flüchtlingsunterkünften aufmerksam zu machen und sich mit Bewohnenden zu vernetzen, *Women in Exile, Breaking Borders to Build Bridges* (2022).

<sup>549</sup> Über diese Praxis berichtete eine Mitarbeiterin des bayerischen Flüchtlingsrats im Gespräch mit der Autorin.

<sup>550</sup> Diese kollektive Praxis geht aus den von der Autorin erhobenen Interviewdaten hervor. So berichtet etwa ein Bewohner der Notunterkunft am Tempelhofer Feld von kollektiven Essensstreiks zur Verbesserung des Kantinenessens (Quelle: Interview Bewohner/in 5).

»doing law«<sup>551</sup> mitpartizipieren. Die *relationale Autonomie* (s.o.) der Form des Rechts reproduziert gesellschaftliche Ungleichheit und stabilisiert diese insofern, als die Partizipation an der Transformation der Normativität des Rechts durch rechtsstaatliche Akteure sowie die faktische Anwendung des Rechts asymmetrisch geformt sind: Bestimmte Individuen werden rechtlich stärker prekarisiert als andere. Sie können sich weder in gleichem Maße auf normative subjektive Rechte beziehen noch sich in gleichem Maße auf die Anwendung der ihnen zustehenden rechtlichen Ansprüche verlassen – sei es durch andere Rechtssubjekte oder rechtsstaatliche Institutionen.<sup>552</sup> Das haben die Ausführungen zur Rechtswirklichkeit in den letzten Kapiteln gezeigt. Dennoch verschiebt sich die Perspektive auf die Rechtswirklichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner, sofern das Recht auch als *soziale Norm* verstanden wird: Die Frage danach, *ob* ein Zugang zum Recht stattfindet, wird ersetzt durch die Frage, *wie* dieser Zugang vor dem Hintergrund der rechtlichen Prekarisierung im Raum der Flüchtlingsunterkunft aussieht und welche Auswirkungen dies wiederum auf die Subjektivierungsprozesse im Raum des Flüchtlingslagers hat.<sup>553</sup> Die Rechtsmobilisierung durch Gerichtspro-

<sup>551</sup> Zur Idee des »doing law« siehe etwa Scheffer, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2006.

<sup>552</sup> Wie Recht angewendet wird, basiert auf gesellschaftlichen Herrschaftsverhältnissen, die das Rechtswissen der Rechtsanwendenden bedingen. Ein Überblick zur empirischen Forschung der richterlichen Wissenspraxis findet sich bei Stegmaier, Wissen, was Recht ist (2009), S. 62ff. Nikolaus Dümmler hat auf das »Narrativ sozialer Hilfsbedürftigkeit« als »hidden curriculum« der Strukturverschiebungen in der Anwendung des Sozialhilferechts in österreichischen Behörden hingewiesen, Dümmler, in: Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie (2000), S. 127. Eine empirische Forschung zu Einstellungen und sozialem Hintergrund von Arbeitsrichtern findet sich bei Rottleuthner, in: Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit (1984). Zur Analyse der richterlichen Interaktion vor dem Verwaltungsgericht für Fälle der Anerkennung als Wehrdienstverweigerer siehe Schütze, in: Interaktion vor Gericht (1978), S. 19ff. Auf die Rechtsanwendung haben dabei auch maßgeblich Informationssysteme wie das auch für diese Arbeit genutzte Informationssystem JURIS Einfluss, die das Rechtswissen als Datenbanken vorstrukturieren, siehe hierzu Schneider, in: Rechtstatsachenforschung: methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht (1985). Zur Soziologie des Rechtsstabs der Juristinnen und Juristen allgemein siehe Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 241ff.; Röhl, Rechtssoziologie (1987), S. 343.

<sup>553</sup> In ähnlicher Weise, aber mit Fokus auf das »Rechtsempfinden«, hat etwa Dominik Kohlhagen in seiner rechtssoziologischen Forschung danach gefragt, »wie sich die Erfahrung von ‚Illegalität‘ im europäischen Rechtssinne im Verhältnis zur juristischen Gedankenwelt der Migranten« darstellt, Kohlhagen, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2016, S. 240.

zesse bzw. »lawfare« (1) wird so zu einem von mehreren Indikatoren für den Umgang mit dem Recht in der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingslager. Hinzu treten der Versuch der Einflussnahme auf die Rechtssetzung (2) sowie die Aneignung von und die Devianz (3) gegenüber den Rechtsnormen. Der Blick bewegt sich dabei weg vom einem staatszentrierten rechtswissenschaftlichen Formalismus und dekonstruiert diesen im Sinne einer Rechtswirklichkeit, in der das Recht als soziale Norm von allen angewendet wird – ohne die staatliche Herrschaft, die in der Rechtsform liegt, zu leugnen.

Dabei bewegt sich die Offenlegung insbesondere devianter Praxen in einem aus forschungsethischer Perspektive komplexen Feld: Die Darstellung der Betroffenen rechtlicher Normen als handlungsmächtige Akteure auch jenseits rechtlicher Ansprüche läuft Gefahr, durch die Offenlegung der Strategien, das Recht zu umgehen, gerade einen verstärkten Zugriff des Rechts(staats) auf die Bewohnerinnen und Bewohner zu ermöglichen und damit ebenfalls die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner voranzutreiben.<sup>554</sup> Soll die Rechtswirklichkeit des Rechts als soziale Norm zwischen Normativität und Faktizität dargestellt werden, lässt sich jedoch nicht auf die faktische (Nicht-) Anwendung des Rechts durch die Bewohnerinnen und Bewohner verzichten, insbesondere mit Blick auf die Kritik an Agambens Konstruktion des ohnmächtigen *homo sacer*.<sup>555</sup> Aus diesem Grund werden im folgenden Abschnitt exemplarische Fallbeispiele gewählt, bei denen sich eine verstärkte Prekarisierung ausschließen lässt, etwa weil sie den Behörden bzw. dem Unterkunftsmanagement ohnehin bereits bekannt sind, oder weil sie offen und nicht klandestin getätigt werden.<sup>556</sup> Deutlich wird dabei, dass der Raum der Rechtswirklichkeit in den Flüchtlingsunterkünften von Prozessen der strategischen Nutzung, der Anfechtung und Aneignung des Rechts durchzogen ist, kurz: von Legal Contestations.<sup>557</sup>

554 Scherr, Zeitschrift für Migrationsforschung 2021.

555 Insofern schließt sich die Untersuchung den Thesen Manuela Bojadžijevs und Serhat Karakayalı zur Migrationsforschung an: »Der Migration ihr »subjektives Gesicht« zurück zu geben, heißt weder von individuellen Schicksalen zu sprechen, noch – in einer emphatischen Überhöhung – subjektive Praxis von MigrantInnen zu einem beständigen Garanten für Subversion zu erklären. Es heißt zunächst, dem nachzuspüren, was unter den herrschenden Bedingungen die Vorstellung einer Subjektivität der Migration verzerrt«. Bojadžijev/Karakayalı, in: Turbulente Ränder (2015), S. 206.

556 Für die Reflexion auf die Fallbeispiele möchte ich ausdrücklich Albert Scherr sowie Aino Korvensyrä danken.

557 Der Begriff der »Contestation« wurde aus dem Englischen übernommen und lässt sich im Deutschen durch eine Vielzahl von Praktiken übersetzen, wie etwa »Anfechtung, Beanstandung oder Widerspruch«.

## 1. Transformationen kollidierender Rationalitäten: Lobbyismus zum Sicherheitsdienstleistungsgesetz

Schon bei der Transformation gesellschaftlicher Interessen ins Recht im Rahmen der Gesetzgebung lässt sich der Versuch, die Entstehung der rechtlichen Normativität der Flüchtlingsunterbringung zu beeinflussen, beobachten. Als Brücke zwischen politischen Interessen und noch nicht in Kraft getretenem Recht<sup>558</sup> offenbart sich im Gesetzgebungsprozess und den darin vorhandenen Versuchen der Interessensdurchsetzung durch Lobbyismus die relationale Autonomie des Rechts besonders deutlich; nicht zuletzt deshalb werden lobbyistische Tätigkeiten im Spannungsfeld zwischen einer »regelgeleiteten, unspektakulären Form der Interessensvermittlung« ins Recht und der Aushöhlung des Rechtsstaats in Form einer »Fünften Gewalt«, die ‚zuviel‘ Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess ausübe, und das Allgemeinwohl sowie das passende Einfügen neuer Gesetze in die bestehende Rechtsordnung zu wenig beachte, diskutiert.<sup>559</sup> Lobbyistischen Einflüssen auf die Gesetzgebung werden dann komplizierte rechtliche Regelungen zugeschrieben, die primär partikularen Interessen dienen.<sup>560</sup> Diese können sich wiederum in der in Kraft getretenen Rechtsordnung in kollidierenden, paradoxen rechtlichen Rationalitäten zeigen (siehe Kapitel C II).

Diese Prozesse der Transformation gesellschaftlicher Interessen ins Recht lassen sich für die Flüchtlingsunterbringung etwa am Beispiel der Lobbyarbeit zum Sicherheitsdienstleistungsgesetz beobachten. Die Entwicklung eines neuen Sicherheitsdienstleistungsgesetzes wurde als Vorhaben im Koalitionsvertrag von SPD und CDU 2017 festgehalten und ist bis heute nicht in das Gesetzgebungsverfahren des Bundestags aufgenommen worden. Veröffentlichungen zum Gesetzesvorhaben, die aus der Sicherheitsbranche stammen, plädieren dabei für eine Erweiterung der gesetzlichen Befugnisse in Flüchtlingsunterkünften.<sup>561</sup> Auf diesen privat-

<sup>558</sup> Im Verhältnis von Recht und Politik zeigt sich in der Normsetzung mit Dieter Grimm das »Recht als Produkt der Politik« bzw. als »geronnene Politik«, *Grimm, Juristische Schulung* 1969, S. 502. Recht und Politik differenzieren sich insofern im Gesetzgebungsverfahren in verschiedene Formen aus, siehe hierzu *Buckel, Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 255ff. Das Verhältnis von Recht und Politik im Gesetzgebungsverfahren erhält jedoch im Standardwerk von *Whittington et al.* (Hg.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (2008), keine ausführliche Würdigung.

<sup>559</sup> *Piechaczek, Lobbyismus im Deutschen Bundestag* (2014), S. 13.

<sup>560</sup> So etwa bei *Fliedner, Rechtsetzung in Deutschland* (2013), S. 128f.

<sup>561</sup> Vgl. *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 8; *Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft e.V.*, ASW Wahlprüfsteine Bundestagswahl (2021).

rechtlichen Lobbyismus reagierte wiederum ein Netzwerk von Nicht-regierungsorganisationen,<sup>562</sup> um frühzeitig Einfluss auf ein potenzielles Gesetzgebungsverfahren zu nehmen. Das Bündnis wurde unter anderem von der Organisation »Aktion Bleiberecht« in Freiburg initiiert, die zwar primär im Bereich der Flüchtlingsunterbringung aktiv ist, sich in diesem Zusammenhang aber auch mit den Befugnissen privater Sicherheitsfirmen beschäftigt hat und so auf das Gesetzesvorhaben gestoßen ist.

B: Wir haben in Freiburg seit 2018 eine Landeserstaufnahmeeinrichtung für Flüchtlinge, und mit dieser Landeserstaufnahmeeinrichtung ist auch eine Hausordnung verbunden, und in dieser Hausordnung wird auch der Einsatz von Sicherheitsfirmen geregelt. #00:01:33-5#

B: Also wir haben uns natürlich zuerst gefragt, wo ist das denn eigentlich geregelt, der Einsatz von Sicherheitskräften in Landeserstaufnahmeeinrichtungen, weil wir in der Hausordnung gelesen haben, die Sicherheitsdienste dürfen auch Zimmerkontrollen und Zimmerbetretungen durchführen, bzw. sie dürfen auch am Eingang Taschenkontrollen machen [...] und dann haben wir rumrecherchiert und haben eigentlich recht wenig gefunden bzw. sehr widersprüchliche Informationen, und in dem Zusammenhang sind wir dann letztendlich auch bei der Suche auf ein geplantes Sicherheitsdienstleistungsgesetz gestoßen. #00:02:51-7#

Die Freiburger Organisation initiierte daraufhin die Lobbyarbeit zum Schutz der Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner von Flüchtlingsunterkünften in einem bundesweiten Netzwerk aus juristischen und politischen Organisationen, bei dem die juristischen Akteure ihr Fachwissen beitragen, während die politischen Organisationen Öffentlichkeitsarbeit etwa durch das Veranstalten von inhaltlichen Panels<sup>563</sup> zur Positionsfindung sowie Recherchearbeit übernahmen. Ziel war es hierbei zunächst, überhaupt Informationen zum Gesetzesvorhaben zu beschaffen, um eine inhaltliche Position zu einem neuen Sicherheitsgewerbeberecht zu entwickeln.<sup>564</sup> Im Laufe der Recherchen setzte das Bündnis das Thema Sicherheit in Flüchtlingsunterkünften zudem in Zusammenhang zu breiteren Phänomenen der Privatisierung von Sicherheitsaufgaben und vernetzte sich zusätzlich mit Organisationen, die zwar nicht in der Flüchtlingsunterbringung arbeiten, aber ebenfalls von einer zunehmenden Privatisierung staatlicher Sicherheitsmaßnahmen betroffen sind. Im Prozess der Bundestagswahl versuchte das Netzwerk über sogenannte Wahlprüfsteine, die an Abgeordnete und Parteien verschickt wurden,

<sup>562</sup> *Litschko*, Security-Firmen fordern Gesetz: Ungezügelte Sicherheit, taz vom 15.09.2021.

<sup>563</sup> Vgl. *Lager-Watch*, Mehr Befugnisse für private Sicherheitsdienste? Ein weiterer Angriff auf die Grundrechte. Informations- und Diskussionsveranstaltung vom 05.07.2021.

<sup>564</sup> *Grote/Andrae*, Hinterland Magazin 2021, S. 51f.

auf die Gesetzesinitiative aufmerksam zu machen und etwaige Positionen zu eruieren.

B: Genau, wir haben natürlich festgestellt, dass die Vorgänge, wie wir sie in den Erstaufnahmeeinrichtungen bzw. Sammellagern allgemein finden, dass diese staatlichen Tätigkeiten privatisiert werden, nicht nur bei Erstaufnahmeeinrichtungen und Sammellagern anstehen, sondern selbst bei Kommunen, im Fußball, beim Streikrecht oder im Öffentlichen Raum, das war natürlich ausschlaggebend. [...] wenn man dann in das Papier zum Sicherheitsdienstleistungsgesetz wie es der BLFW nennt, guckt, dann findet man tatsächlich viele Vorschläge, Ideen, wie die Sicherheitswirtschaft tatsächlich als sogenannt systemrelevant in hoheitliche Rechte eingreifen möchte. Und Befugnisse erreichen möchte zum Eingriff in das staatliche Gewaltmonopol. [...] und da sind wir natürlich auf die Idee gekommen, einen Wahlprüfstein herauszugeben und das nicht nur zu beschränken auf Sammellager, sondern das haben wir dann tatsächlich auf die genannten Bereiche, die ich jetzt genannt hab, Fußball, Kommunen usw. ausgeweitet. [...] #00:09:21-2#

Ziel des Netzwerks ist es dabei, die zunehmende Fragmentierung der Rechts(staats)ordnung in Form der Privatisierung staatlicher Aufgaben zu verhindern, um so die Grundrechte der Bewohnerinnen und Bewohner zu schützen. Der hohen Gewichtung des Schutzes von Freiheitsrechten steht hier die Furcht vor einer zunehmend meta-regulierten Sicherheitsverwaltung entgegen, bei der sich Grundrechtseingriffe im Namen der Sicherheit häufen, diese sich aber aufgrund einer zunehmenden Privatisierung nicht mehr an den demokratischen Willen der Bürgerinnen und Bürger rückkoppeln lassen. Der Transformation gesellschaftlicher Interessen werden insofern (verfassungs)rechtliche Grenzen entgegengehalten.<sup>565</sup> Die rechtliche Regelung der Befugnisse des privaten Sicherheitsgewerbes in Flüchtlingsunterkünften wird also nicht per se abgelehnt: der Autonomie des Rechts wird gerade die Möglichkeit der Begrenzung des politischen Handelns der Bundesländer zugeschrieben. Stattdessen wird eine »Verschlechterung« des rechtlichen Status der Bewohnerinnen und Bewohner durch die Beleihung der privaten Sicherheitsfirmen befürchtet (s.o.). Gefordert wird deshalb die staatliche Gewährleistung der Freiheitsrechte der Bewohnerinnen und Bewohner.

<sup>565</sup> »Besonders bedenklich ist, dass das kommerzielle Sicherheitsgewerbe hoheitliche Rechte fordert, also Rechte, die nach dem Grundgesetz regelhaft nur Staatsbediensteten zustehen«, so Dr. Lukas Theune, Geschäftsführer des RAV. »Öffentliche Sicherheit ist eine öffentliche Aufgabe und kein Selbstbedienungsladen für profitorientierte Unternehmen.« *Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein*, Keine Ausweitung der Befugnisse für das kommerzielle Sicherheitsgewerbe!, Pressemitteilung 8/21 vom 15.9.2021.

B: Also was die Erstaufnahmeeinrichtungen, AnkER-Zentren, Sammellager angeht, braucht es eine ganz klare Regelung. Es ist nichts geregelt, es gibt ein politisches Konzept der Länder, wie Geflüchtete untergebracht werden, aber mit diesem politischen Konzept und dem Einsatz der Sicherheitsdienste, aber nicht nur der Sicherheitsfirmen, sondern auch Betreiberfirmen, also European Homecare usw., da finden Grauzonen statt. Die Menschen werden eingesetzt und wissen aber nicht genau, was darf ich, was darf ich nicht. Es ist nichts konkret geregelt und wenn es denn schon zu einem Gesetz kommt, soll ganz glasklar geregelt sein, was darf der Sicherheitsdienst und was darf er nicht. [...] Man weiß ja, es wird zu dem Punkt der Unterbringung von Geflüchteten in Sammellagern einen eigenen Gesetzespunkt geben, das hört man zumindest raus aus Antworten des Bundesministeriums des Inneren, und unser Ziel ist auf jeden Fall zu verhindern, dass private Securities das Recht, das Beleihungsrecht bekommen, das Recht in Grundrechte der geflüchteten Menschen in den Lagern einzugreifen. Das darf nicht passieren. #00:14:02-2#

Demgegenüber plädiert der Verband des deutschen Sicherheitsgewerbes etwa in seinem Positionspapier zur Verabschiedung eines Sicherheitsdienstleistungsgesetzes für eine Verrechtlichung privater Sicherheitsdienstleistungen, die der bereits bestehenden »faktischen Bedeutung der privaten Sicherheitsdienste«<sup>566</sup> gerecht würde. Das Papier hebt dementsprechend »Ordnungs- und Sicherheitsdefizite« des Staates<sup>567</sup> hervor, die der private Sicherheitssektor füllen soll. Der Staat soll sich hier allerdings keinesfalls vollständig aus der Sicherheitsbranche zurückziehen, sondern vielmehr in Form von gesetzlich geregelten Vergabeverfahren und gesetzlich geregelten Ausbildungsvorschriften im Sinne einer Meta-Regulierung den gesetzlichen Rahmen für die Sicherheitswirtschaft stellen.<sup>568</sup> Die Antworten der Bundestagsparteien auf den von der Allianz für Sicherheitswirtschaft e.V. verfassten Wahlprüfstein lassen dabei darauf schließen, dass diese Forderungen auf einen durchaus fruchtbaren

<sup>566</sup> *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 2.

<sup>567</sup> *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 12.

<sup>568</sup> »Die [...] Anstrengungen in noch mehr Qualität und Seriosität der Sicherheitsdienstleistungen werden nur dann nachhaltig sein, wenn der Staat seiner politischen und gesetzgeberischen Verantwortung gerecht wird und die Rahmenbedingungen für die privaten Sicherheitsdienste auf eine neue, zeitgemäße Grundlage stellt«. *Bundesverband der Sicherheitswirtschaft*, Deutschland (noch) sicherer machen: Sicherheitswirtschaft stärken – Sicherheitsdienstleistungsgesetz verabschieden (2021), S. 16.

Boden bei den im Bundestag vertretenen Parteien fallen.<sup>569</sup> Die kollidierenden Interessensrationalitäten von Freiheit und Sicherheit stehen hier auf der Ebene der rechtsstaatlichen Verwaltung also nicht den Konzepten eines liberalen zurückhaltenden Rechtsstaats oder eines paternalistisch eingreifenden Ordnungsstaats gegenüber, sondern bewegen sich beide im Spannungsfeld eines aktivierenden Gewährleistungsstaats, bei dem die Kampagne der Freiburger Initiative auf die Gewährleistung von Grundfreiheiten durch den Rechtsstaat abzielt und die Sicherheitsbranche eine rechtlich eingehetzte Sicherheitswirtschaft favorisiert.

## 2. Interaktion mit den rechtsstaatlichen Institutionen: Rechtsmobilisierung vor Gericht und kausale Auswirkungen in der Rechtswirklichkeit

Mit dem Blick auf die Rechtsmobilisierung vor Gericht lässt sich zunächst die Interaktion mit den prekarisierenden rechtlichen Rationalitäten über die rechtsstaatlichen Institutionen nachvollziehen. Der Zugang zum Recht wird mit dem Begriff der Rechtsmobilisierung demnach als Zugang zu (gerichtlichen) Verfahren verstanden.<sup>570</sup> Die rechtsssoziologische Forschung hat hierzu die Kriterien der subjektiven und objektiven Rechtsmobilisierungsfaktoren entwickelt, bei denen erstere etwa durch Rechtsbewusstsein, Rechtswissen sowie Anspruchswissen und letztere durch den objektiven Rahmen rechtlicher Verfahren, also etwa Verfahrensregeln, Mobilisierungskosten sowie die Individualisierung rechtlicher

<sup>569</sup> Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft e.V., ASW Wahlprüfsteine Bundestagswahl (2021), S. 12.

<sup>570</sup> »Die Verfahren vor Gericht [...] sind eine kleine Auswahl unter allem Streit, der um die Anwendung von Recht entstehen kann. Damit jedoch, daß sie Instanzen anrufen, ›mobilisieren‹ sie Verfahren, in denen Recht formuliert wird«. Blankenburg, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 6. Siehe auch Baer, Rechtssoziologie (2014), S. 219ff. Fuchs plädiert hingegen für einen weiteren Rechtsmobilisierungsbegriff, der die diskursive Auseinandersetzung über Recht etwa in Form von Tribunalen inkludiert, vgl. Fuchs, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2021, S. 12. Prabhat fasst den Begriff noch weiter: »Although it can be court centered, legal mobilization encompasses a variety of actions including lobbying, protesting, passing resolutions (Trubek and Kransberger 1998). It can take place through a range of strategies, such as influencing agenda setting, fostering political mobilization, gaining bargaining leverage, raising awareness of issues, and creating new alliances«. Prabhat, Unleashing the Force of Law (2016), S. 2. Die Mobilisierung des Rechts ist insofern nur eine von verschiedenen »Coping-Strategien«, Karazman-Morawetz/Hanak, in: Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie (2000).

Ansprüche geprägt sind.<sup>571</sup> Individuen müssen also einerseits ein subjektives Wissen um rechtliche Ansprüche haben und zugleich objektive Mobilisierungsbarrieren<sup>572</sup> überwinden können, um Recht zu mobilisieren. Dabei stehen sich in der Rechtsmobilisierung nicht notwendigerweise Individuum und rechtsstaatliche Institutionen gegenüber. Vielmehr versuchen Klagekollektive<sup>573</sup> die Barrieren zu umgehen, die durch die Form rechtlicher Ansprüche als individueller Ansprüche entstehen. Im Rahmen der strategischen Prozessführung<sup>574</sup> versuchen etwa Netzwerke aus verschiedenen Akteuren Klagebarrieren wie finanzielle Kosten oder Kontakt zu fachkundigen Anwältinnen und Anwälten abzuschwächen und durch strategische Klagen eine Verschiebung rechtlicher Normativität zu erreichen. Das explizite Ziel, die rechtliche Normativität, etwa durch eine geänderte Auslegungspraxis, zu transformieren, wird insbesondere in den in diesem Zusammenhang auftauchenden Begriffen der »Rechtskämpfe«<sup>575</sup> oder dem englischen Begriff der »lawfare«<sup>576</sup> deutlich. Dem starken Begriff der Rechtskämpfe bzw. den Kämpfen ums Recht<sup>577</sup> folgt dabei ein Blick

<sup>571</sup> Baer, Rechtssoziologie (2014), S. 219ff.; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 37, 49.

<sup>572</sup> Baer, Rechtssoziologie (2017), S. 227.

<sup>573</sup> Baer, Rechtssoziologie (2017), S. 229; Hahn, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019.

<sup>574</sup> Zum Begriff siehe etwa Hahn, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019.

<sup>575</sup> Buckel et al. führen zum Begriff der Rechtskämpfe aus: »Soziale Formen sind keine Strukturdeterminanten, sondern umkämpft. Sie sind, in den Worten John Holloways, ‚tobende, blutige Schlachtfelder‘. Das bedeutet, nicht nur die konkrete Ausgestaltung der sozialen Formen selbst, in ihrer Eigenschaft als Modi der Vergesellschaftung, sind Gegenstand gesellschaftlicher Kämpfe und können daher grundlegend transformiert werden. Auch die Rechtsform selbst kann zur Disposition stehen«. Buckel et al., Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, S. 60. Siehe auch Buckel et al. (Hg.), Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015 (2021); Lehner, movements 2015; Pichl, in: Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015 (2021).

<sup>576</sup> Zum Begriff siehe etwa Prabhat, Unleashing the Force of Law (2016), S. 1.

<sup>577</sup> Der Verweis auf den Begriff des »Kampf ums Recht« muss sich im deutschen Kontext auch der historischen Etablierung durch Rudolph Jhering stellen, der ihn 1872 der nationalen Selbstverteidigung gegen »fremde Völker« unterstellte und der mit dem Begriff der »Kraft« dezisionistische Tendenzen aufweist: »Einem Volke, bei dem es allgemeine Übung ist, daß jeder auch im Kleinen und Kleinsten sein Recht tapfer behauptet, wird niemand wagen, das Höchste, was es hat, zu entreißen, und es ist daher kein Zufall, daß dasselbe Volk des Altertums, welches im innern die höchste politische Entwicklung und nach außen hin die größte Kraftentfaltung aufzuweisen hat, das römische, zugleich das ausgebildetste Privatrecht besaß. [...] Da rum ist der Satz ein ewig wahrer: Die politische Stellung eines Volkes nach

auf Herrschaft<sup>578</sup> und damit nicht selten ein eher staatszentrierter Blick auf Recht und Rechtssubjektivitäten, bei dem die Individuen nicht selbst als Akteure des Rechts verstanden werden, sondern nur die »juridischen Intellektuellen« in den Diskurs des Rechts eintreten.<sup>579</sup> Dieser spezifisch forschende Blick läuft dann aber Gefahr, die oftmals kritisierte umfassende Juridifizierung der Gesellschaft<sup>580</sup> zu reproduzieren und verkennt, dass Individuen sich bewusst (im Wissen um mögliche Konsequenzen) auch gegen die Anwendung des Rechts entscheiden können. Nicht selten wird gerade in Fragen des Migrationsrechts bei mangelnder oder scheiternder Rechtsmobilisierung vor Gerichten auf die Figur des sprachlosen *homo sacer* verwiesen.<sup>581</sup>

Aus der empirischen Forschung in den Forschungsfeldern lässt sich zunächst entnehmen, dass die Rechtsmobilisierung der Bewohnerinnen und Bewohner durch die rechtliche Prekarisierung erheblich erschwert wird. Alle Interviewten waren zum Zeitpunkt der Interviews notwendigerweise in einem rechtlichen Verfahren, dem Asylverfahren, involviert und hatten insofern bereits (Asyl-)Recht mobilisiert. Hier bestand also ein Zugang zu einem rechtlichen Verfahren. Allerdings zeigte sich eine deutliche Kluft zur Rechtsmobilisierung, die über das notwendige Asylverfahren hinausgeht und den Wohnalltag in den Unterkünften, wie etwa die Unterbringungsstandards oder Konflikte in der Unterkunft, betrifft. Hier wurde Recht nur wenig mobilisiert. Ein Bewohner beschreibt in

innen und nach außen entspricht stets seiner moralischen Kraft«. *Jhering, Der Kampf ums Recht* (2003), S. 33.

<sup>578</sup> Dieser Blick ist deshalb nicht ‚falsch‘, aber er reduziert Recht auf das »tobende, blutige Schlachtfeld« und lässt damit lediglich ohnmächtige Verlierer oder heroische Gewinner übrig. Wie gezeigt, ist Recht als soziale *Norm* aber auch ein Feld von Prozessen der Aneignung und der selbstbestimmten Devianz, die ebenso die Entscheidung beinhaltet, sich strategisch zwar nicht dem Recht, wohl aber einem »blutigen Kampf« vor Gericht zu entziehen. Diese Erkenntnis ist insbesondere (nicht erst in der Idee eines utopischen Rechts, wie bei *Buckel et al.*, *Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft* 2021, S. 74) mit Blick auf Rechtssubjektivierungsprozesse und Handlungsmacht jenseits staatlicher Institutionen relevant.

<sup>579</sup> *Buckel, Welcome to Europe* (2013), S. 72; *Buckel et al.*, *Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft* 2021, S. 124. Buckel et al. orientieren sich dabei stark an Bourdieus Begriff des rechtlichen Felds, an dem etwa Kretschmann eine zu starke »Fokussierung auf professionelle AkteurInnen im Recht und auf Rechtsinstitutionen« kritisiert, *Kretschmann*, in: *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus* (2019), S. 14.

<sup>580</sup> Die »Juridifizierung der Gesellschaft« vollzieht sich ähnlich wie die von Habermas propagierte »Kolonialisierung der Lebenswelt«, vgl. hierzu und zum Begriff allgemein *Teubner*, in: *Juridification of Social Spheres* (2012).

<sup>581</sup> Exemplarisch: *Pichl/Buckel*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2018; *Buckel/Wissel*, *International Political Sociology* 2010.

Bezug auf die Idee, Recht zu mobilisieren, etwa eine absolute Ohnmacht bzw. eine durch den Aufenthalt in den Unterkünften ausgelöste Depression, die ihn davon abhielt, überhaupt aktiv zu werden, auf eine Art, die an das Bild des »willenlosen Muselmans« bei Agamben denken lässt:

B: Everyone was complaining, but nobody was hearing us. We didn't know where to go. For me, I just got sick of this situation, I was just lying in my bed and I, I was just waiting for the day I would go out of that cage. I didn't know what to do. #00:11:27-3#

I: So when you were complaining, you were complaining to the management, or... #00:11:32-8#

B: Ja. But I noticed no differences before or after my complaints, so why would I complain. Actually, all of the people were complaining. Everyday new complaints. The solution was just to find a new place for the refugees, because that place is not for long-term accomodation. #00:11:54-3#

I: And did you have a lawyer? #00:12:03-4#

B: No. #00:12:06-8#

I: Why not? #00:12:07-8#

B: Why would I? #00:12:09-5#

I: Just, I don't know, to complain or get out faster, something like that? Did you think about that? #00:12:17-6#

B: I think also the thing is that most of the refugees don't know their rights, their duties. I was one of them, I think, I didn't know them. I even didn't know if I am able to complain about that or not. #00:12:34-5#

I: The camp management didn't give you information about what were your rights and duties? #00:12:43-9#

B: I don't think so. #00:12:46-2#<sup>582</sup>

Keine/r der interviewten Bewohnerinnen und Bewohner hatte von der Unterkunftsleitung Informationen zu Rechten und Pflichten bzw. Anwältinnen und Anwälten nach der Ankunft im Lager erhalten, wie § 47 Abs. 4 AsylG dies vorsieht. Vielmehr wurde in allen Interviews mit den Bewohnerinnen und Bewohnern und den Sozialarbeitenden deutlich, dass die Sozialarbeit die Funktion der ersten Rechtsberatung und Weitervermittlung an professionelle Rechtsberatungen in den Unterkünften übernimmt. In Bezug auf die subjektiven Faktoren der Rechtsmobilisierung ergab sich aus den Interviews kein einheitliches Bild der Bewohnerinnen und Bewohner als besonders »wissend« oder »unwissend« bezüglich rechtlicher Ansprüche. Während einige der Interviewten nicht über ausreichende Rechtskenntnisse verfügten, um zu wissen,

582 Interview Bewohner/in 1.

dass sich die Mobilisierung von Rechtsansprüchen außerhalb des Asylverfahrens nicht auf das Asylverfahren selbst auswirkt, nutzten andere die lange Wartezeit in den Erstaufnahmeeinrichtungen, um ihre rechtlichen Ansprüche detailliert zu studieren. Teilweise wurde jedoch auch auf ein »Fremdheitsgefühl« und einen »unterschiedlichen kulturellen Hintergrund« verwiesen; derselbe Bewohner wie zuvor führt die mangelnde Rechtsstaatlichkeit im Herkunftsland als Grund für ein mangelndes Rechtsbewusstsein in Deutschland an:

I: So, you said that you didn't know anything about your rights. Why? #oo:13:35-4#

B: How would I, I'm new in this country. #oo:13:40-5#

I: Mhm (bejahend)... #oo:13:41-1#

B: And I mean, actually, to be honest, most of the [nationality] people don't even have any rights in their countries. So they are used to it. I don't know. #oo:14:01-5#

I: It just didn't occur to you that you could? #oo:14:02-6#

B: Ja. I couldn't imagine that I could complain about something in this place. #oo:14:11-8#

Viele der Interviewten wussten dennoch um die rechtswidrige Länge des Aufenthalts in den Erstaufnahmeeinrichtungen oder die rechtswidrige mangelnde psychologische Versorgung und empfanden die Befugnisse der Sicherheitsdienste als »unrechtmäßig«. Viele Interviewte begriffen sich insofern als Teil einer diffusen transnationalen Rechtssubjektivität. Oftmals wurde dabei zwar nicht ein explizites Grund- oder Menschenrecht eingefordert, aber ein allgemeiner Verstoß gegen die ihnen zustehenden Menschenrechte bemängelt. Die Akteure der Law-Clinic sowie des Infobusses versuchten hier durch Rechtsberatung und Aufklärung das Rechtswissen bzw. Anspruchswissen der Bewohnerinnen und Bewohner in den zwei Forschungsfeldern weiter zu stärken. Ein/e Bewohner/in erzählt, wie maßgeblich der mobile Infobus für die rechtliche Orientierung in den Unterkünften war:

I: Und hattet ihr eigentlich einen Anwalt? #oo:28:05-3#

B: Nein, wir hatten kein Geld, wir hatten gar keine Informationen. Ich hab' später nur über die [Sozialarbeit] erfahren, die hat das Recht, ins Camp zu kommen, und ja, sie helfen den Leuten. Aber: im Camp gab es gar keine Übersetzer, die anderen Leute konnten nicht mit der [Sozialarbeit] reden. Und damals war noch nicht Corona, die Sozialarbeiter kamen einmal oder zweimal pro Woche zu uns. Und dann haben sie vom Infobus erzählt, dass die auch helfen. Die ersten zwei, drei Monate waren ein Schock für uns, also alle hatten Depressionen, wir wussten nicht, wo wir sind und was passiert. Dann war ich bei der [Sozialarbeit] und ich habe gesagt, dass ich schon eine Ausbildung habe, und gefragt,

was ich machen kann, damit es schneller rausgeht. Und die meinten, »nein, du musst warten bis du eine Entscheidung vom BAMF kriegst, wenn sie positiv ist, kannst du schneller rausgehen, wenn nicht, musst du zum Gericht gehen«. Und dann wollte ich mein Diplom übersetzen lassen, die haben mir geholfen. [...] Und dann haben sie mir vom Infobus erzählt und der Infobus hat erstmal die gerichtlichen Sachen, die gesetzlichen Sachen und die Entscheidungen gelesen und uns erklärt, was wir machen können, und uns ein bisschen Orientierung gegeben. Und damals gab es das auch, dass jemand vom Infobus einmal die Woche mit einer Anwältin aus München kam, und die Leute, die Probleme hatten, konnten dahin gehen und sich beraten lassen. Das war kostenlos und das half uns auch, wir waren einmal bei einer Anwältin, da kam [Name], er hat uns sehr geholfen, nicht nur mir, vielen Leuten und dank ihm hab' ich von der Ausbildung erfahren, dass ich die machen kann, sie haben mich motiviert und ich habe verstanden, dass ich nicht allein bin und etwas schaffen kann. Weil im Büro von [Betreiberfirma] sagen immer alle, keine Chance, du wirst abgeschoben werden. [...] Und die [Betreiberfirma] übersetzt nichts, und die Bewohnerinnen und Bewohner bekommen die Bescheide vom BAMF und sie haben eine Woche für eine Klage, aber sie verstehen nichts. Und sie haben Gesundheitsprobleme, aber niemand kann ihnen helfen. Und der Infobus sagt ihnen, was sie machen können. Sie schreiben Briefe in ihrem Namen, und die Leute fühlen sich ein bisschen unterstützt. Weil im Camp gibt es keine Übersetzer, keine Betreuung, keine Information, also sie sind abgekapselt. Und nur eine Information: sie werden alle abgeschoben, keine Chance. #00:32:08-8#<sup>58</sup>

Dabei wurden in den Interviews bei vielen Bewohnerinnen und Bewohnern Frustration und Misstrauen gegenüber rechtsstaatlichen Behörden sowie dem Camp-Management aufgrund negativer Erfahrungen im Umgang mit den Beschwerden sichtbar, wie sich auch in den vorherigen Interviewausschnitten zeigt. Die staatlichen Behörden, die Betreiberfirmen und die privaten Sicherheitsfirmen wurden dabei teilweise als Teil eines Sicherheits-Systems wahrgenommen, das aufgrund von Verantwortungsabgabe und Geschlossenheit als unangreifbar erlebt wurde. Teil dieses Systems wurde dann ebenfalls die Polizei, sofern sie in Konflikten, etwa mit dem Sicherheitspersonal, primär den Aussagen der Sicherheitsbediensteten Glauben schenkte:

B: Manchmal gab es große, sehr sehr große Streits, und die Polizei musste kommen, weil sich die Leute mit der Security geschlagen haben. Die Security hat dann die Polizei gerufen. Und es sind sehr sehr viele Polizisten gekommen. Ich glaube, 40 Leute von der Polizei. #00:23:17-8#

I: Und wie war das, als die Polizei gekommen ist? #00:23:26-3#

583 Interview Bewohner/in 7.

B: Als die Polizei gekommen ist, ist die erstmal nicht rein. Ich weiß nicht, vielleicht aus Angst vor den vielen Leuten? Danach kam die Polizei und meinte, »ihr habt die Security geschlagen«. Die Leute sagten »ja« und erzählten, warum das so gelaufen ist. Ich weiß nicht, wenn die Polizei gekommen ist, haben die einfach mit der Security geredet. Aber nicht alle im Camp können Deutsch, weil wir sind neu. Wenn ich mit der Polizei geredet habe, hat die Polizei mich nicht verstanden. Das finde ich schwierig. Die Polizei glaubte einfach der Security. #00:24:41-0#<sup>584</sup>

In dem Interviewausschnitt zeigt sich die erlebte Hierarchisierung der Aussagen der Bewohnerinnen und Bewohner gegenüber denen der Sicherheitsdienste durch die Polizei. Ganz allgemein wurde diese Erfahrung in den Interviews auch für Konflikte mit der Heimleitung beschrieben und führte bei mehreren Interviewteilnehmenden dazu, auf eine Rechtsmobilisierung zu verzichten. Ein/e Anwält/in erzählt, dass diese Hierarchie in der Glaubwürdigkeit sich durchaus weiter in die Gerichtsverfahren zieht, etwa wenn es um die Beweiserhebung in Gerichtsverfahren gegen Behörden geht:

I: Ja das hat mich tatsächlich auch sehr erstaunt, dass ich das Gefühl hab', dass sich die Begründung sehr stark verlässt, auf das was... #00:11:39-9#

B: ...die Behörde behauptet. Ja genau. Also was man hätte machen können, wäre eine Ortsbegehung. Weiß ich nicht, warum die das nicht gemacht haben. #00:11:48-2#

I: Und was glaubst du? #00:11:50-3#

B: Keine Ahnung, ich weiß es nicht. Weil die hätten sich das einfach mal angucken können und sich erklären lassen können. Und dann hätte man einen Tag X gehabt, zum Zeitpunkt X, dann müssen alle da sein und sich die Zustände angucken. Und dann hätte man mit denen arbeiten können. Aber wenn so eine Ortsbegehung gewesen wäre, wäre die ja mindestens ein zwei Tage vorher angekündigt worden und da bin ich mir sicher, dass alles super gewesen wäre und die ganzen Bewohnerinnen und Bewohner hätten sich die Augen gerieben und gesagt häh, das ist doch alles ganz neu. Das ist halt so ein Ungleichgewicht gegenüber Behörden. Aber das ist ja unabhängig von diesem Streit oft so. Dass die Behörden einfach einen strategischen Vorteil haben. #00:12:32-0#<sup>585</sup>

Die Beweislage für die Bewohnerinnen und Bewohner vor Gericht schätzt der/die Anwält/in demnach als von Anfang an schlechter ein. Diese Barriere ist, wie auch der/die interviewte Anwält/in erwähnt, nicht unbedingt spezifisch für die Rechtsmobilisierung in Flüchtlingsunterkünften, sondern lässt sich ganz allgemein in Verfahren gegen Behörden finden.

584 Interview Bewohner/in 5.

585 Interview Anwält/in 3.

Dass sich viele der Bewohnerinnen und Bewohner in Bezug auf Security-Gewalt etwa vor Gegenanzeigen fürchteten, wenn sie die Gewalttaten gefilmt hatten, und dies sie von der Rechtsmobilisierung abhielt, ist ein Phänomen, das sich auch in Bezug auf Polizeigewalt finden lässt.<sup>586</sup> Teil des angesprochenen strategischen Vorteils der Behörden ist zudem, dass die Behördenmitarbeitenden kein Kostenrisiko tragen. Alle Interviewten verwiesen bei der Frage nach der Mobilisierung der ihnen bekannten rechtlichen Ansprüche auf die Mobilisierungsbarriere der finanziellen Kosten. Das Risiko der selbst zu bezahlenden Anwaltskosten hielt die Interviewten davon ab, den ihrer Meinung nach rechtswidrigen Zuständen rechtlich vor Gericht nachzugehen. Die ökonomische Prekarisierung durch die geringen Sätze des AsylbLG in den Unterkünften führte bei den Interviewten also unmittelbar zu einer rechtlichen Prekarisierung.

B: I'm not thinking about that. Because I only have a little money. If I will get a lawyer, I will give to him a lot of money and all my money is 135 per month. So it's not a lot. I can't buy a lawyer. And I got that little money for one year and a half. #00:15:42-6#<sup>587</sup>

In Bezug auf die unrechtmäßige Länge des Aufenthalts im AnkER-Zentrum wirkte der Infobus der Mobilisierungsbarriere der Kosten dadurch entgegen, dass er die Bewohnerinnen und Bewohner nicht sofort an eine anwaltliche Vertretung vermittelte, sondern stattdessen vorgefertigte Formulare verteilte, mit denen die Bewohnerinnen und Bewohner bei den Verwaltungsbehörden einen Antrag auf Umverteilung aus den AnkER-Zentren stellen konnten.

Rechtssoziologische Forschung hat darüber hinaus gezeigt, dass die Mobilisierung des Rechts von der Art des Konflikts (ist physische Gewalt im Spiel?), dem Ort, an dem er stattfindet (für Gewalt, die etwa in der Familie stattfindet, wird seltener Recht mobilisiert), und den Betroffenen (u. a. spielen Geschlecht, Klasse und *race* sowie die Erfahrungen mit staatlichen Behörden eine Rolle) abhängt.<sup>588</sup> Insbesondere bei Konflikten in »fortbestehenden Sozialbeziehungen«<sup>589</sup> wird Recht oftmals erst als letztes Mittel mobilisiert.<sup>590</sup> Dies zeigte sich gerade für den stark

<sup>586</sup> »Die Anzeigerstattung stellt einen ersten Schritt für eine Mobilisierung des Strafrechts dar. In der Betroffenenbefragung gab indes die ganz überwiegende Mehrheit der Befragten an, die erlebte polizeiliche Gewaltanwendung u.a. wegen der geringen Erfolgssichten nicht zur Anzeige gebracht zu haben«, *Singelnstein*, Gewalt im Amt (2023), S. 434.

<sup>587</sup> Interview Bewohner/in 3.

<sup>588</sup> *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 39ff.

<sup>589</sup> *Blankenburg* nennt hier etwa das Arbeits-, Miets- oder Eheverhältnis als Beispiele, *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 43ff.

<sup>590</sup> »Die Auflösung dieser drei Arten von sozialer Beziehung – dem Arbeits-, Miets- und dem Eheverhältnis – machen einen großen Teil des Geschäftsanfalls der

geschlossenen Raum der Flüchtlingsunterkünfte. Ein/e Sozialarbeiter/in erzählt in diesem Zusammenhang etwa von der Stigmatisierung protestierender Bewohnerinnen und Bewohner durch die Mitarbeiter/innen der Betreiberfirma:

B: Man könnte ja auch mal überlegen, ob es nicht so eine Art Bewohnerinnen- und Bewohnerrat geben könnte in so großen Unterkünften. Aber die Leute, die sich dann da politisch aktivieren, werden dann da als Rädelsführer und als Störlinge betitelt. Diese Begriffswahl kommt übrigens von dem Chef der [Unterkunft]. Diese Hungerstreiksituatien. Das nimmt grade über. [...] Dann musst du wissen, es gibt eine 10€ Pauschale, 70€ in der Woche, für jeden Geflüchteten. Das Essen, was die da kriegen, ist keine 70€ wert. Ich habe wirklich öfter in der Mensa [...] gegessen. [...] Also wirklich, ich bin echt nicht pingelig, ich esse alles, aber das war schlimm. [...] Ich sehe Fotos vorher nachher, nimmt jeder spürbar 10 Kilo ab so, weil die Nahrung da so schlecht ist. [...] Das ist ein Riesenthema, und da wird sich hinter irgendwelchen Rechtsparagraphen versteckt, die aber einfach die Freiheiten der Leute so krass einschränken. Und man provoziert damit diese Streiks nur. Und wenn sich dann Leute noch solidarisieren, dann wird das so negativ ausgelegt und dann stellt sich der [Name], der Einrichtungsleiter von [Unterkunft], vor eine Massenversammlung, die organisiert wurde, und sagt, wem's nicht passt, der soll doch Deutschland verlassen. So wird mit Protestformen von Leuten umgegangen. [...] #00:41:45-4#<sup>591</sup>

Zu den objektiven Faktoren der Rechtsmobilisierungskosten tritt so der Faktor des Verhältnisses mit den Mitarbeitenden sowie anderen Bewohnerinnen und Bewohnern in der Unterkunft. Hinzu kommen weitere objektive Faktoren, wie die in den Interviewausschnitten bereits angesprochene Sprachbarriere. Die interviewten nicht-staatlichen Rechtsberatungen agierten zusammen mit Sprachmittlerinnen und -mittlern, die die Rechtstexte und die rechtlichen Einschätzungen der Beratenden für die Bewohnerinnen und Bewohner übersetzten, während staatliche Behörden die Bewohnerinnen und Bewohner mit den deutschen Anschreiben konfrontierten, ohne eine regelmäßige Übersetzung der Schreiben zu gewährleisten. Weitere objektive Faktoren der Rechtsmobilisierung ließen sich aber auch im Raum der Flüchtlingsunterkunft selbst finden:

Gerichte aus. Jeweils hat sich vor Anrufung des Gerichts ein (oft längerer) Konflikt zugetragen, innerhalb dessen sich möglicherweise schon wiederholt die Frage der Thematisierung von Recht gestellt hat. Kommt es zur tatsächlichen Mobilisierung, wird oft schon nicht mehr daran gedacht, die Gestaltung einer weiter bestehenden Sozialbeziehung durch Recht entscheiden zu lassen«. *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts (1995), S. 46.

<sup>591</sup> Interview Sozialarbeiter/in 1.

B: Ein sehr großer Punkt ist natürlich auch, dass die Unterkünfte meistens sehr abgelegen sind und es keinerlei Kontakt zur ›Außenwelt‹ gibt. Und deswegen die Leute bewusst isoliert werden. Sie haben wenig Kontakt zu Rechtsanwält/innen, sie haben keinen Zugang zur Rechtsberatung, außer eben durch uns als Infobus. Aber allein durch die geographische Lage irgendwo im Außenbereich von [Ort], wo es eh schon keine Asylrechtsanwält/innen in [Ort] gibt, nochmal weiter draußen, das ist einfach eine super schlechte Anbindung. #00:12:29-9<sup>592</sup>

Die interviewten Bewohnerinnen und Bewohner der Notunterkunft am Tempelhofer Feld kannten einige Rechtsberatungsangebote allein deshalb schon nicht, weil sie in einem anderen Hangar, der teilweise einen Kilometer vom eigenen Hangar entfernt lag, stattfanden. Die Rechtsberatenden des bayerischen mobilen Infobusses achteten hingegen darauf, sich trotz Zugangsverbot gut sichtbar vor den Unterkünften zu platzieren, um möglichst gut von den Bewohnerinnen und Bewohnern wahrgenommen zu werden. Schließlich zeigte sich insbesondere während der Corona-Quarantänen ganzer Unterkünfte, dass der Zugang zum Internet eine wesentliche Rolle für die Mobilisierung von Recht spielen kann. Während der Lockdowns waren sämtliche Behörden nur noch telefonisch oder per Mail erreichbar. Zugleich boten die Unterkünfte jedoch kein Wlan für die Bewohnerinnen und Bewohner an.<sup>593</sup> Manche Bewohnerinnen und Bewohner waren so komplett vom Zugang zu den Behörden abgeschnitten, sofern sie keine eigenen mobilen Daten über das Handy hatten.<sup>594</sup> Dabei spielt das Internet nicht nur eine Rolle in Bezug auf

<sup>592</sup> Interview Rechtsberater/in 3.

<sup>593</sup> Die vom Gesetzgeber angenommene »regelmäßige« Bereitstellung von Internetanschlüssen (BT-Drucks. 19/10052, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 10.05.2019, S. 24) lässt sich in der Rechtspraxis so nicht vorfinden. In beiden Forschungsfeldern gab es bis zum Abschluss der empirischen Forschung keinen Internetanschluss, bundesweit gibt es mehrere nicht-staatliche Initiativen, die sich für Internetanschlüsse in den Unterkünften engagieren.

<sup>594</sup> Ein/e Rechtsberater/in erzählt hierzu: »Ist irgendwie ja fast schon ein Grundbedürfnis heutzutage, Internetzugang. Und es gab immer wieder größere Kampagnen, gerade vom bayerischen Flüchtlingsrat usw., um flächendeckend Wlan in allen Unterkünften einzurichten. Es ist leider sehr schleppend passiert. Es gab mal einen Verein, der hat das ehrenamtlich spendenfinanziert in ein paar Unterkünften eingerichtet. In Bayern, also das ist jetzt Gesamtbayern gesprochen, also nicht auf die Anker-Zentren bezogen, da ist es natürlich genauso. Jetzt gab's grade den Beschluss der bayerischen Landesregierung, dass es jetzt Wlan geben soll in den Unterkünften, und ist aber nicht der Auftrag an diesen Verein gegangen, der das schon seit Jahren ehrenamtlich gemacht hat, sondern ist irgendwie ausgeschrieben worden, ich weiß nicht ganz genau, und das wird jetzt irgendwie in den nächsten Jahren

die rechtliche Kommunikation mit den Behörden, sondern auch dabei, etwa die ehrenamtlichen Rechtsberatungsstellen zu finden, wie ein/e Bewohner/in erzählt:

I: How did you get to know the Infobus? #00:37:31-4#

B: Ah, that's an interesting story. I was searching for things, you know, like I was googling stuff, if I can get something somewhere, like volunteer work, I went to [Sozialarbeit] and they said sorry, we don't have anything for you. Then I went to Infobus, one day I was interpreting for one of my friends, so I talked to [Name] and said »do you have like somewhere, you know somewhere volunteer job or something«, cause I want to get outside of this place. And then he said »jaja, we need a translator, so if you want to join us, you can try this«. So I think I joined after two weeks or something. #00:38:16-4# #00:38:16-3#

[...]

I: Your brother gave you the number of [Name]? #00:40:34-9#

B: Nonono, I found it myself, but I was in Munich, there were lots of brochures on the law and Infobus, and then I went to Infobus and talked to them. And they told me that when I have interview I can call them and we prepare you for interview. [...] #00:41:10-6#

I: Did you ever think when you wanted to be transferred after three months and then six months and then nine months, did you at that time ever think about getting a lawyer to get out of the AnkER-place to make more pressure or was it not something that you ever thought about? #00:41:32-6#

B: Actually, no, first of all you need money and I didn't have money. And the second thing was that it was the rule that like, you can't get out of [Unterkunft] for like six months, if you get a lawyer it will take four five six months and then I was six months in there, they say now ok, you get a transfer, so it just happens, it was not making sense for me. If I ever had a conflict, then I would get a lawyer. Like right now, I have a lawyer. Two lawyers actually. I have two conflicts. #00:42:07-2#

I: What conflicts do you have? #00:42:07-9#

B: One is from the asylum case and the second thing is that I came here by visa. [...] I have two laywers now (lacht). #00:42:29-5#<sup>595</sup>

wird das eingerichtet. Und ich glaube, zumindest eine der Unterkünfte in [Ort] hat jetzt Wlan eingerichtet, was aber, glaube ich, 10€ pro Person kosten soll, pro Monat. D.h. die müssen sich dann Zugangskarten oder so kaufen, ganz genau weiß ich's nicht. Was schon ein hoher Betrag ist für Leute, die nur 90€ pro Monat bekommen. Genau, also ich glaube, es ist einfach nicht der politische Wille dagewesen, das einzurichten. Das wäre jetzt ja eigentlich nicht so unfassbar schwer«. #00:24:36-6# (Interview Rechtsberater/in 3).

595 Interview Bewohner/in 3.

Deutlich wird, dass der/die Interviewte Recht zwar mobilisiert hat, jedoch nicht für Konflikte, die die Unterbringung selbst betreffen. Von den im Rahmen dieser Untersuchung interviewten Bewohnerinnen und Bewohnern hat keine/r Recht für Konflikte in oder über die Flüchtlingsunterkünfte vor Gericht mobilisiert. Die interviewten Anwältinnen und Anwälte berichteten hierzu, dass es sehr schwer sei, Mandantinnen und Mandanten für Klagen zur Unterbringung zu finden, da viele Bewohnerinnen und Bewohner zunächst ihren Aufenthaltsstatus sichern wollten und bei Klagen gegen den Standard der Unterkünfte negative Auswirkungen auf ihr Asylverfahren befürchteten. Zudem verwiesen sie ebenfalls auf die Mobilisierungskosten:

I: Und dann war's jetzt nicht so, dass die Kläger/innen direkt zu dir gekommen sind? #00:19:04-9#

B: Ja, die haben ja gar keine Chance. Die können zwar aus ihren Unterkünften raus, aber die kennen mich ja gar nicht. Und da gibt's einfach eine Hilfestruktur, das finde ich nicht mal sowas besonderes. Weil im Sozialrecht, was ich sonst so mache oder im Verwaltungsrecht, gibt es immer Hilfestrukturen, auf die bin ich auch angewiesen, sonst kommen die Mandant/innen, die finden einfach den Weg nicht. Und ohne Betreuer/innen, Sozialarbeiter/innen würden einfach ganz viele auf der Strecke bleiben. [...] #00:19:52-6#

I: Und wenn es so Barrieren gibt, auf dich zuzugehen, würdest du sagen, dass das in der Flüchtlingsunterbringung nochmal stärker ist, oder beobachtest du das eigentlich in deinen ganzen Fällen gleichermaßen? #00:20:10-2#

B: Da habe ich keinen Unterschied gemerkt, weil in dem Moment, wo z.B. eine Hilfestruktur denen erklärt, wie der Prozess läuft und dass es Prozesskostenhilfe gibt, ist das für die, glaube ich, nicht so eine Hürde gewesen. Also nicht mehr als es für einen Hartz-IV-Empfänger mit deutscher Staatsangehörigkeit eine Hürde ist, zum Anwalt zu gehen, weil er denkt, der Anwalt kostet 1000€ und macht eh nichts. Ich glaube, es ist eher andersherum. Wenn die Mandant/innen das Gefühl haben, oder merken, dass ihnen geholfen wird, dass sie sogar eher bereit sind, dann zu gehen. [...] #00:21:22-4#

I: Und sobald dann auch klar ist, dass die Prozesskostenhilfe übernommen wird? #00:21:26-9#

B: Genau. Also das weiß man ja vorher nie, also Prozesskostenhilfe wird bewilligt, wenn es Aussicht auf Erfolg hat. Also dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen gegeben sind, ist logisch, weil die haben ja nichts. Und die Aussicht auf Erfolg hat man im Sozialrecht in 95% der Fälle, also ich hab' das einmal im Jahr, dass eine Prozesskostenhilfe abgelehnt wird. Und im Verwaltungsrecht nicht ganz so oft, unterschiedlich, vielleicht so 50, 60%, aber die Prozesskostenhilfe, da soll ja nicht schon entschieden

werden, ob man gewinnt oder verliert, die soll ja nur dazu dienen, dass eine Person, die keine finanziellen Mittel hat, einen Anwalt oder eine Anwältin zu bezahlen, oder die Gerichtskosten zu bezahlen, trotzdem Rechtsschutz bekommen kann. [...] #oo:23:13-3#

I: Und bist du eigentlich in [Ort] eine/r der wenigen, die sich mit sozialrechtlichen Fällen oder dem Asylbewerberleistungsgesetz beschäftigen oder gibt es hier schon viele Anwält/innen? #oo:23:23-3#

B: Also gefühlt ja, weil das ist so eine Schnittmenge. Sowohl diese Unterbringungskisten, da gehen halt so Anwält/innen für Aufenthaltsrecht und Asylrecht ganz selten ran, und auch diese Sozialleistungen, da gehen die Anwälte für Aufenthalts- und Asylrecht gar nicht ran, das versteht ich nicht, warum die das nicht machen. Andererseits gehen auch Sozialrechtler oder Fachanwälte für Sozialrecht ganz selten an das Thema ran, weil es halt tatsächlich so ein Randgebiet ist. Und man ganz schwer an Mandant/innen kommt. Bei mir spricht es sich offensichtlich rum seit ein paar Jahren und es kommen relativ viele, aber in [Ort] gibt es ungefähr 10 oder 15 Fachanwälte für Sozialrecht und ich weiß von einer anderen Kollegin, dass die auch AsylbLG-Fälle macht. [...] Also ich kriege Anfragen aus [Ort], [Ort], [Ort] hab ich, [Ort], alles hab ich. Also irgendwie scheine ich da der/die Einzigste zu sein. [...] #oo:25:45-3#

Der Interviewausschnitt macht sichtbar, wie sich die Prekarisierung durch die ordnungspolitische Rationalität im Kontext eines Gewährleistungsrechts auf Wohnen auch in der Anzahl der verfügbaren Anwältinnen und Anwälte materialisiert: Es gibt bundesweit schlichtweg nicht viele Anwältinnen und Anwälte, die sich inhaltlich mit der Schnittstelle zwischen dem ordnungsrechtlichen Verwaltungsrecht des Asylverfahrens sowie den Gewährleistungsansprüchen innerhalb der Unterbringung befassen. Die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität sowie die dadurch entstehende Verzerrung der rechtlichen Regelung der Unterbringung als nicht rein »sozialrechtlicher« Gegenstand führen hier zu einer für das Unterbringungs-Regime spezifischen objektiven Barriere der Rechtsmobilisierung und somit einer rechtlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner. Viele andere Mobilisierungsbarrieren sind dabei nicht notwendigerweise spezifisch für die Rechtswirklichkeit der Flüchtlingslager, lassen sich dort jedoch verdichtet vorfinden: Zu der Mobilisierungsbarriere der Kosten tritt dann etwa noch die des mangelnden Sprachverständnisses sowie ein Mangel an Informationen. Die Erfahrung der verdinglichten ordnungspolitischen Rationalität, die den Bewohnerinnen und Bewohnern teilweise als unangreifbares System gegenübertrat, wurde dabei aber auch von Erzählungen gebrochen, in denen die Bewohnerinnen und Bewohner der rechtlichen Prekarisierung eigene Vorstellungen von eigenen Rechten entgegensezten. Und tatsächlich gab es während der Dauer der empirischen Forschung verschiedene

Rechtsmobilisierungen vor Gericht, die die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität anfochten. Diese wurden teils im Rahmen der strategischen Prozessführung von Klagekollektiven, teils von einzelnen Bewohnerinnen und Bewohnern mittels eigener Anwältinnen und Anwälte forciert und spiegeln die Vielfalt der Akteure im rechtlichen Feld wider. Einige dieser Verfahren werden im Folgenden exemplarisch vorgestellt.

*a. Flüchtlingsunterbringung als Sozialleistung und Zimmerbewohnerinnen und -bewohner als Bedarfsgemeinschaften:  
Klagekollektive und strategische Prozessführung*

Zur grundlegenden Infragestellung der Verfassungsmäßigkeit der AsylbLG-Sätze ist die Kritik an den Anspruchseinschränkungen unter die Regelsätze nach § 1a AsylbLG sowie die Reduktion der Regelsätze um 10% nach § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b AsylbLG und § 3a Abs. 2 Nr. 2 lit. b AsylbLG bzw. § 2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1, 2 AsylbLG aufgrund des Aufenthalts in einer Aufnahmeeinrichtung getreten.<sup>596</sup> Letztere Kürzung beruht dabei auf der Fiktion, dass die Zimmer-Bewohnerinnen und -Bewohner gemeinsam wirtschaften und damit weniger Geld benötigen könnten<sup>597</sup> – die Gewährleistungsgehalte des menschenwürdigen Existenzminimums in der deutschen Flüchtlingsunterbringung werden so weiter unterminiert. Diese Tendenz wird von verschiedenen Akteuren rechtlich angegriffen.

Die Auseinandersetzungen zur Regelbedarfskürzung in Aufnahmeeinrichtungen in der rechtsdogmatischen Literatur<sup>598</sup> sowie einigen gericht-

596 Drittes Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 13.08.2019, BGBl I Nr. 31 2019, S. 1290.

597 »Der in der Bedarfsstufe 2 für Paarhaushalte zum Ausdruck kommende Gedanke der Einsparungen durch gemeinsames Wirtschaften ›aus einem Topf‹ (vgl. hierzu näher die Gesetzesbegründung zum RBEG, Bundestagsdrucksache 18/9984, S. 85 bis 86) lässt sich auf Leistungsberechtigte übertragen, die in Sammelunterkünften bestimmte Räumlichkeiten (Küche, Sanitär- und Aufenthaltsräume etc.) gemeinsam nutzen«. BT-Drucks. 19/10052, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 10.05.2019, S. 24.

598 Vgl. Siefert, die die Idee eines gemeinsamen Wirtschaftens in Sammelunterkünften als Ausgang der Bedarfsberechnung als »unzutreffende Grundannahme« kritisiert, und in der Gleichbehandlung mit den wesentlich ungleichen Bedarfsgemeinschaften nach dem Sozialgesetzbuch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sieht, Siefert, in: Siefert/Dollinger/Krauß. AsylbLG, 2. Aufl. (2020) § 3a Rn. 17, 19. So auch Gerloff, Anwalt/Anwältin im Sozialrecht 2020. Frerichs verweist auf die Praxis der grundrechtskonformen Auslegung: »Eine Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Gewährung eines

lichen Verfahren,<sup>599</sup> in denen § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b AsylbLG und § 3a Abs. 2 Nr. 2 lit. b AsylbLG Gegenstand waren, griff etwa der Verein Gesellschaft für Freiheitsrechte auf und entwickelte mehrere Muster-vorlagen für Sozialrichterinnen und -richter mit dem Ziel, so schnell wie möglich eine konkrete Normenkontrolle<sup>600</sup> des § 3a AsylbLG vor dem Bundesverfassungsgericht initiieren zu können. Klassischerweise adressiert der Verein die Klägerinnen und Kläger einzelner strategisch gewählter Verfahren, um so eine über die einzelnen Verfahren hinausgehende Rechtsänderung zu erwirken, und senkt hierzu Rechtsmobilisierungsbarrieren der Klägerinnen und Kläger, indem er beispielsweise die Kosten des Verfahrens übernimmt. Mit der Mustervorlage setzte

menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2o Abs. 1 GG), insbesondere mit den prozeduralen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (vgl. dazu die Kommentierung zu § 3 AsylbLG Rn. 43 ff., 63), kann allenfalls durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b AsylbLG bzw. § 3a Abs. 2 Nr. 2 lit. b AsylbLG angenommen werden, nach der die Anwendung der Bedarfsstufe 2 als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die tatsächliche und nachweisbare gemeinschaftliche Haushaltungsführung des Leistungsberechtigten mit anderen in der Sammelunterkunft Untergebrachten voraussetzt«. *Frerichs*, in: *Juris PraxisKommentar SGB XII*, 3. Aufl. (2020, Werkstand: 12.2022), § 3a AsylbLG Rn. 44.

<sup>599</sup> Das LSG Brandenburg-Berlin hat die §§ 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b AsylbLG und 3a Abs. 2 Nr. 2 lit. b AsylbLG (Regelbedarfsstufe 2) im Eilverfahren als verfassungskonform bewertet, LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.05.2020 – L 15 AY 14/20 B ER – Rn. 15 ff. (juris). Andere Sozialgerichte haben § 3a AsylbLG stattdessen verfassungskonform ausgelegt und eine »tatsächliche« gemeinsame Haushaltungsführung zur Anwendung des § 3a Abs. 1 Nr. 2 lit. b AsylbLG vorausgesetzt. Siehe etwa LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 10.6.2020 – L 9 AY 22/19 B ER – Rn. 19 (juris); SG Berlin, Beschl. v. 19.5.2020 – S 90 AY 57/20 ER – Rn. 28 ff. (juris) zumindest während der Covid-19-Pandemie; SG Landshut, Beschl. v. 28.01.2020 – S 11 AY 3/20 ER – Rn. 63 ff. (juris); SG München, Beschl. v. 10.2.2020 – S 42 AY 82/19 ER – Rn. 56 f. (juris). Gegen eine grundrechtskonforme Auslegung spricht sich das SG Neubrandenburg aus und verweist auf den politischen Gehalt in der grundrechtskonformen Auslegung: »Wenn also der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen hat, darf der Richter diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar war«, SG Neubrandenburg, Beschl. v. 05.03.2021 – S 6 AY 3/21 ER – Rn. 25 (juris).

<sup>600</sup> Bei der konkreten Normenkontrolle muss ein Gericht nach Art. 100 Abs. 1 GG Gesetze, die es für verfassungswidrig hält, dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen: »Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und [...] die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen«.

der Verein jedoch nicht bei den individuellen Klägerinnen und Klägern an, sondern versuchte vielmehr, die Rechtsmobilisierung der Richterinnen und Richter zur konkreten Normenkontrolle zu fördern, indem er ein »Servicepaket« aus juristischer Argumentation, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht erstellte. Dieses nahm das Sozialgericht Düsseldorf im April 2021 in Anspruch und legte die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 AsylbLG, der wie auch § 3a AsylbLG eine Leistungsreduzierung für Bewohnerinnen und Bewohner in Sammelunterkünften wegen gemeinsamen Wirtschaftens vorsah, dem Bundesverfassungsgericht mittels der Mustervorlage der Gesellschaft für Freiheitsrechte zur Entscheidung vor. Die Strategie, Akteure innerhalb rechtsstaatlicher Institutionen zur Vorlage vor dem Bundesverfassungsgericht zu animieren, folgt dabei einerseits den vom Verein beobachteten kritischen Stimmen zu § 3a AsylbLG in der Rechtsprechung der Sozialgerichte. Andererseits nutzt der Verein gesammeltes Wissen aus vorherigen Vorlageverfahren mittels durch NGOs erstellter Mustervorlagen:

Das Ganze haben wir uns auch nicht ausgedacht, sondern das geht zurück auf die Vorlage zu den Hartz-IV-Sanktionen, also da hat die Bürgerinitiative Grundeinkommen auch eine Vorlage veröffentlicht und eben angeregt, dass Gerichte die nutzen, und auf dieser Vorlage basiert der Vorlagebeschluss, der dann zu dem Hartz-IV-Sanktionen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts geführt hat. [...] da hat das Bundesverfassungsgericht eben auch explizit in der Entscheidung geschrieben, dass es unschädlich ist, dass der Vorlagebeschluss auf einem Muster beruhte, weil sich der Richter die Argumente zu eigen gemacht hat. Und das fanden wir nochmal interessant, auch dass sie darauf explizit nochmal eingegangen sind und gesagt haben, dass das unproblematisch ist, und dachten, gut, dann probieren wir das auch mal. #oo:07:08-0#

Der Verein forciert explizit strategische Gerichtsprozesse, um gesellschaftliche Prozesse anzustoßen:

Ja, also genau, wir wollen natürlich 'ne gesellschaftliche Veränderung bewirken, aber im Sinne der Grund- und Menschenrechte, und nutzen dann dafür eben dieses rechtliche Instrument und gehen davon aus, dass Recht in unterschiedliche Richtungen ausgelegt wird. Und wir streiten eben für eine offene, solidarische, freie Gesellschaft und legen das Recht und die Menschenrechte entsprechend aus. #oo:31:39-1#

Hierzu arbeitet der Verein in einem Netzwerk aus politischen Akteuren, Klägerinnen und Klägern und Anwältinnen und Anwälten. Recht wird so zu *einem* Instrument in einem Bündnis aus verschiedenen Akteuren, bei dem die GFF ihr eigenes Netzwerk aus juristischen Akteuren einbringt und die Wissenserarbeitung zum rechtlichen Stand beiträgt. Die erstellte Vorlage wurde etwa über ausgewählte Fachverteiler verbreitet

und mittels einzelner Anwältinnen und Anwälte an ausgewählte Richterinnen und Richter herangetragen:

Wir haben die [Vorlage] über verschiedenste Verteiler geschickt, die war im Thomé-Newsletter, der ja von sehr vielen Richter/innen auch gelesen wird, und wir haben dann mit verschiedenen Anwält/innen, mit denen wir so im Sozialrecht Kontakt haben, gesprochen, ob sie eben in ihren Verfahren ihre jeweiligen Richter/innen ansprechen können, ob die das vorlegen würden mit dieser Vorlage, und das haben auch viele gemacht und eben dann da Gespräche mit Richtern geführt. Wir haben jetzt nicht selber individuelle Richter angeschrieben, sondern tatsächlich das über diese laufenden Verfahren mit den Anwält/innen zusammen gemacht.  
#00:08:1 0-5#

I: Und die Vorlage, die es dann gab, kam auch über einen Anwalt, den ihr schon kanntet? #00:08:17-2#

B: Nee, die Vorlage, die hatte tatsächlich die Richterin am Sozialgericht Düsseldorf im Thomé-Newsletter gesehen und sich gedacht, das ist doch interessant. Sie sagte eben, sie ist der Überzeugung, dass diese Regelung verfassungswidrig ist, und will die Vorlage gerne nutzen, um vorzulegen. Wir haben im September veröffentlicht, und sie kam dann Ende des Jahres auf uns zu und im April ist ja dann die Vorlage, ist dann der Vorla-gebeschluss ergangen, und genau das hat eigentlich ganz gut geklappt, der Plan. #00:09:39-8#

Am Beispiel der GFF lässt sich so ebenfalls sehen, wie Netzwerke aus juristischen und nicht-juristischen Akteuren gemeinsam als Klagekollektiv<sup>601</sup> die rechtliche Normativität der Flüchtlingsunterbringung anfechten. Dabei setzt die GFF zwar die Themen und trifft damit eine Vorauswahl der für den Verein infrage kommenden Verfahren. Dies muss jedoch nicht mit einem Verlust des Akteursstatus der Klägerinnen und Kläger einhergehen. Vielmehr reflektieren die Juristinnen und Juristen der GFF sowohl die Auswirkungen der Rechtsform für die Handlungsmacht der Klägerinnen und Kläger als auch die verstärkte rechtliche Prekarisierung der Geflüchteten und damit einhergehende divergierende Interessen. Die Aneignung der Einzelfälle der klagenden Geflüchteten für einen größeren strategischen Prozess wird nicht negiert, sondern explizit formuliert, ohne den Kontakt zu den klagenden Bewohnenden zu

601 »Das Kriterium Klagekollektiv meint schließlich, dass in strategischen Prozessen Individuen und Organisationen mit unterschiedlichen Erfahrungsschätzungen und komplementärer Expertise zusammenarbeiten. Die Beschreibung als Klagekollektiv beruht auf der empirischen Beobachtung, dass komplexe Prozesse in der Regel nicht von einzelnen natürlichen oder juristischen Personen geführt werden, sondern von einem Zusammenschluss mehrerer Akteur\*innen«, *Hahn/von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, S. 221.

verlieren. Diese können hingegen den strategischen Prozess nutzen, um ihre eigenen Anliegen in der Öffentlichkeit zu artikulieren:

Ja, also es stimmt natürlich, wir müssen Kämpfe in Rechtssprache übersetzen und dazu kommt im deutschen Recht, dass man auch immer subjektive Rechte einklagt, während es ja oft um strukturelle Probleme geht und nicht nur um ein individuelles Recht. Das sind die Beschränkungen des rechtlichen Systems, und was wir versuchen, ist eben das Anliegen der Kläger/innen, die teilweise ja auch dort dann auch politische Akteure sind, dass wir eben dieses Anliegen in die Rechtssprache übersetzen, aber nicht verfälschen, aber schon eben gemeinsame Ziele besprechen und entwickeln und dann schauen, welche Ziele davon können wir auch im Rechtsdiskurs mit validen Argumenten einklagen, und welche vielleicht nicht. Also das ist ja zum Beispiel auch ein gutes Beispiel bei der Hausordnung. Wir klagen gegen die Hausordnung,<sup>602</sup> aber den Klägern geht es darüber hinaus eigentlich auch darum, dass sie eigentlich überhaupt nicht diese Form der Unterbringung wollen. [...] ja es gibt Konfliktpotenzial, und man muss da aufpassen, aber wenn man klar kommuniziert, wenn alle wissen, das sind die Begrenzungen des Verfahrens, und damit einverstanden sind, dann ist es ein Instrument, das sollte man nutzen, damit kann man was erreichen, nicht alles natürlich, aber es sollte einen, glaube ich, nicht davon abhalten. Also, ich glaube nicht, dass das in diesen Verfahren dazu führt, dass die von Akteuren zu Nicht-Akteuren werden. Also diese Erfahrung habe ich jetzt nicht gemacht. Das kann ja auch empowern, wenn man dann auch Erfolg hat vor Gericht. Man muss auch bedenken, die öffentliche Aufmerksamkeit in einem Verfahren überhaupt für ein Thema. Da geht jemand vor Gericht, und plötzlich merkt er »oh, ne Klage« und dann hast du die Aufmerksamkeit und kannst plötzlich auch andere Themen mit reinbringen. #oo:36:59-5#

Neben den Mustervorlagen hat die GFF so ebenfalls ein Interview mit dem Kläger Kamalraj G. des Verfahrens am Sozialgericht Düsseldorf veröffentlicht.<sup>603</sup> In diesem thematisiert er über Aspekte des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum hinaus seine eigene Migrationsgeschichte sowie den Alltag in der Unterkunft.

*b. Erfolgreiche Klage ohne faktische Auswirkung: Zimmer in Flüchtlingsunterkünften als Wohnraum nach Art. 13 GG*

Der Dominanz der ordnungspolitischen Funktion folgt in der Rechtsprechung und Rechtsdogmatik ein Verständnis des Wohnraums in den Flüchtlingsunterkünften, bei dem dieser nicht durch die Unverletzlichkeit

<sup>602</sup> Siehe hierzu C II a.

<sup>603</sup> *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, Ich bin stolz, dass meine Klage nun zum Verfassungsgericht geht, Interview mit Kamalraj G. vom 19.04.2021.

der Wohnung nach Art. 13 GG geschützt ist. Dieser mangelnde Schutz wird insbesondere in Bezug auf die Betretungsrechte durch das private Sicherheitspersonal sowie durch die Polizei relevant (siehe Kapitel C II 4 a). Für den rechtlichen Rahmen von Abschiebungen in Flüchtlingsunterkünften etwa ist die Frage nach dem Schutz von Zimmern in Flüchtlingsunterkünften durch die Unverletzlichkeit der Wohnung fundamental: Für ein Betreten von Wohnräumen nach Art. 13 GG durch die Polizei bedarf es einer gesetzlichen Grundlage und für die Durchsuchung von Wohnräumen nach Art. 13 Abs. 2 GG eines richterlichen Beschlusses. Im Sinne einer normativen Konstruktion der Unterbringung als ordnungspolitischer Funktion für das Asylverfahren (und nicht als von Art. 13 GG geschütztem Wohnraum) wurden die Durchsuchungen von Wohnungen in Flüchtlingsunterkünften zum Zwecke der Abschiebung jedoch bis zuletzt weder mit gesetzlicher Grundlage noch richterlicher Anordnung durchgeführt.<sup>604</sup> Diese Praxis wurde 2019 durch eine Klage vor dem Verwaltungsgericht Hamburg angegriffen. Der Bewohner einer Gemeinschaftsunterkunft klagte mit Hilfe der Rechtsberatenden des Vereins Fluchtpunkt e.V. in Hamburg dabei primär gegen die polizeiliche Durchsuchung seiner Wohnung zum Zwecke der Abschiebung mit der Begründung, dass die Polizei ohne gesetzliche Grundlage gehandelt habe.<sup>605</sup> Das VG Hamburg urteilte, dass das Betreten von Gemeinschaftsunterkünften zu Zwecken der Abschiebung ohne gesetzliche Grundlage und richterliche Anordnung durch die Polizei rechtswidrig ist<sup>606</sup> – ein Urteil, dass auch durch das OVG Hamburg bestätigt wurde.<sup>607</sup> Als Nebeneffekt fällten das VG und OVG Hamburg damit aber auch ein Grundsatzurteil zum Schutz der Räume in Gemeinschaftsunterkünften durch Art. 13 GG:

Bei den beiden Zimmern der Kläger in der Wohnunterkunft handelt es sich um eine Wohnung im Sinne von § 23 HmbVwVG. Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist die grundrechtliche Wertung von Art. 13 Abs. 1 GG heranzuziehen. [...] Wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, sind zur alleinigen Nutzung zugewiesene Räume in Gemeinschaftsunterkünften aufgrund der unterschiedlichen Zweckrichtung der Unterbringung auch nicht mit Hafträumen vergleichbar, für die der Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG nur eingeschränkt gilt (vgl.

<sup>604</sup> Vgl. hierzu etwa *Hermann*, Zeitschrift für Ausländerrecht 2017; *Habbe*, Asylmagazin 2018.

<sup>605</sup> »Die Kläger, ein Ehepaar aus dem Irak mit zwei zehn und sieben Jahren alten Kindern, begehren die Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt war, ihre Zimmer in einer Wohnunterkunft zum Zwecke der Abschiebung zu betreten und zu durchsuchen«. VG Hamburg, Urt. v. 15.02.2019 – 9 K 1669/18 – Rn. 1 (juris).

<sup>606</sup> VG Hamburg, Urt. v. 15.02.2019 – 9 K 1669/18 – Rn. 35 (juris).

<sup>607</sup> Hamburgisches OVG, Urt. v. 18.08.2020 – 4 Bf 160/19 – Rn. 35 (openJur).

Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 30.5.1996, 2 BvR 727/94 u.a., Neue Juristische Wochenschrift 1996, 2643, juris Rn. 13).<sup>608</sup>

Dieser scheinbare Erfolg in der Anfechtung der rechtlichen Normativität der deutschen Flüchtlingsunterbringung entfaltete jedoch in der Rechtspraxis kaum Wirkung: Die Hamburger Behörden verwiesen zunächst auf die mangelnde Rechtskräftigkeit des VG-Urteils und praktizierten Abschiebungen aus Flüchtlingsunterkünften ohne gesetzliche Grundlage und richterliche Anordnung weiter. Vor der Veröffentlichung des Urteils des OVGs wurde zudem die Rechtslage im Aufenthaltsgesetz geändert und eine gesetzliche Grundlage zum »Betreten der Wohnräume« zum »Zweck der Durchführung der Abschiebung«, § 58 Abs. 5 S. 1 AufenthG,<sup>609</sup> eingeführt – die der Rechtsprechung der Hamburger Verwaltungsgerichte, die ein Betreten der Wohnräume zum Zwecke der Abschiebung als eine »Durchsuchung« einstuften, widersprach. Inzwischen hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass es sich bei einem Betreten der Wohnräume zum Zwecke der Abschiebung nicht um eine Durchsuchung handelt.<sup>610</sup> Der Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung wird so nach wie vor nicht vollständig gewährt: Braucht es regulär eine richterliche Anordnung, um Wohnräume zu durchsuchen, genügt im Rahmen des Asylverfahrens die gesetzliche Ermächtigungsnorm nach § 58 Abs. 5 S. 1 AufenthG. Ein Rechtsberater des Vereins Fluchtpunkt e.V. erzählt hierzu:

B: [...] dass die Gemeinschaftsunterkunft unter Art. 13 fällt, da hatte ich in der Klagebegründung jetzt gar nicht so den Schwerpunkt drauf gelegt, weil ich dachte, das muss irgendwie sein. [...] Wie hat sich unsere Beratung dadurch geändert? Puh, erstmal hatten wir das gewonnen, das war natürlich irgendwie toll, dann war aber klar, ok, es gibt die Berufung. Währenddessen hat die Stadt einfach so weitergemacht. Weil sie gesagt haben, naja, ist ja noch nicht rechtskräftig. Dann war die Berufung. In der Zwischenzeit hat sich das Bundesgesetz geändert. Die Berufung hat sich noch auf die alte Rechtslage bezogen und gesagt, nee, das war tatsächlich rechtswidrig, was natürlich auch ein Erfolg war, aber parallel hat die Stadt einfach gesagt, ist uns aber egal, weil es gibt eine neue Rechtslage und nach der können wir das einfach weiter so machen. Und das machen die auch so weiter. [...] das Problem ist natürlich, dass es jetzt diese neue Rechtslage gibt, die sagt, Wohnungen können zum Zwecke der Abschiebung betreten werden. [...] So, und das heißt, letztlich müsste man es schaffen, diese Norm zum Bundesverfassungsgericht zu bringen, um zu sagen, das ist eben mit Art. 13 nicht vereinbar. #00:08:18-6#

608 Hamburgisches OVG, Urt. v. 18.08.2020 – 4 Bf 160/19 – Rn. 37 (openJur).

609 Art. 1 Nr. 15, Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.08.2019, BGBl I Nr. 31 2019, S. 1294.

610 BVerwG, Urt. v. 15.06.2023 – 1 C 10.22.

Über den rechtlichen Rahmen der Abschiebungen in Flüchtlingsunterkünften hinaus lässt sich aus dem Interview mit einem Rechtsberater des Vereins Fluchtpunkt e.V. entnehmen, wie das Asylverfahren selbst zugleich als objektive und subjektive Mobilisierungsbarriere wirkt, die die Bewohnerinnen und Bewohner und Rechtsberatenden davon abhält, Grundsatzfragen der Flüchtlingsunterbringung gerichtlich zu verfolgen. Selbst wenn die Mobilisierungsbarriere der finanziellen Kosten durch Klagekollektive gemindert wird, hemmt die akute Sorge vor Abschiebung den gerichtlichen Aktivismus im Unterbringungsregime. Die mangelnde Rechtsprechung, etwa zu Art. 13 GG und Räumen in Flüchtlingsunterkünften, folgt hier nicht nur den komplexen rechtlichen Fragen, die sich aus der Dominanz der verwaltungsrechtlichen Funktion über sozialrechtliche Aspekte der Flüchtlingsunterbringung ergeben und eine objektive Mobilisierungsbarriere darstellen. Vielmehr führt auch die subjektive Hierarchisierung, mit der die Dringlichkeit einer besseren Unterbringung dem eigentlichen Asylverfahren untergeordnet wird, dazu, dass rechtliche Fragen der Unterbringung als »Luxusproblem« nur selten vor Gericht verfolgt werden – und dies, obwohl die Bewohnerinnen und Bewohner sie als alltägliche Belastung wahrnehmen und eine zunehmende rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner durch mangelnde Behördentätigkeit explizit thematisieren.

I: [...] würdest du sagen, aus deiner Beratungspraxis heraus, dass es eigentlich eine Ausnahmesituation war, dass ihr diese Grundsatzfrage zu Art. 13 und Gemeinschaftsunterkünften gestellt habt, weil es eigentlich [in der Beratung] um andere Aspekte geht? [...] #oo:09:42-7#

B: Also, ich glaube ja. Weil, einerseits sind die Kapazitäten oft ausgelastet, es drohen einfach akut Abschiebungen. Und ich glaube, das Oberverwaltungsgericht war auch ein bisschen überrascht, dass wir das zum ersten Mal entscheiden. [...] wenn eine Person abgeschoben wurde [...] dann haben die von ihren Ressourcen her, also finanziell aber auch im Kopf, andere Probleme, als jetzt nachholend einen Rechtsschutz zu suchen. Und insofern ist es besonders, dass wir von den Menschen kein Geld verlangen müssen dafür, dass wir das machen, und in dem Fall sagen können, ok, die Gerichtsgebühren, wenn die anfallen, übernehmen wir die eben. Aber natürlich ist es ein Problem in der täglichen Beratungspraxis, dass solche grundsätzlichen Fragen gar nicht adressiert werden, die ja total wichtig sind, und es nicht ein Luxus ist für Menschen, dass ihre Privatsphäre gewahrt wird. [...] #oo:11:18-5#

I: Und aus den Fragen, mit denen die Leute in der Beratung zu dir kommen, würdest du sagen, dass solche rechtlichen Konflikte oder Fragen zu den Zuständen in den Unterkünften regulär gestellt werden [...] ? #oo:11:48-2#

B: Also, da würde ich sagen, dass die Zustände in den Unterkünften total oft Thema sind. Und da ist dann immer die Frage, es gab hier früher mal eine Stelle in Hamburg, eine Ombudsstelle für Unterkünfte, und wir haben halt viel zu tun mit Menschen, die psychisch erkrankt sind und für die so eine Unterbringung eine besondere Herausforderung darstellt, bzw. die dann natürlich eigentlich untragbar ist, wo wir dann in solchen Fällen sagen könnten, ok, wir sprechen die mal kurz an, und dann wurden die Leute relativ schnell in andere Unterkünfte gebracht. Das gibt's nicht mehr. Ja, nee, es ist auf jeden Fall oft ein Thema, weil's auch einfach schlimm ist. Wir sind dann oft in der Situation, ok, wieviel Kapazitäten haben wir jetzt dafür, die Unterbringung zu klären, wenn vielleicht der Aufenthalt gefährdet ist. [...] #oo:13:33-9#

Anders als in der strategischen Prozessführung der Gesellschaft für Freiheitsrechte (s.o.) nutzten die Rechtberatenden des Fluchtpunkt e.V. keine Öffentlichkeitsarbeit und verzichteten auf eine Politisierung des Prozesses. Grund hierfür war die Sorge, dass die politischen Diskurse zu Migration sich, wenn überhaupt, negativ auf den Prozess auswirken könnten. Vielmehr setzten sie auf die relationale Autonomie des Rechts, von der sie sich den migrationsfeindlichen gesellschaftlichen Diskursen zum Trotz eine positive Rechtsprechung versprachen, die das starke Recht des Schutzes der Unverletzlichkeit der Wohnung gewährleisten würde.

I: Und habt ihr währenddessen auch Öffentlichkeitsarbeit zu dem Fall gemacht? #oo:18:26-4#

B: [...] Also eine Überlegung von mir war, dass das Gesetz da eher auf unserer Seite ist als die Öffentlichkeit. Also Art. 13 hat eine relativ starke Position, und das dann erstmal im Gericht zu klären. [...] Ich glaube, das war auch noch diese Seehofer-Zeit und an seinem 69. Geburtstag 69 Afghanen und so.<sup>611</sup> Und irgendwie, glaube ich, war da so eine Überlegung von mir persönlich, dass ich dachte, ok, man wird über die Öffentlichkeit keinen wesentlichen Druck aufbauen, der das Verfahren positiv beeinflussen würde. Und an sich sind wir generell vorsichtig mit Öffentlichkeitsarbeit, bevor wir eine Entscheidung haben, aber das hängt auch immer vom Fall ab. #oo:20:26-0#

Darüber hinaus hat der (wenn auch komprimierte) Schutz des Wohnraums in Flüchtlingsunterkünften bei Durchsuchungen der Polizei mittels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage auch in Hamburg keine Auswirkung auf die Praxis der Betretungsbefugnisse durch private Sicherheitsfirmen. Diese können die Zimmer in Flüchtlingsunterkünften nach wie vor ohne gesetzliche Grundlage betreten und handeln lediglich aufgrund der »Haus- und Benutzungsordnung für Unterkünfte«.<sup>612</sup>

<sup>611</sup> Siehe hierzu *Vu*, Horst Seehofer: Kein Witz, Zeit Online vom 11.07.2018.

<sup>612</sup> Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg Drucksache 21/14668, Schriftliche Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Carola Ensslen (DIE

*c. Eilrechtsverfahren mit (kurzer) faktischer Auswirkung:  
Corona-Schutzverordnungen in Sachsen*

Neben der Frage nach dem Schutz durch Art. 13 GG verdrängt die Dominanz der ordnungspolitischen Funktion ebenfalls andere rechtliche Gewährleistungsgehalte in der Rechtswirklichkeit der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Die Abwertung etwa des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG wurde im Zusammenhang mit den Corona-Maßnahmen besonders deutlich. Während zahlreiche Grundrechtseinschränkungen die Ausbreitung der Pandemie verhindern sollten, um die körperliche Unversehrtheit der Risikogruppen zu gewährleisten, folgte die Corona-Politik in der Flüchtlingsunterbringung nicht notwendigerweise dem Credo des Schutzes des subjektiven Rechts auf körperliche Unversehrtheit (s.o.), sondern der abstrakten Einhaltung der Corona-Schutzverordnungen in den Erstaufnahmeeinrichtungen und Anker-Zentren und der gesetzlichen Wohnverpflichtung nach § 47 AsylG. Statt einer Umverteilung der Bewohnerinnen und Bewohner auf dezentrale kleinere Unterkünfte wurden vielerorts ganze Erstaufnahmeeinrichtungen unter Quarantäne gesetzt und die Bewohnerinnen und Bewohner gezwungen, sich im Kontakt mit den vielen hundert anderen Bewohnerinnen und Bewohnern der Gefahr einer Ansteckung auszusetzen (s.o.).

Der Corona-Politik der einzelnen Bundesländer in der Flüchtlingsunterbringung folgten vermehrte Verwaltungsrechtsklagen<sup>613</sup> sowie einzelne Strafanzeigen (hierzu mehr unter d). Insbesondere in Sachsen konnten dabei in mehreren Eilrechtsverfahren zunächst schnelle Erfolge erzielt werden.<sup>614</sup> Die Bewohnerinnen und Bewohner sächsischer Erstaufnahmeeinrichtungen in Dresden, Leipzig und Chemnitz hatten auf eine Umverteilung auf dezentrale Gemeinschaftsunterkünfte mit der Begründung geklagt, die Corona-Schutzverordnungen könnten in den Erstaufnahmeeinrichtungen nicht eingehalten werden, so dass einerseits § 49 Abs. 2 AsylG, der eine Umverteilung bei Seuchengefahr vorsieht, einschlägig sei und andererseits der Schutz der körperlichen Unversehrtheit nur durch eine Entlassung aus der Erstaufnahmeeinrichtung gewährleistet werden könne.<sup>615</sup> Dieser Annahme folgten die sächsischen

LINKE) vom 18.10.18 und Antwort des Senats vom 26.10.2018, Art. X Anhang.

<sup>613</sup> Exemplarisch: VG Münster, Beschl. v. 07.05.2020 – 6a L 365/20; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 16.06.2020 – 9 B 765/20; VG Kassel, Beschl. v. 17.03.2021 – 4 L 430/21.KS.

<sup>614</sup> VG Leipzig, Beschl. v. 22.04.2020 – 3 L 204/20.A; VG Dresden, Beschl. v. 24.04.2020 – 11 L 269/20.A; VG Chemnitz, Beschl. v. 30.04.2020 – 4 L 224/20.A.

<sup>615</sup> »[Der Kläger] führt aus, er sei in der Erstaufnahmeeinrichtung, die eine Kapazität von 700 Plätzen habe, mit einer weiteren Person in einem zwei mal

Verwaltungsgerichte zunächst und beschlossen im April 2020, dass den Klägerinnen und Klägern eine sofortige Umverteilung auf dezentrale Gemeinschaftsunterkünfte zustehe.<sup>616</sup> Auch hier agierten die klagenden Bewohnerinnen und Bewohner im Klagekollektiv zusammen mit lokalen Hilfestrukturen, weiteren in der Flüchtlingsunterbringung aktiven Akteuren und den vermittelten Anwältinnen und Anwälten. Mark Gärtner, ein Mitinitiator der Klagen und ehemaliger Mitarbeiter des Sächsischen Flüchtlingsrats, berichtet hierzu:

B: [...] da sind wir dann in Spur gegangen und haben über eine Hilfestuktur sowie weitere Initiativen in ganz Sachsen begonnen, das zu organisieren. [...] auch zum Teil in der Komplettquarantäne haben wir dann Kontakte in verschiedene Aufnahmeeinrichtungen gesammelt, so dass wenn's zu einer Komplettisolierung kommt, wir einfach wissen, was drinnen vor sich geht. [...] Wir haben dann ein verschlüsseltes Pad angelegt, sachsenweit, und da waren bestimmt 10 Initiativen/Vereine beteiligt, also sehr viele Menschen, und dadurch sind wir dann aber auch relativ schnell an potenzielle Kläger/innen gekommen, die dann auch gewillt waren, das zu machen. #00:03:56-7#

B: [...] also es gab einen erfolgreichen Antragssteller in Schneeberg, im Bezirk des Verwaltungsgerichts Chemnitz, der kam über eine Beratungsstelle dort vor Ort namens Help e.V., die hatten den überzeugt. Die beiden erfolgreichen Antragssteller/innen in Dresden wurden über eine Hilfestuktur gefragt und in Döllzig durch den Infobus, eine Leipziger Initiative, die regelmäßig in Döllzig berät. [...] #00:05:23-3#

Anders als bei dem Hamburger Verfahren reagierten die Behörden (trotz der Verneinung eines Umverteilungsanspruchs vor Gericht) sofort und entließen alle Bewohnerinnen und Bewohner in Sachsen, die einen Antrag auf Umverteilung auf eine dezentrale Gemeinschaftsunterkunft stellten, aus den Erstaufnahmeeinrichtungen; und dies bevor alle Eilverfahren beschieden wurden.

zwei Meter großen Raum untergebracht. Gemeinschaftsküche und die fünf Toiletten würde er sich mit 50 weiteren Personen teilen. Die Einhaltung eines Abstands von 1,5 Meter zu anderen Personen in den gemeinschaftlichen Räumlichkeiten sei nicht möglich. Dies verstöße auch gegen die Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts – RKI – (Stand 1. April 2020). Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Antragsteller nach den weiteren Einschätzungen des RKI als Asylsuchender unter Umständen für Infektionskrankheiten empfänglicher sei. Sein Schutz vor Ansteckung mit dem Virus und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit würden nicht ausreichend berücksichtigt«. VG Leipzig, Beschl. v. 22.04.2020 – 3 L 204/20.A – Rn. 4 (juris). Siehe auch VG Dresden, Beschl. v. 24.04.2020 – 11 L 269/20.A – Rn. 3 ff. (juris).

<sup>616</sup> VG Leipzig, Beschl. v. 22.04.2020 – 3 L 204/20.A; VG Dresden, Beschl. v. 24.04.2020 – 11 L 269/20.A; VG Chemnitz, Beschl. v. 30.04.2020 – 4 L 224/20.A.

B: [...] es hat zu einem Einbruch geführt in der Unterbringung. Also ungefähr ein Drittel wurde in dem Zuge verteilt. Es gab dann auch noch ganz viele Transferanträge, die direkt an die Behörde geschickt wurden. Das ist der 13.07.20, da sieht man,<sup>617</sup> dass die Belegung der Aufnahmeeinrichtungen um ein Drittel eingebrochen ist. Und dann hat die Landesdirektion im Prinzip auch proaktiv diesen Anträgen stattgegeben, die also eingeleitet, wahrscheinlich, weil sie Angst hatten, dass sie jetzt an der Nase durch die Manege gezogen werden und die Gerichte ihnen das Leben schwer machen. [...] Es sind einige in Gemeinschaftsunterkünfte gekommen, aber auch viele in Wohnungen, in welcher Relation, das kann ich nicht sagen. Sie haben diese Transferanträge auch nicht beschieden, sondern die Schreiben, die rausgingen, waren dann »Ja, danke für Ihren Transferantrag, wir wollten sie sowieso transferieren in einer Woche, deswegen werden die den Antrag nicht beschieden, Sie kriegen ja den Transfer«, damit das auch nicht rechtsmittelfähig wird, das war wahrscheinlich das Kalkül. Für die Leute war's ja erstmal gut, aber bei den Verfahren war dann auch die Luft relativ schnell raus, juristisch.<sup>618</sup> [...] #oo:07:55-3#

Die schnelle Reaktion der Behörde führt Mark Gärtner auf die Sorge um das »Image« der Landesdirektion zurück. Der durch das Corona-Virus intensivierte mediale Blick auf die Behörde habe demnach zum ungewöhnlich schnellen Handeln geführt. Die Interaktion der Verwaltung mit einer medialen Öffentlichkeit ist dabei ein typisches Charakteristikum der Verwaltung des aktivierenden Gewährleistungsstaats: »Zur Öffentlichkeitsarbeit gehört die allgemeine Präsentation der staatlichen Tätigkeit, die heute umfassend im Internet erfolgt und punktuell zu Broschüren in einzelnen Aufgabenbereichen ergänzt wird«.<sup>619</sup> In diesem Sinne wird die »Bürgernähe« der Verwaltung zur »Informationsnähe«,<sup>620</sup> die sich auch in der durch die Landesdirektion Sachsen getätigten Pressekonferenz zur sächsischen Corona-Politik in den Aufnahmeeinrichtungen zeigt.<sup>621</sup> Die Sorge vor dem »öffentlichen Blick« im Zusammenhang

<sup>617</sup> Mark Gärtner verweist hier auf eine aus den kleinen Anfragen der Landtagsabgeordneten Juliane Nagel erstellte Statistik, die die Belegungszahlen der Aufnahmeeinrichtungen in Sachsen von Dezember 2019 bis November 2020 zeigt, vgl. *Sächsischer Flüchtlingsrat*, Belegung in sächsischen Erstaufnahmeeinrichtungen (2021).

<sup>618</sup> Im letzten Eilrechtsverfahren in Leipzig beschloss das Verwaltungsgericht, dass kein Anspruch auf Umverteilung aus der Aufnahmeeinrichtung bestehe, VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A.

<sup>619</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 243.

<sup>620</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 66.

<sup>621</sup> Die Landesdirektion hat entsprechend auf ihrer Homepage einen eigenen »Medienservice«, auf dem sie Pressemitteilungen zur Corona-Politik in den Erstaufnahmeeinrichtungen veröffentlicht, die etwa über positiv getestete

mit der möglichen Niederlage vor Gericht konnte so zu einem proaktiven Handeln der Verwaltung trotz der ordnungsrechtlichen Prämissen in der Corona-Politik und einer öffentlich dementierten Gefährdung der Bewohnerinnen und Bewohner führen.<sup>622</sup>

B: Na ich denke, dass das schon sehr blamabel war für die Landesdirektion. [...] die konnten das nicht abschätzen, was da juristisch noch so passiert, bin ich schon von überzeugt. Am Anfang wusste ja niemand so genau, wie das jetzt wird mit Corona [...]. Und ich denke, die hatten da schon Schiss und haben gedacht, lieber erstmal raus, bevor wir uns weiter in die Nesseln setzen, öffentlichen Imageschaden erleiden und im Zweifel ja wirklich, also deswegen wurden die Verfahren ja auch gewonnen, hier noch Leute gefährden, vor den Augen der bundesweiten Öffentlichkeit. Sie haben dann ja auch eine Pressekonferenz gemacht, wo sie darauf bestanden haben, dass das Infektionsrisiko ja doch nicht so groß sei im Lager, das sei ja im Prinzip relativ normal. Wir hatten das auch in unserer Pressemitteilung<sup>623</sup> nochmal zitiert. Genau, und das war noch derselbe Tag, wo das VG Chemnitz die letzte Entscheidung getroffen hat. Die wollten dieses schlechte Image wahrscheinlich korrigieren. Man muss dazu sagen, dass die Landesdirektion sich davor sowieso ein bisschen blamiert hatte, denn im Januar 2020 sind drei Leute aus der Abschiebehaft ausgebrochen,<sup>624</sup> das war schon peinlich für die, jetzt haben sie dann ein Verfahren nach dem anderen verloren, und ich denke auch, da gab's dann auch einen Wechsel an der Spitz. [...] #oo:19:37-9#

Die Verwaltungsrechtsklagen führten über die konkreten Umverteilungen hinaus aber auch zu einem politischen Empowerment mancher Bewohnerinnen und Bewohner der Erstaufnahmeeinrichtungen in Sachsen. So fand einerseits im Rahmen der Suche nach Klägerinnen und Klägern eine nachhaltige Vernetzung mit den Bewohnerinnen und Bewohnern der Aufnahmeeinrichtungen statt. Zugleich begannen die Bewohnerinnen und Bewohner selbstorganisierte Demonstrationen zu veranstalten,

Personen oder die allgemeine Lage in den Flüchtlingsunterkünften informieren, vgl. *Landesdirektion Sachsen*, Asylsuchende in Aufnahmeeinrichtungen auch während der zweiten Welle wirksam gegen Corona schützen, Pressemitteilung vom 29.10.2020.

622 Die Auswirkungen der medialen Öffentlichkeit könnten sich auch in der Tatsache, dass das letzte Eilverfahren in Leipzig als Kammerbeschluss ergangen ist, gezeigt haben. Anders als bei den anderen Verfahren wurde die Klage nicht von einem Einzelrichter, sondern von drei Kammerrichtern beschlossen, VG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2020 – 5 L 211/20.A – Rn. 25 (juris).

623 *Sächsischer Flüchtlingsrat*, Beschluss Nummer 4: Chemnitz zieht nach – Sachsens Verwaltungsgerichte tenorieren einheitlich, Pressemitteilung vom 30.04.2020.

624 *Vollmer*, Häftlinge aus Abschiebehaft geflohen, Sächsische.de vom 19.01.2020.

die die Corona-Politik in Sachsen und die Rechte der Bewohnerinnen und Bewohner thematisierten.

B: Mein Eindruck ist, es war dann wieder klar, Camps sind nach wie vor Thema, sind ein Problem, sind gesundheitsschädigend. Und ich denke auch, eine Wirkung ist, und das war glaube ich ein Novum für Sachsen, dass tatsächlich Geflüchtete protestieren und für ihre Rechte eintreten. Die Demos zu den Camps waren weitgehend selbstorganisiert. Bis hin zu dem Punkt, dass, so namentlich kann man ihn glaube ich nennen, Mohsen Farsi Zadeh, ein Mensch, der damals in Döllzig gewohnt hat, oder leben musste, ja das ist im Prinzip glaube ich eine der nachhaltigsten Veränderungen, dass es da einen Menschen gibt, der bis heute die Camps auf dem Schirm hat und versucht, Leute zu empowern, für ihre Rechte einzutreten. [...] #oo:23:47-2#

Die *individuellen* gerichtlichen Verfahren fanden demnach in einem Netzwerk von Akteuren statt, das über die Gerichtsverfahren hinaus wirkte, in *kollektiven* Praxen agierte und hierzu ebenfalls Öffentlichkeitsarbeit betrieb. Der sächsische Flüchtlingsrat veröffentlichte hierzu etwa Video-Interviews mit den Bewohnerinnen und Bewohnern der Aufnahmeeinrichtungen.<sup>625</sup> Diese Öffentlichkeitsarbeit ist zum Teil jedoch nicht nur Bestandteil, sondern zentrales Element eines rechtlichen Aktivismus, wie im Folgenden zu sehen ist.

*d) Handlungsmacht, Öffentlichkeit und das Einschreiben in Rechtsdiskurse: Rechtlicher Aktivismus rund um die Flüchtlingsunterbringung in Bayern*

Die vorangegangenen Beispiele zeigen deutlich, wie in der Wirklichkeit des Rechts als sozialer Norm rechtliche Normativität und faktische Rechtsanwendung des Rechts nicht notwendigerweise ein kausales Verhältnis zueinander einnehmen müssen. Gerichtsentscheidungen etwa haben nicht in jedem Fall Auswirkungen auf Rechtsetzung und behördliches Handeln; andererseits handeln die Behörden in der Flüchtlingsunterbringung aus verschiedenen Gründen gelegentlich auch proaktiv entgegen der rechtlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner. In diesem Zusammenhang lassen sich im empirischen Feld der deutschen Flüchtlingsunterbringung rechtliche Praktiken finden, die zwar nicht auf eine kausale Wirkung ihrer Rechtsmobilisierung in Form eines erfolgreichen gerichtlichen Verfahrens abzielen, aber ein gerichtliches Verfahren dennoch aus strategischen Gründen anstreben: Einerseits erhoffen sich die Akteure über die gerichtlichen Verfahren eine verstärkte

<sup>625</sup> »Stimmen aus Döllzig – Interview des SFR mit Mohsen und François« (vimeo, 2020).

Resonanz in der Öffentlichkeitsarbeit, andererseits wollen sie sich mittels rechtlicher Prozesse in Rechtsdiskurse bzw. rechtliches Wissen einschreiben und diese auf längere Sicht in ihrem Sinne beeinflussen.

Dieser strategische Zugang zum Recht lässt sich zu einem gewissen Grad auch in den vorangegangenen Beispielen finden; das Beispiel der strategischen Prozessführung durch die Gesellschaft für Freiheitsrechte trägt den Begriff der Strategie bereits im Namen. Interessant an den folgenden Beispielen ist jedoch, dass sie nicht primär die Rechtsanwendung in Form eines Urteils forcieren, sondern über den Gerichtsprozess eine mediale Öffentlichkeit beeinflussen wollen, die dann wiederum Einfluss auf das Regime der Flüchtlingsunterbringung nehmen soll.<sup>626</sup> Eine Anfechtung der Normativität soll in diesem Zusammenhang nicht primär über die rechtsstaatlichen Institutionen selbst erreicht werden. Vielmehr wird die Transformation des Rechts über das Interesse der medialen Öffentlichkeit an rechtlichen Prozessen und Urteilen angestrebt. Die interviewten Akteure wollen als »Watchdogs«<sup>627</sup> durch Gerichtsprozesse

626 Hierin unterscheidet sich diese Strategie etwa von derjenigen der Gesellschaft für Freiheitsrechte, deren Fokus auf einer gesellschaftlichen Transformation mit Mitteln des Rechts liegt, und bei der die Öffentlichkeitsarbeit die strategischen Prozesse flankiert, um den Inhalt des Rechtsstreits in die Gesellschaft zu tragen. Die folgenden Beispiele folgen insofern einer anderen Dynamik, als sie eine rechtliche Transformation mit Mitteln der Gesellschaft anstreben. Öffentlichkeitsarbeit flankiert dann nicht mehr nur den rechtlichen Prozess, sondern wird zum zentralen Bestandteil eines Rechtsaktivismus. Was dabei unter Öffentlichkeit verstanden wird, welche Form diese Öffentlichkeit annimmt und wer darin gehört wird, ist, wie auch im Falle des Rechts, historisch spezifisch; *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1990), S. 54ff.; *Negt/Kluge*, Öffentlichkeit und Erfahrung (2016); *Fraser*, in: Medien – Politik – Geschlecht (2008); *Spivak*, Can the Subaltern Speak? (2020).

627 Der Begriff der Watchdogs stammt aus den Politikwissenschaften: »Watchdogs verfolgen eine Strategie des Agenda-Settings im doppelten Sinne: erstens kurzfristig durch die punktuelle Skandalisierung akuter Problemlagen und zweitens langfristig durch das Schaffen kontinuierlicher Aufmerksamkeit für ein Thema [...]«. *Hahn/von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, S. 219. Übertragen auf Klagekollektive als Watchdogs halten Hahn und Fromberg fest, dass diese sich von den »klassischen Watchdogs« unterscheiden, indem sie »eine primär rechtliche Form der Kontrolle [aktivieren], die öffentliche Skandalisierung wird nur flankierend eingesetzt. Wie die Bewegungsforschung zeigt, ist eine solche Kombination rechtlicher und politischer Mobilisierung medienwirksamer als eine ausschließlich politische Taktik und kann selbst bei gerichtlichen Niederlagen zu positiven Effekten führen, beispielsweise einem erhöhten Zulauf zu sozialen Bewegungen«. *Hahn/von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, S. 226. Dies ist in den vorliegenden Beispielen gerade nicht der Fall, da diese über

einerseits rechtliche Normativitäten offenlegen und im Zweifelsfall sichtbar machen, dass Legalität und Legitimität nicht notwendigerweise zusammenfallen. Es handelt sich also um eine Aufklärungsarbeit, die über die Mobilisierung des Rechts zeigen soll, für wen aus welchem Grund das Recht nicht mobilisierbar ist. Hier soll gesellschaftliches und fachliches Wissen über Recht<sup>628</sup> erweitert werden, im Interesse der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte. Dabei rekurrieren die Akteure in den zwei im Folgenden vorgestellten Beispielen andererseits nicht auf ein grundlegend positives Konzept des modernen Rechtsstaats, das lediglich in vereinzelten Fällen in der Flüchtlingsunterbringung verfehlt würde.<sup>629</sup> Vielmehr sehen sie ein systemisches Problem in der Art, wie rechtliche Institutionen den prekarisierenden Raum der Flüchtlingsunterkünfte (re) produzieren. In diesem Sinne erhoffen sie sich über die strategische Nutzung von Gerichtsprozessen nicht unbedingt eine schnelle Aufklärung oder Änderung der verschiedenen rechtlichen Rationalitäten oder Verwaltungspraxen, sondern wollen mit ihnen zunächst die prekarisierten Verflechtungen überhaupt erstmal sichtbar machen.

Diese Art der strategischen Nutzung des Rechts lässt sich zunächst anhand der Strafanzeige des bayerischen Flüchtlingsrats gegen das

die rechtlichen Verfahren primär eine mediale Kontrolle aktivieren wollen. Diese Nutzung des Rechts wird dabei auch durch das Recht selbst reflektiert und reguliert. Das Bundesverfassungsgericht kann etwa auf das sich hier eröffnende Spannungsverhältnis von außerrechtlichen Interessen und (verfassungs)rechtlichem Verfahren mit Bußgeldern bis zu 2600€ bei »missbräuchlichen« Verfassungsbeschwerden reagieren, vgl. § 34 Abs. 2 BundesverfassungsgerichtsG.

- 628 »Ob explizit in Form von wissenschaftlichen Theoretisierungen, implizit iSv geteilten professionellen (Vor-)Verständnissen oder aber als Alltagstheorien von Lai\_innen – rechtliches und rechtsbezogenes Wissen prägt rechtliches Denken und Handeln innerhalb der Rechtswissenschaften und bestimmt die Rechtspraxis«. *Kretschmann et al.*, Zeitschrift für Kritik | Recht | Gesellschaft 2018. Dass der Wissensbegriff selbst dabei äußerst schwer zu fassen ist und insofern erkenntnistheoretische Dekonstruktionen des Wissensbegriffs zur Gefahr für die rechtliche *Entscheidung* werden können, betont Münker, die in der Auseinandersetzung mit dem Wissensbegriff dennoch eine wertvolle Ressource für die Rechtswissenschaft sieht: »Denn gerade der erkenntnistheoretische Zwist über die Bedingungen, die vorliegen müssen, um von Wissen sprechen zu können, hängt eng damit zusammen, welche Schwierigkeiten der Umgang mit Wissen im Recht hervorruft«. *Münker*, in: Dimensionen des Wissens im Recht (2019), S. 9.
- 629 Die Interviewten widersprechen insofern der von Hahn und von Fromberg vorgestellten Idee der rechtlichen »Watchdogs« als Ausgleich rechtsstaatlicher Defizite, *Hahn/von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, S. 228ff. Vielmehr nutzen sie den rechtlichen Aktivismus, um strukturelle Problematiken des Rechts und des deutschen Rechtsstaats zu thematisieren.

Innenministerium und die Regierungsbezirke nachvollziehen. Der bayerische Flüchtlingsrat stellte am 02.04.2020 laut eigenen Angaben eine Strafanzeige gegen »das bayerische Innenministerium und die Regierungen von Oberbayern, Niederbayern, Oberpfalz, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken und Schwaben als vollziehende Behörden wegen Verstoßes gegen das Infektionsschutzgesetz«.<sup>630</sup> Die Anzeige erfolgte in der Annahme, dass das Innenministerium sowie die Regierungsbezirke sich nach dem Infektionsschutzgesetz<sup>631</sup> strafbar machten, da sie durch die Art des Betriebs der Flüchtlingsunterkünfte gegen die bayerische Corona-Schutzverordnung verstießen. Dabei hoffte der bayerische Flüchtlingsrat nicht primär auf einen Gerichtsprozess bzw. ein Ermittlungsverfahren, sondern nutzte die Anzeige, um auf die Corona-Politik in den Unterkünften aufmerksam zu machen. Ein Mitarbeiter des Flüchtlingsrats erzählt:

B: [...] Wenn nicht mal mehr die Regierungen sich an die eigenen Vorschriften halten, dann machen wir jetzt eine Anzeige. Und die stellten wir gegen das Ministerium und die Regierungsbezirke, die diese Unterkünfte betreiben, um aufzuzeigen, wie schlecht oder schlimm diese Zustände in den Lagern sind. Wir hatten uns nicht unbedingt die Hoffnung gemacht, dass das wirklich strafrechtlich verfolgt wird, was es eigentlich hätte sollen. #00:02:02-4#

Dabei wurde die Öffentlichkeitsarbeit aufgrund der pessimistischen Einstellung dem rechtlichen Verfahren gegenüber zum elementaren Bestandteil des Aktivismus. Mit ihrer Hilfe sollten gerade Defizite in der rechtlichen Regelung offengelegt werden. Anders als der interviewte Mitarbeiter im Falle der Hamburger Verwaltungsrechtsklagen sieht der Mitarbeiter des Flüchtlingsrats in der Öffentlichkeitsarbeit die Möglichkeit, Druck auf die Staatsanwaltschaften und Gerichte auszuüben, sich der rechtlichen Problematisierung überhaupt erstmal anzunehmen, auch wenn etwa die rechtliche Lage nicht unbedingt für einen Erfolg der Klagen spricht.

B: Wir versuchen natürlich schon immer alle Klagen, oder größere Klagen, mit Öffentlichkeitsarbeit zu begleiten, um die Aussicht auf Erfolg zu erhöhen. Weil, wenn das eben im öffentlichen Interesse ist, dann ist die Wahrscheinlichkeit auch größer, dass es überhaupt ein Erfolg wird.

<sup>630</sup> Bayerischer Flüchtlingsrat, Flüchtlingsrat zeigt Innenministerium wegen Flüchtlingsunterbringung an, Pressemitteilung vom 02.04.2020.

<sup>631</sup> Infektionsschutzgesetz vom 20.07.2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes vom 27.09.2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist. Das Infektionsschutzgesetz legt in den §§ 74 ff. fest, dass Verstöße gegen das Infektionsschutzgesetz bestraft werden können, etwa, wenn gegen eine Corona-Schutzverordnung vorsätzlich verstoßen und damit eine Krankheitsübertragung verursacht wird, § 74 Abs. 1 IfSG.

Und das ist einfach das Grundziel. Und in manchen Fällen ist es einfach klar, dass es eine geringe Wahrscheinlichkeit auf Aussicht auf Erfolg gibt, aber das müssen wir natürlich trotzdem machen. So gesehen sind wir schon ein bisschen hilflos in dieser Arbeit, und das ist die einzige Möglichkeit, zu zeigen, worin die Probleme bestehen und wo es auch juristische Unklarheiten gibt. Und um auch zu zeigen, Recht heißt nicht gleich gerecht. #00:03:16-9#

Dass die vom Flüchtlingsrat gestellte Strafanzeige zu keinem Ermittlungsverfahren führte, führt der Mitarbeiter des Flüchtlingsrats aber nicht nur auf die Rechtsordnung selbst, sondern auch auf ihre ausführenden Institutionen bzw. die Weisungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der bayerischen Regierung zurück. Zugleich sieht er sowohl die rechtlichen Institutionen als auch die Behörden von denselben migrationsfeindlichen bzw. rassistischen Diskursen geprägt, die als rechtlich prekarisierender Nachteil der Bewohnerinnen und Bewohner der Flüchtlingsunterkünfte wirken.

I: Du hast gerade eben gesagt, dass ihr euch gar nicht so sehr erhofft habt, dass die Strafanzeige verfolgt wird. Warum? #00:03:40-o#

B: Letztendlich klagt man ja gegen die Regierung, und die Regierung wird sich ja nicht selbst verfolgen. Also einerseits die Frage, erachtet das die Staatsanwaltschaft als relevant, und da die ja nicht unabhängig von der Regierung ist, was sie ja eigentlich sein sollte, aber de facto nicht ist, war uns schon klar, dass das nicht verfolgt wird [...]. Aber wir haben es natürlich trotzdem versucht, um auch Öffentlichkeitswirksam zu fragen, was das soll. Die können nicht irgendwelche Regelungen aufstellen, die dann nur für bestimmte Personengruppen und für andere Personengruppen nicht gelten, bzw. sie gelten ja eigentlich auch für Geflüchtete, aber nur wenn sie auch außerhalb dieser Lager sind bzw. »eigenverantwortlich« dafür sind. Also wenn man sie selbst dafür verantwortlich machen kann, werden sie zur Rechenschaft gezogen, aber wenn sie nichts dafür können, sondern die Regierung, ist es natürlich kein Problem. Und das ist halt auch wieder diese rassistische Struktur, die auch mit diesem Apparat einhergeht. #00:05:06-6#

Auch im Falle der Verfassungsbeschwerde gegen ein eingestelltes Strafverfahren, bei dem ein Bewohner eine Körperverletzung durch Sicherheitsmitarbeiter in einer bayerischen Flüchtlingsunterkunft angezeigt hatte,<sup>632</sup> hatte das Klagekollektiv um den Kläger, das aus dem Anwalt sowie mehreren Aktivistinnen und Aktivisten und Forschenden bestand,

<sup>632</sup> Die Verfassungsbeschwerde vom 13.02.2020 liegt der Autorin vor. Sie folgte dem Beschluss des OLG Bamberg vom 07.01.2020, der Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Bamberg zur angezeigten gefährlichen Körperverletzung durch einen Sicherheitsbediensteten in der Erstaufnahmeeinrichtung Bamberg nicht stattzugeben.

wenig Hoffnung auf einen Erfolg der Beschwerde. So hatte einerseits der Anwalt des Antragsstellers bereits eine schlechte Prognose für die Beschwerde gestellt.<sup>633</sup> Zugleich fühlten sich die Aktivistinnen und Aktivisten durch den vorherigen Ablauf der Strafverfahren desillusioniert. Aino Korvensyrjä, Aktivistin, Forscherin und Teil des Klagekollektivs erzählt:

B: [...] das hat uns der andere Anwalt [...] schon gesagt, dass wir wahrscheinlich keinen Erfolg haben. Wir haben das dann nur deshalb gemacht, weil wir mehr Öffentlichkeit produzieren wollten. [...] Am Anfang dachten wir noch, oder ich war so naiv, dass ich dachte, man kann vielleicht diesen ganzen Komplex noch aufklären, und da liegen ja noch die Ermittlungen und es gab ganz viele Fälle von Security-Gewalt, und da hatten wir das Bedürfnis, es muss jetzt aufgeklärt werden. Aber allmählich wurde uns ja klar, wie dieses Justizsystem funktioniert und dass das eigentlich nicht möglich ist, das aufzuklären auf diese Weise. Und bei der Verfassungsbeschwerde war das ja schon soweit, dass wir eigentlich nur daran dachten, das ist ein Weg, in der Öffentlichkeit darüber zu reden, was passiert. #00:06:27-9#

Auch in diesem Verfahren hatte die Öffentlichkeitsarbeit einen elementaren Stellenwert. Dementsprechend verortet Aino Korvensyrjä den Erfolg des Verfahrens nicht im Ausgang des Verfahrens, sondern in der Problematisierung der strukturellen Gewalt durch Sicherheitsfirmen in den Flüchtlingsunterkünften in der medialen Öffentlichkeit. Gerade weil aber die Verfassungsbeschwerde ein strategischer Teil des primär forcierten »Lärmachens« war, kritisiert Aino Korvensyrjä im Rückblick, dass sie trotz der Abwesenheit des Klägers durchgeführt wurde, der zum Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerde bereits in Italien war. Die mangelnde Erwartung einer »gerechten« Rechtsprechung machte die Sprecherposition des Klägers in der Öffentlichkeitsarbeit zum Verfahren umso wichtiger. Einen Misserfolg sieht Aino Korvensyrjä insofern darin, dass in der Öffentlichkeitsarbeit *für* den Kläger gesprochen wurde.<sup>634</sup>

633 Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 01.10.2020 (2 BvR 584/20) liegt der Autorin vor.

634 Problematisiert wird insofern, wessen (situiertes) Wissen bzw. Erfahrung mit dem Recht in die Öffentlichkeit getragen wird. Diese erkenntnistheoretisch informierte Kritik (vgl. hierzu etwa *Haraway*, Die Neuerfindung der Natur (1995), S. 33ff.) wird insofern auch bei dem von Buckel et al. kritisierten Verlust des Akteursstatus im juridischen Feld relevant, als die eigenen Erfahrungen in rechtlichen Prozessen in die Rechtssprache übersetzt und somit verformt werden müssten: »Nur diese Akteur\*innen des Feldes, seien sie Anwält\*innen, Richter\*innen oder allgemein Rechtsexpert\*innen, können die in sozialen Kämpfen hervorgerufenen Forderungen rechtlich übersetzen und in den juridischen Institutionen vortragen«. *Buckel et al.*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, S. 65.

B: Es gab ja diese vielen Journalist/innen, die involviert und interessiert waren, und die haben ja auch dich interviewt, und wir haben ja alle diese Materialien an diesen [Name eines Journalisten] weitergegeben und den anderen, und da erschienen ja ganz viele Artikel in dieser Zeit. Und natürlich ist die Beschwerde nur ein Teil davon, aber unsere Arbeit als Ganzes, alle diese Fälle zu dokumentieren und Lärm zu machen, das hat natürlich das alles produziert. Irgendwie einen konkreten Erfolg in diesem Fall oder einen konkreten Erfolg gegen die Security-Firma, das gab es nicht. #oo:09:59-3#

B: Ich habe ja auch kapiert, dass man von Anfang an klar sein muss, dass man nicht Gerechtigkeit erwarten kann. Und man muss auch diese Institutionen dauernd kritisieren, wenn man sowas macht. Also das haben ja ganz viele vor mir entdeckt. Jetzt, wenn ich überlege, würde ich das nochmal machen, würde ich das nicht machen, wenn die betroffene Person nicht in der Kampagne mitwirkt, wenn der nicht da ist. Ja, genau, ich glaube das ist ziemlich wichtig. #oo:12:20-7#

B: Sowas kann man ja nicht immer wissen vor den Erfahrungen. Aber für mich persönlich aus meiner politischen Praxis macht es Sinn, solche Kampagnen zu machen, wenn die betroffenen Personen da sind. Und dann kann man darüber sprechen. Aber wenn die betroffenen Personen nicht mehr da sind, dann ist man in so einer NGO- oder irgendwie Sprecher-Rolle, das macht eigentlich keinen Sinn. #oo:08:50-1#

Diese Art des rechtlichen Aktivismus in der Flüchtlingsunterbringung, bei der das Erlangen von Handlungsmacht in juristischen Anfechtungen und Kämpfen gesucht wird, führt Aino Korvensyriä dabei auf einerseits die starke Juridifizierung des Feldes zurück: So sei bereits der Wohnalltag der Bewohnerinnen und Bewohner in den Unterkünften stark durch rechtliche Prozesse geprägt; der Ablauf der deutschen Asylverfahren sei insofern auf eine spezifische Weise verrechtlicht, anders als in anderen europäischen Ländern. Zugleich kennzeichnet sie den rechtlichen Aktivismus insofern als paradox, als dieser den Fokus auf die Transformation der rechtlichen Normativität legt, die (rechtliche) Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte ihrer Meinung nach aber stärker von den polizeilichen und administrativen Praxen herröhrt.<sup>635</sup>

B: [...] im Allgemeinen dieses ganze Feld, in dem ich geforscht habe, mit den Asylsuchenden und Geduldeten und Leuten unter Abschiebung: diese Gerichtsprozesse und behördlichen Schreiben und diese ganze rechtliche und bürokratische Art und Weise prägt deren Leben. Die kriegen

635 Hahn und von Fromberg weisen in diesem Zusammenhang auch auf die Gefahr hin, durch die Form des Rechts eine Entpolitisierung des Gegenstands zu riskieren; Gemeinwohlbelange müssen in rechtlichen Verfahren in individuelle Ansprüche transformiert werden, *Hahn/von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, S. 231.

tonnenweise Papier und Briefe, die immer wieder mit Paragraphen aus diesem und jenem Gesetz versehen sind. Und das ist eigentlich nicht der Fall in anderen europäischen Ländern, wie Italien oder Spanien, wo die auch viel waren. Also ich glaube, das ist einfach so eine deutsche Art, diese ganzen bürokratischen, rechtlichen Prozesse. Und ich glaube, da ist etwas Ähnliches im Spiel, wenn die Aktivist\*innen ihre Strategien überlegen. [...] Und eben habe ich auch daran gedacht, wie ganz viele aktivistische Gruppen diese Rechtsgutachten immer bestellen. Die du ja auch geschrieben hast.<sup>636</sup> Ich war an mehreren Kampagnen beteiligt, wo immer wieder das erste war »ja, lass uns ein Rechtsgutachten bestellen« (lacht). Das ist irgendwie so typisch deutsch. Und auch ein bisschen absurd, weil man weiß, dass diese Bereiche eben nicht über diese formal-rechtliche Logik bestimmt sind, sondern mehr in dieser Art des Policing und der administrativen Praxen funktionieren. Aber dann will man doch diese Rechtsgutachten und man will diesen juristischen Weg gehen, und man weiß, dass das eigentlich nicht der Weg ist, wie das funktioniert. Wahrscheinlich ist das dann so, dass es doch so einen ideologischen Stellenwert hat und man glaubt, man kann da viel argumentieren. Und andererseits, also wenn man Richtung Politik geht und in dieser Richtung argumentieren will, dann ist es natürlich auch medienwirksam, weil die Presse kommt, wenn da irgendwie ein Gerichtsprozess ist. #oo:17:09-3#

Den Sinn der angestrebten Verfahren sieht Aino Korvensyrjä demnach nicht in der direkten Transformation einer rechtlichen Normativität, sondern in der Aufklärungsarbeit, die über die Verfahren geleistet werden kann. Auch erfolglose Verfahren bzw. aussichtslose Rechtsmobилиsierungen können so zur »Countersurveillance« durch »Watchdogs« genutzt werden, um die Rechtswirklichkeit der Räume der Flüchtlingsunterkünfte in die Öffentlichkeit zu tragen.

B: Wenn man alle diese Verfahren<sup>637</sup> zusammenzählt, [...] sind [sie] einfach so eine Art und Weise, Countersurveillance zu machen, also einfach Gegenbeobachtung in diesen Orten. Und das dann in die Öffentlichkeit zu tragen. Und ich glaube, das ist eine sehr wichtige Arbeit. Und ich

<sup>636</sup> Die Interviewte spielt hier auf ein 2020 veröffentlichtes Rechtsgutachten an, vgl. *Lederer/Engler*, Grundrechtliche Anforderungen an die Hausordnung der Landeserstaufnahmeeinrichtung Freiburg (2020).

<sup>637</sup> Gemeint sind hier die Verfahren in Donauwörth und Ellwangen, in denen die Aktivistin und Forscherin ebenfalls unterstützend involviert war. Der medialen Aufmerksamkeit der polizeilichen Razzien in Ellwangen folgte etwa die verwaltungsrechtliche Klage eines Bewohners gegen das Eindringen der Polizei in die Zimmer der Aufnahmeeinrichtung Ellwangen ohne richterlichen Beschluss, vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 18.02.2021 – 1 K 9602/18. Ebenso fand bspw. ein Strafverfahren gegen einen Bewohner einer Flüchtlingsunterkunft in Donauwörth statt, der beschuldigt wurde, die Abschiebung eines anderen Bewohners verhindert zu haben, und wegen Landfriedensbruchs

glaube, dafür ist es gut, diese rechtlichen Verfahren zu benutzen, weil die diese Öffentlichkeit erzeugen, und dann erzeugt man auch mehr Information über die polizeilichen Praxen und die Security-Praxen, weil die Anwälte Zugang zu den Akten haben, und die können dann noch mehr erzählen, was da eigentlich los war. [...] Ich würde sagen, das ist so eine Gegenbeobachtungsarbeit. #oo:21:24-4#

Die Erfahrungen der Bewohnerinnen und Bewohner können über diese Art der Countersurveillance in die Öffentlichkeit getragen werden. Dass »die« Öffentlichkeit keineswegs ein ungeformter Raum ist, sondern eigenen historisch spezifischen Strukturmerkmalen unterliegt,<sup>638</sup> wird allein schon daran deutlich, dass die Thematisierung der Rechtswirklichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner von den Interviewten als Erfolg gewertet wird; welche Erfahrungen durch »die Öffentlichkeit« strukturiert bzw. sichtbar gemacht werden und damit auf rechtliches Wissen bzw. Rechtsdiskurse Einfluss nehmen können, hängt demnach von unterschiedlichen Prämissen ab,<sup>639</sup> bei denen in der Erfahrung der Aktivistinnen und Aktivisten Gerichtsverfahren die Chance erhöhen, mediale Aufmerksamkeit zu erhalten.

verurteilt wurde, vgl. *Schattauer*, Prozess um Tumulte bei Abschiebe-Einsatz: Zeugen schildern dramatische Szenen, Focus-Online vom 03.02.2020.

<sup>638</sup> »Auf der anderen Seite ist die konkurrierende Gestalt der Publizität samt *ihrem* Adressaten nicht etwa Faktum schlechthin; sie ist von einem spezifischen Selbstverständnis begleitet, dessen normative Verbindlichkeit bis zu einem gewissen Grade auch in Gegensatz zu unmittelbaren Interessen der ›Öffentlichkeitsarbeit‹ treten kann«. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1990), S. 344.

<sup>639</sup> »Da es freilich öffentliche Meinung keineswegs als solche ›gibt‹, allenfalls Tendenzen isoliert werden können, die unter den gegebenen Verhältnissen auf die Ausbildung einer öffentlichen Meinung hinwirken, lässt sie sich nur komparativ definieren. Der Grad der öffentlichen Meinung bemisst sich daran: in welchem Maße diese aus der organisationsinternen Öffentlichkeit eines Mitgliederpublikums hervorgeht; und wie weit die organisationsinterne Öffentlichkeit mit einer externen Öffentlichkeit kommuniziert, die sich im publizistischen Verkehr über die Massenmedien zwischen gesellschaftlichen Organisationen und staatlichen Institutionen bildet«. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1990), S. 357f. Insofern, als sich weite Teile der Massenmedien sowie der Kommunikation gesellschaftlicher Organisationen digitalisiert haben, lässt sich auch hier ein weiterer Strukturwandel erkennen, *Thiel*, in: Stichworte zur Zeit (2020), der etwa im vermehrten Einsatz digitaler Öffentlichkeitsarbeit über Instagram und Youtube durch die Flüchtlingsräte sichtbar wird.

### 3. Deviante Aneignung der Anwendung des Rechts: Hausordnungen

Auf der Ebene der Bewohnerinnen und Bewohner lässt sich ebenfalls die Anwendung des Rechts jenseits der Rechtsmobilisierung vor Gericht, das heißt, »law in action« finden. Beispiele dafür, dass das Recht auch jenseits der rechtlichen Institutionen »lebt«, lassen sich insbesondere mit Blick auf die individuelle (Nicht-)Anwendung von rechtlichen Normen finden, die teils zu eigenen Aneignungen und Umdeutungen führt. Dass Recht in seiner Anwendung im Interesse der Anwendenden genutzt wird, ist ein gängiges Phänomen, das etwa im Zusammenhang mit Gerichtsverhandlungen in Erscheinung tritt. In Gerichtsverhandlungen wird das Recht nicht notwendigerweise eingesetzt, um eine objektive Wahrheit zu finden; vielmehr ist anerkannt, dass verschiedene Akteure der Gerichtsverhandlung unterschiedliche Interessen besitzen (dürfen) und hierzu die ihnen zustehenden Rechte *nutzen* können, um diese Interessen zu verwirklichen.<sup>640</sup> Im deutschen Migrationsrecht hat hingegen die Illegalisierung der Arbeitsmigration mit dem Anwerbestopp dazu geführt, dass Migrantinnen und Migranten vermehrt das asylrechtliche Verfahren nutzen (müssen), um nach Deutschland migrieren zu können.<sup>641</sup> Sie müssen also glaubhaft die vom Asyl- und Aufenthaltsrecht normierten Fluchtgründe als Auslöser ihrer Flucht darlegen<sup>642</sup> – auch wenn die Migrationsformen und -motive der »erzwungenen« Flucht- bzw. »freiwilligen« Arbeitsmigration aus empirischer Sicht vielleicht oftmals nicht in der geforderten Reinform vorliegen.<sup>643</sup>

Auch in der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingsunterkünfte lässt sich erkennen, dass Rechtsnormen auf verschiedene Arten (nicht) angewendet werden und durch die Art ihrer Anwendung eine Umdeutung erfahren können – und dies auch außerhalb der Rechtsmobilisierung vor staatlichen Institutionen. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Hausordnungen. Wie bereits gezeigt, nehmen Hausordnungen in der Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner eine zentrale Rolle ein: Als »quasi-formelles« Recht normieren sie zahlreiche verfassungsrechtlich

<sup>640</sup> Siehe hierzu *Baer*, Rechtssociologie (2021), S. 245.

<sup>641</sup> Zum Übergang vom deutschen Gastarbeiter- zum Asylregime und der Entstehung »Illegal[e]r Migration als Hauptmigrationsform«: *Karakayali*, Ge- spenster der Migration (2008), S. 179ff. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls von der »Produktion illegaler Migration« gesprochen, etwa bei *Squire*, in: Handbook on the Governance and Politics of Migration (2021).

<sup>642</sup> Zur Glaubwürdigkeitsprüfung im verwaltungsrechtlichen Verfahren: *Schäfer*, Asylgewährung (2001), S. 139. Im Gerichtsverfahren: *Arndt*, Zeitschrift für Rechtssociologie 2016.

<sup>643</sup> *Bakewell*, in: Handbook on the Governance and Politics of Migration (2021).

bedenkliche Pflichten und Grundrechtseingriffe und schreiben den privaten Sicherheitsangestellten zahlreiche Befugnisse zu (s.o.). Diese rechtliche Normierung führt jedoch nicht nur zur passiven Ausführung der Pflichten aus der Hausordnung. Vielmehr entwickeln die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte einen eigenen Umgang mit den Normen und versuchen in der alltäglichen Praxis des Wohnens immer wieder, die repressiven Regelungen zu umgehen bzw. sich den Regelungen zu widersetzen.<sup>644</sup> Hier findet eine Distanzierung von den als »Unrecht« erlebten Hausordnungen statt. Die Tatsache, dass die Hausordnungen in den AnkER-Zentren etwa eigenes Kochen bzw. insgesamt das Mitbringen von Essen in die Unterkunft verbieten, führt dann zu einer Nicht-Anwendung der Hausordnung.

B: Und man durfte auch nicht kochen in Räumen. Sie sagten wegen Feuer, sie sagten wegen der Sicherheit, aber das war auch sehr scheiße, weil Essen, ich weiß nicht, wie's in anderen Bundesländern war, aber bei uns war's scheiße. Das war unmöglich zu essen. Und viele schmissen es einfach weg. Das war zu scharf, nicht gut das Fleisch, schlecht gekocht, weißt du. Wir aßen da nicht, wir nahmen dort nur Wasser und manchmal Joghurt. Wir arbeiteten alle, und was wir bekommen haben, gegenüber vom Camp gibt es einen Supermarkt, und da haben wir immer Lebensmittel gekauft, und manche Leute kochten geheim, aber es gab auch Zimmerkontrollen und die Security konnte auch diese Kochplatten, das alles wegnehmen. Ja. Wir haben auch manchmal gekocht (lacht). Ja, also wir hatten keine Wahl, das Kind konnte das nicht essen und wir auch nicht, ja. #oo:17:58-8#<sup>645</sup>

Auf der anderen Seite werden Hausregeln, die für »vernünftig« gehalten werden, durchaus befolgt. Die Feststellung der Möglichkeit der Nicht-Anwendung mag zunächst selbstverständlich erscheinen, sie zeigt jedoch den reflexiven Umgang der Bewohnerinnen und Bewohner mit dem Recht. In der eigenen Auswahl der (Nicht-) Anwendung des Rechts werden Subjektivierungsprozesse sichtbar, die sich von der Idee eines rein Pflichten empfangenden Untertans abwenden und dieser einen eigenverantwortlichen (devianten) Umgang mit den Normen entgegensetzen. Recht als soziale Norm konstruiert demnach kontingente Subjekte nie absolut, es bleibt die Möglichkeit zur Nicht-Anwendung<sup>646</sup> und es zeigt sich »die Spannung zwischen Normierung und Selbstbestimmung, zwischen normativer Subjektkonstruktion und nicht normiertem Subjekt«.<sup>647</sup>

Im Umgang der Bewohnerinnen und Bewohner mit den Hausordnungen lassen sich zudem ebenfalls Prozesse finden, die über die

644 Vgl. hierzu auch *Christ et al.*, All Day Waiting (2017), S. 39.

645 Interview Bewohner/in 7.

646 Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 386.

647 Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

Nicht-Anwendung der Hausordnung hinaus deshalb interessant sind, weil in ihnen die repressiven Normierungen der Hausordnungen genutzt werden, um Folgen hervorzurufen, die im Sinne der Bewohnerinnen und Bewohner sind und zu Handlungsmacht führen. Studien zum Alltag in Flüchtlingsunterkünften haben etwa auf die Nutzung der Hausordnung durch vorgetäuschte Konfliktfälle hingewiesen, um eine Zimmerverleugnung zu erreichen.<sup>648</sup> Im Falle der vorliegenden Forschung ist ein weiterer Umgang mit den Hausordnungen aufgefallen, bei dem die aus den verfassungsrechtlich durchaus fragwürdigen Normen folgenden Sanktionen für eigene Ziele genutzt werden. Ein ehemaliger Bewohner erzählt:

B: Mein Bruder hat einen Aufenthalt bekommen. Er ist in ein Wohnheim einfach allein umgezogen. Ich war unter 18 und konnte nicht mit. Da habe ich ein Problem gemacht, am [Datum] letztes Jahr. Ich habe drinnen geraucht, der Sozialleiter oder Heimleiter, er meinte, ich gebe dir kein Hausverbot. Ich habe gesagt, doch ich will Hausverbot. #00:10:24-9#<sup>649</sup>

Ein anderer Bewohner erzählt, dass die Praxis vermehrt angewendet wurde:

B: Wenn die Leute im Hangar wohnen und richtig Stress machen oder die Security schlagen, sagt [Betreiberfirma] denen, sie müssen rausgehen aus [Ort] in ein anderes Heim. Als die Leute das gehört haben, haben sie manchmal Stress mit Security gemacht, so wie »oh ich habe Hausverbot [Ort], das ist besser, ich möchte in ein anderes Heim«. Im [Ort] darf man nicht Zigarette rauchen, keinen Ärger machen. Und wenn man in ein anderes Heim will, haben die Leute einfach in der Nacht Schischa geraucht oder Zigaretten. Wenn die Security kam und gefragt hat, »Hey was machst du?« haben die geantwortet, »Ich weiß es ist verboten. Sag mal deiner Chefin, dass ich rauch«. [...] Dann kam der Chef, »Hey was machst du?« »Ja, ich rauche. Ja, weil ich möchte einfach ein Hausverbot für [Ort] und in ein anderes Heim«. Die Sozialarbeiter sagen, »das ist nicht richtig, wenn du das so machst, dass du ein Hausverbot in [Ort] bekommst, andere Heime sind auch so wie [Ort]«. Aber die Leute sagen nein und rauchen einfach jeden Tag. Alle Leute, viele Leute machen das so. #00:30:05-0#<sup>650</sup>

Mehrere interviewte Bewohnerinnen und Bewohner gaben den absichtlichen Verstoß gegen die Hausordnung als gängige Praxis an. Die repressiven Hausordnungen werden dabei von den Bewohnerinnen und Bewohnern genutzt, um eine Umverteilung auf eine andere Unterkunft zu erwirken. Hier findet ein Aneignungsprozess statt, der durch die Art seiner Anwendung *die Normativität der Rechtsnormen für die*

648 Christ et al., All Day Waiting (2017), S. 39.

649 Interview Bewohner/in 6.

650 Interview Bewohner/in 5.

*Bewohnerinnen und Bewohner* ändert, auch wenn weder die als »Unrecht« empfundenen Hausordnungen noch die im AsylG festgelegten Verteilungsregelungen, das heißt *Normativität im rechtsstaatlich formellen Sinn* geändert werden können: Die Verhaltensnormierungen der Hausordnungen, die die Bewohnerinnen und Bewohner als Untertanen konstruieren, werden von ihnen zur Ermöglichung einer selbstbestimmteren Auswahl des Wohnorts genutzt, indem sie Hausverbote in den Unterkünften, die sie verlassen möchten, absichtlich provozieren. Die repressiven Sanktionierungen der Hausordnungen werden so als Form rechtlicher Ermöglichung umgedeutet; die rechtliche Prekarisierung der Hausverbote wird im eigenen Interesse offen genutzt. Zugleich reproduziert diese Art der Anwendung den normierenden Gehalt der Hausordnungen, indem sie gerade der Normierung der Sanktionen in Form von Hausverboten bedarf. Die Bewohnerinnen und Bewohner sind demnach in gleichem Maße auf die Autonomie der rechtlichen Regelungen der Hausordnung und die Autonomie der Anwendung der Rechtsnormen angewiesen (die Praxis macht nur dann Sinn, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner mit einer Sanktion in Form eines Hausverbots rechnen können), wie sie sie durch die Art ihrer Anwendung für sich selbst transformieren.

#### 4. Transformation:

##### Prekarisierung, Devianz und Subjektivierung im Flüchtlingslager

Die vorangegangenen Beispiele zeigen die Auswirkungen der rechtlichen Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner auf die Rechtswirklichkeit in den untersuchten Flüchtlingsunterkünften. Zahlreiche Barrieren zur Mobilisierung des Rechts folgen der ordnungspolitischen Normierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Dabei stehen den rechtlichen, kollidierenden Rationalitäten spezifische Subjektivierungsprozesse gegenüber. Diese sind einerseits durch die normativen Rationalitäten geprägt, zugleich aber contingent und keinesfalls unangefochten. Vielmehr setzen die Bewohnerinnen und Bewohner eigene Subjektivierungsprozesse in Gang, die teils auf die rechtlichen Rationalitäten zurückwirken, teils sich von ihnen distanzieren.

Die rechtliche Prekarisierung formt zunächst Subjektivierungsprozesse der Bewohnerinnen und Bewohner als Untertanen eines eingesintensiven Ordnungsstaats, bei denen diese oftmals aus Angst vor staatlicher Sanktionierung vor einer Mobilisierung des Rechts zurückschrecken. Die Unterordnung der Flüchtlingsunterbringung unter migrationspolitische Prämissen, wie etwa dem effektiven Ablauf des Asylverfahrens, spiegelt sich dabei auch in der Priorisierung der rechtlichen Mobilisierung in Belangen des Asylverfahrens vor den »sekundären« Problemen der

Unterbringung in den Flüchtlingslagern – und dies, obwohl die Bewohnerinnen und Bewohner diese durchaus als strukturell gewaltvoll und teilweise retraumatisierend erleben. Dem folgt auch die Angst der Auswirkungen rechtlicher Mobilisierung zu Fragen der Unterbringung auf das Asylverfahren selbst. Die rechtliche Normierung der Flüchtlingsunterkünfte als Räume der Sicherheit wirkt also in die Subjektivierungsprozesse der Bewohnerinnen und Bewohner hinein, indem diese durch die rechtliche Prekarisierung *unsicher* werden, Recht für sich in Anspruch zu nehmen und sich hierzu an rechtsstaatliche Institutionen zu wenden. Im Sinne des beschriebenen Verwaltungssubjekts des Untertans (siehe hierzu S. 121f.) werden dann primär Pflichten erfüllt und keine Ansprüche gestellt. Verwaltungsrechtliche Praxen, wie etwa Hausverbote, verstärken diese normative Prekarisierung im Raum der Flüchtlingsunterkunft, indem sie den Zugang der potenziell aktivierenden Rechtsberatenden zu den Unterkünften verhindern.

Dem gegenüber stehen jedoch Praxen der Bewohnerinnen und Bewohner und ihrer Klagekollektive, die sowohl die Dominanz der ordnungspolitischen Rationalität in der rechtlichen Normierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung als auch prekarisierende Praxen der Verwaltung anfechten. Der Idee der Flüchtlingsunterbringung als ordnungsrechtlicher Funktion setzen die Bewohnerinnen und Bewohner und ihre Klagekollektive ein Verständnis der Flüchtlingsunterbringung als Gewährleistungsgehalt eines Menschenrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum entgegen. In diesem Sinne greifen sie die Rationalität der Unterbringung als ordnungspolitischer Maßnahme mithilfe der Rationalität der Flüchtlingsunterbringung als Gewährleistungsrecht an, und setzen eigene Subjektivierungsprozesse in Gang, in denen sie nicht als Untertanen, sondern als Inhaberinnen und Inhaber von Freiheits- und Gewährleistungsrechten (wie etwa der Unverletzlichkeit der Wohnung oder des Rechts auf die Gewährleistung menschenwürdiger sozialstaatlicher Leistungen) auftreten. Diese Anfechtungen rechtlicher Normativität, das haben die vorangegangenen Beispiele gezeigt, erfolgen auf unterschiedliche Weise; etwa über Lobbyismus, Gerichtsverfahren, oder den Versuch, über die Öffentlichkeit Einfluss auf rechtsstaatliche Institutionen zu nehmen. Diese Transformationsbestrebungen der rechtlichen Normativität und die daraus folgenden Praxen erfolgen zudem zwar in der historisch spezifischen *individualisierenden Form* der subjektiven Rechte. Zugleich können sie politische Prozesse in Gang setzen und erfolgen oftmals im Zusammenhang mit entstehenden oder bestehenden *kollektiven Praxen* der Bewohnerinnen und Bewohner und ihres politischen Umfelds, die zum Teil auch auf die Verknüpfung von Inhalt und Form des Rechts reflektieren.

Transformationsprozesse durch die Bewohnerinnen und Bewohner zeigen sich aber auch im Moment individueller devianter Aneignungen rechtlicher Normen. Hier wird offensichtlich, dass sich die tendenziell

stark prekarisierten Bewohnerinnen und Bewohner das Recht als soziale *Norm* auch in der (Nicht-)Anwendung aneignen können. Diese agieren dann nicht als ausführende Rezipienten einer rechtsstaatlichen Normierung, sondern entwickeln einen aktiven Umgang mit den Rechtsnormen und ihrer Anwendung. Das Verhältnis von rechtlicher Normativität und Faktizität im Raum der Flüchtlingsunterkunft wird demnach nicht nur von rechtsstaatlichen Institutionen, sondern ebenfalls von den Bewohnerinnen und Bewohnern selbst gestaltet – wenn auch in sehr beschränktem Rahmen. Statt einem passiven, ohnmächtigen *homo sacer* im Angesicht willkürlicher Souveränität zeigen diese Praxen vielschichtige Subjektivierungsprozesse und -praxen, die von rechtsstaatlicher Herrschaft genauso geprägt sind wie von der Möglichkeit eigener Distanz zu rechtlichen Normen und deren Anwendung.

Bei alldem zeigt sich so ein komplexes Bild des Rechts: Die Bewohnerinnen und Bewohner sind von der Autonomie des Rechts abhängig, wenn sie etwa das Grundrecht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung der Sekurisierung und Privatisierung der Unterbringung entgegenstellen. Zugleich wollen sie in die rechtlichen Normativitäten hineinwirken, sie zu ihren Gunsten transformieren und damit der bereits geschehenen rechtlichen Prekarisierung entgegenwirken. Gleches gilt etwa für die devianten Aneignungen der Anwendung des Rechts, die sich einerseits von den rechtlichen Normen der Hausordnungen distanzieren und diese in ihrem Sinne transformieren. Diese Praxis funktioniert andererseits gerade nur aufgrund der Autonomie des Rechts. Recht als zugleich *soziale Form* und *Norm*, so wird deutlich, soll sich also zeitgleich autonom imaginieren und außerrechtliche Inhalte durch Transformationsprozesse aufnehmen; und dies nicht nur auf der Ebene rechtsstaatlicher Institutionen, sondern in der alltäglichen Anwendung durch die von den Normen Adressierten selbst. Normativität und Faktizität des Rechts sind weder voneinander zu trennen noch deckungsgleich; sie befinden sich vielmehr in einem dialektischen Verhältnis.<sup>651</sup>

651 Der Umgang der Individuen mit dem Recht wird dann weder auf ein dystopisches Ausgeliefertsein gegenüber der Gesetzeskraft (*Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 49.) noch auf ein utopisches Spielen mit dem Recht wie mit ausgedienten Gegenständen (*Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 77.) reduziert, sondern integriert den durch Herrschaft geformten genauso wie den distanzierten Umgang mit dem Recht.